

448
2ij



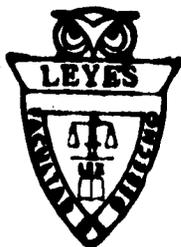
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL FRAUDE CONTRACTUAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROCIO NOLASCO CHAVEZ



DIRECTOR DE TESIS: LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES.

MEXICO, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**"NUNCA TE CONCEDEN UN
DESEO SIN CONCEDERTE
TAMBIEN LA FACULTAD DE
CONVERTIRLO EN REALIDAD,
AUN CUANDO TE CUESTE UN
POCO DE TRABAJO".**

Richard Bach/"Auschli".

**A DIOS, MI SER SUPREMO QUE ME
HA PERMITIDO SER HOY, AQUI, ASI, AHORA.**

**A LA FAMILIA: MIS PADRES RITA y COSME, HERMANOS Y SOBRINOS, POR AYUDARNOS A
CONFORMARLA DE UNA NUEVA MANERA.**

**A MIS AMIGOS: A QUIENES ADEUDO LA TERNURA, LAS PALABRAS DE ALIENTO Y EL
ABRAZO, ESPECIALMENTE A: IRMA G., MA. INES, MA. ELENA, NORMA, SONIA R., SONIA
C. W., ABEL, DANTE, FELIPE, FELIX, ROBERTO, ROSALINO (IN MEMORIAM).**

**A MI FACULTAD DE DERECHO: MAESTROS Y COMPAÑEROS, POR TODO LO APRENDIDO Y
VIVIDO, EN PARTICULAR A LOS LICs. GUILLERMO GONZALEZ PICHARDO Y MAURILIO
DOMINGUEZ CRUZ, POR ENSEÑARME EN DIFERENTES AMBITOS EL RESPETO AL DERECHO
PENAL.**

**A LAS PERSONAS QUE CONTRIBUYERON A LA ELABORACION DEL PRESENTE TRABAJO CON
PACIENCIA Y TIEMPO: LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES Y LIC. SONIA REYES
HERNANDEZ.**

**"CANELITA": GRACIAS MIL PORQUE ERES EL VELERO, LA ESTRELLA Y EL VIENTO DE MI
TRAVESIA.**

INDICE

"EL FRAUDE CONTRACTUAL"

PAGINA

INTRODUCCION.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- DERECHO GRIEGO	7
2.- DERECHO ROMANO	8
3.- EDAD MEDIA	14
4.- EL DERECHO COMUN EUROPEO	20
5.- ACTUALES SISTEMAS EUROPEOS, CONTINENTALES E HISPANOAMERICANOS	22
6.- SISTEMAS ANGLO-SAJONES	25

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL

1.- LAS OBLIGACIONES	28
A) FUENTE DE LAS OBLIGACIONES	34
B) EL CONTRATO	37
a) DEFINICION	37
b) ELEMENTOS ESENCIALES, EL CONSENTIMIENTO	42
c) ELEMENTOS DE VALIDEZ, AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO	46
d) CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO	55
C) INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	58
a) LA RESPONSABILIDAD CIVIL	63
2.- EL FRAUDE	69
A) CONCEPTO	69
B) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL	
a) EL ENGAÑO	71
b) APROVECHAMIENTO DEL ERROR.....	75
c) EL ACTO DE DISPOSICION	77
d) EL LUCRO	80
e) EL NEXO CAUSAL	83
f) LA PUNIBILIDAD	85

CAPITULO III

MARCO LEGISLATIVO

1. - SISTEMAS PARA LEGISLAR AL FRAUDE	87
2. - LEGISLACION EXTRANJERA	89
3. - LEGISLACION NACIONAL	99

CAPITULO IV

EL FRAUDE CONTRACTUAL

1. - FRAUDE CONTRACTUAL	111
A) CONCEPTO	113
B) LIMITES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL EN BASE AL DOLO	114
C) LA PRISION POR DEUDAS	123
2. - PROPUESTA DEL NUEVO TIPO PENAL	130
A) JUSTIFICACION	134
B) CRITERIOS QUE LE DAN ORIGEN	
a) CRITERIO TELEOLOGICO DEL DERECHO PENAL	134
b) CRITERIO SOBRE COEXISTENCIA DEL DERECHO CIVIL Y PENAL	139
c) CRITERIO EN BASE AL DOLO	140
d) CRITERIO DOLO CONCEPTO UNITARIO. SUS CLASES CIVIL Y PENAL	142
e) CRITERIO EN BASE A LA JUSTIFICACION DE LA PENA	145
f) CRITERIO DE TIPIFICACION DEL DELITO	149
C) CONSECUENCIAS DEL FRAUDE CONTRACTUAL	153
3. - JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA	159
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFIA	178
LEGISLACION CONSULTADA	184

I N T R O D U C C I O N .

Es incuestionable la diversidad de formas que nos presenta el delito de fraude, realizar una enumeración de ellas sería una cuestión interminable; a este respecto, uno de los medios que en la actualidad son comunmente empleados por el sujeto activo del ilícito es el contrato.

Hablar de "Fraude Contractual" nos hace pensar en primera instancia, en una situación contradictoria, ya que los conceptos que componen al término se encuentran regulados por diversas ramas del Derecho: el fraude por la penal y el contrato por la civil; encontrar un enlace entre estas nociones da cabida a creencias equívocas y extremistas, verbigracia, que toda celebración de un contrato tiene consecuencias meramente civiles y por ende solo los Tribunales de esta materia deben resolver sobre él; ó en contrasentido, que por deudas de carácter civil se puede llegar a privar de la libertad a personas inocentes, situación que se traduciría en una violación a nuestra Carta Magna.

Limitarse a considerar que la celebración de un contrato sólo puede traer consecuencias dentro del ámbito civil del Derecho sería convertirlo en escudo para las personas que, utilizando como medio el acuerdo de voluntades, obtienen algún lucro o se hacen ilícitamente de alguna cosa. Al tener por cierto que la conducta humana es regulada por diferentes ramas

del Derecho, es factible aceptar que una conducta aparentemente civil tenga consecuencias penales.

Los casos concretos que en la práctica he experimentado han sido el motivo determinante del presente trabajo, cuya finalidad es poder delimitar cuándo la acción reflejada en la firma de un contrato puede servir para que el contratante defraude a su contraparte, afectándolo en su patrimonio.

Así, la presente investigación pretende al través de los capítulos que la conforman, lograr que se tenga un conocimiento cierto de la existencia del Fraude Contractual y presenta como objetivo la propuesta de un nuevo tipo penal que describa la conducta del defraudador contractual.

Para tal efecto se parten de los antecedentes existentes respecto al tema; subsecuentemente tratamos los conceptos básicos de contrato, fraude y los demás inherentes a estas dos figuras, para estar en posibilidad de elaborar un concepto propio del fraude contractual; señalando sus características, los elementos que lo conforman y nos permiten delimitarlo.

Enseguida se enuncia la regulación que la figura examinada tiene en las legislaciones nacionales y extranjeras, para finalizar con una propuesta sobre el tipo penal de fraude contractual, al creer firmemente que los funcionarios encargados de conocer de averiguaciones previas, pese a tener

el concepto genérico de fraude, tienen titubeo en afirmar la existencia de alguna conducta delictiva derivada del contrato, cometiendo con ello serias arbitrariedades hacia los denunciados o querellantes que han sido víctimas de hábiles defraudadores contractuales.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

Hay ciertos entes por los que el legislador se atrae expresando su interés en una norma, por lo que son considerados legalmente como bienes jurídicos, cuando el legislador penal consiente de la finalidad de esta rama del Derecho, se presta a establecer una sanción a la conducta que se ajuste a las descripciones que individualizan los comportamientos penalmente relevantes, es el momento en el que estos bienes pasan a ser considerados como tutelados por la ley penal.

No se concibe pues, que haya una conducta típica sin que se afecte algún bien jurídico, dado que los tipos penales no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes.

Tanto la doctrina como los códigos punitivos clasifican a los tipos en orden a que bienes jurídicos tutelan; de esta manera, uno de los primeros criterios de clasificación estuvo dado por el Decálogo; con posterioridad el encabezamiento de los delitos contra la religión fue reemplazado por el de los delitos contra el Estado, como sucede en el Código Napoleónico; finalmente, en una sistemática que corresponde a un derecho penal personalista (esto es aquel que considera a este apartado del derecho para el hombre), pasaron a ocupar el primer plano los delitos contra las personas, tendencia que es seguida en los recientes códigos.

En la escala general de bienes jurídicos tutelados por el Derecho, conforme a las perspectivas axiológicas, las de estimativa patrimonial suelen ir en rango inferior a los propios de la personalidad humana, verbigracia, los de la vida o integridad personal, ó los que tutelan la libertad o el honor, aún cuando en un orden subjetivo de apreciación éste rango puede variar.

La defensa del patrimonio, entendido este lato sensu, como bien susceptible de valoración económica, es uno de los objetivos permanentes del Derecho.

De origen civil, el término "patrimonio" plantea la necesidad de delimitar dentro de lo penal su uso, tal como se ha observado en líneas anteriores, es necesario identificar su autonomía en relación con lo civil, el problema es trascendental, toda vez que debe decidirse si los tipos penales que tutelan el patrimonio obedecen a concepciones jurídicas propias de lo penal ó si, por el contrario, este ordenamiento ha de limitar su papel sancionador de las instituciones ya existentes en otros ordenamientos de Derecho.

Un breve ejemplo es el modo de manejar el término civil de "propiedad" en el ámbito penal, toda vez que en esta rama del Derecho la existencia del tipo delictivo que protege el patrimonio no se subordina a que el sujeto pasivo del delito tenga la propiedad del bien, aceptando sólo la posesión, así el

robo ó fraude se perpetra apoderándose de cosas poseídas tanto por el propietario como por el tenedor precarista, de donde se infiere que generalmente los términos de propiedad o posesión tienen en lo penal plena autonomía.

La protección penal del patrimonio permite la incriminación de conductas económicas lucrativas o dañosas en situaciones carentes de protección civil.

A fin de que se puedan determinar los antecedentes más claros y precisos del tipo penal de fraude es necesario partir de las ideas vertidas con anterioridad; así siguiendo la escala de valores tutelados por el Derecho encontraremos al patrimonio, por lo cual podemos comprender que el Derecho Penal contemple, dentro de su delitos en especial, a la conducta que el código punitivo nacional denomina actualmente como fraude.

El considerar al patrimonio como uno de los derechos inherentes a la personalidad humana es algo sobradamente lógico dentro del Derecho, de esta manera en todo tiempo y lugar ha merecido un destacado lugar en la escala de valores a proteger mediante el ordenamiento jurídico, debiendo concretarnos en este momento a el aspecto penal, que es una de las materias del Derecho que más eficazmente lo regulan. En muchas ocasiones tal protección fue llevada a cabo con mayor dureza que la debida a la propia vida, soliendo acontecer ésto, principalmente, en los

sistemas primitivos cuando la rudeza de las costumbres otorga escaso valor a la seguridad de las personas.

Para enfocar nuestro tema y dada la inmensa variedad de formas que el delito de fraude contempla en su ejecución, las cuales se equivalen a la capacidad del ser humano para utilizar los medios que permitan perjudicar a sus semejantes, no encontramos en forma concreta los antecedentes históricos del fraude contractual, estando obligados a tomar las propias del fraude en su concepto genérico y de esta manera desprender de ellos una base que nos indique el momento en que resultó necesario empezar a regular la conducta del hombre que codiciosamente pretendía obtener algún provecho en perjuicio del prójimo; debiéndose valorar, desde este momento, que la particularidad de la conducta delictiva tema del presente trabajo, la representan los medios psicológicos y físicos de los que se vale el sujeto activo del ilícito, llegando incluso a lograr que el acto de disposición efectuado por el sujeto pasivo del delito sea un contrato, figura regulada por la rama civil del derecho.

Por lo anterior y de conformidad a la ley de evolución criminal establecida por Alfredo Nicéforo, quién manifestaba que el crimen no desaparece, sino se transforma, esto es, adquiere nuevas expresiones y evoluciona de acuerdo con el grado de civilización y de progreso inherentes al desenvolvimiento humano y que ésta transformación no afecta en

su esencia, los fines queridos por el delincuente, sino los medios o instrumentos de que comunmente se vale. Se establece que el antiguo delito era de tipo violento o muscular y al paso del tiempo este cambia, evoluciona para convertirse en cerebral, momento en el que el autor del mismo se vale de su propia mente y de los adelantos que la cultura avanzada le proporciona, medios frecuentemente más eficaces que la violencia, surgiendo pues el tipo penal de fraude, el cual tal y como lo afirma Sergio García Ramírez es "... la expresión característica del delito evolucionado, contrapunto del crimen violento".¹

En los ordenamientos antiguos, especialmente aquellos influenciados por un sentido teocrático, no es posible hallar signos distintivos entre los apoderamientos materiales del patrimonio ajeno, dado que en la mayoría de ellos se establecía el postulado de respetar la propiedad; así podemos hablar que en el precepto conocido como los diez mandamientos o Ley Mosaica, se precisa el mandato de "no robar" y el de "respetar o no codiciar los bienes ajenos".

Sin embargo, se puede afirmar que la regulación de la naturaleza defraudatoria de la conducta humana encontró su nacimiento confundida entre la falsedad y el hurto y por

1.- LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO y LUIS O. PORTE PETIT MORENO, Consideraciones sobre el delito de fraude, México, Porrúa, 1994, p. X.

señalar un ejemplo citemos el Libro del Exodo, capítulo XXII, referente a la ley de la restitución y dentro de su versículo 9, encontramos establecido: "...En toda clase de fraude, sobre buey, sobre asno, sobre oveja, sobre vestido, sobre toda cosa perdida, cuando alguno dijere: Esto es mío, la causa de ambos vendrá delante de los jueces y el que los jueces condenaren, pagará en doble a su prójimo".

En el antiguo Derecho de otros países se observó con cierta frecuencia la diversidad de trato penal acordado a los ataques patrimoniales de los miembros del pueblo o tribu y de los extranjeros, hasta el punto de que, en los sistemas más rudimentarios, los segundos carecían de sanción considerándose más que como actos delictivos, hazañas heroicas dignas de alabanza.

En textos más específicamente jurídicos, el fraude, delito difícil de precisar por la heterogeneidad de los elementos que lo componen y por la multiplicidad de formas que acepta para su realización, surgió por la necesidad de tutelar la honestidad en las relaciones comerciales entre los pueblos antiguos, tratando de evitar las alteraciones de calidades, pesas y medidas; así encontramos que el Código de Manú, ordenamiento formado por 12 libros que recogen normas y prescripciones religiosas, morales, jurídicas y naturales, castigaba al que vendía grano malo por bueno, cosa vil por flagrante, hierro por plata, etc; del mismo modo las leyes Hebraicas sancionaron a

los que abusaban de los compradores necesitados; incluso en Egipto "El Libro de los Muertos", prescribía que el difunto jurase antes de entrar a las regiones paradisiacas, no haberse apropiado de bienes ajenos; el Corán, por su parte, condenó a los que se aprovechaban de las condiciones o necesidades del comprador, sobre todo cuando esto era a precio mayor del adecuado².

Dada la bien conocida naturaleza eminentemente teocrática de las legislaciones más típicas e influyentes del antiguo Oriente, es de destacar el sumo privilegio acordado a los patrimonios sacros y religiosos, frecuentemente confundidos en idéntica sanción al sacrilegio. Así en el Islam, en su artículo 6° del Código Babilónico de Hammurabi castigó la falsificación de pesas y medidas hallando clara constancia de lo dicho al disponer que "si alguien roba lo de Dios o de la Corte, sea muerto y también quien recibiera la santa cosa" .

En el antiguo Israel se estableció una extraordinaria benignidad en las sanciones para los atentados patrimoniales, generalmente circunscritos a indemnizaciones del duplo al quíntuplo de la cosa (Exodo, Cap. XXII, 1, 2 y 4 y Reyes, XII, 2 a 4).

DERECHO GRIEGO.

2.- Corán o Alcorán, libro sagrado del Islamismo, dividido en 114 Suras o capítulos, contiene la revelación de Dios a Mahoma en normas jurídicas y preceptos éticos y sociales.

En las fuentes antiguas de Grecia, se encuentra el habitual privilegio penal tocante a las cosas sagradas o propiedad de los dioses, al igual que en la tutela de los bienes privados, aun cuando el mismo sólo versaba hacia los delitos patrimoniales como el hurto, los que eran castigados en base al valor de lo sustraído, así como el tiempo nocturno o diurno en que el hecho tenía lugar, no encontrando antecedente alguno que denote la regulación de la conducta defraudatoria.

DERECHO ROMANO

Resulta necesario para una mejor comprensión de los antecedentes históricos del fraude contractual, hacer alusión a los ordenamientos que integran el Derecho Romano, los cuales si bien recogían aspectos e ideas griegas y orientales, ofrecen el mérito de su relativa sistematización, que se elaboró a través de los edictos pretorios, las leyes y las sentencias de los jurisconsultos.

En este ordenamiento se consideraba en un inicio que el fraude era como una conducta discrepante entre el hurto ("furtum") y la falsedad, logrando vislumbrar figuras más específicas, pese a que en diversos momentos se les llegó a confundir con las ilicitudes civiles, pudiendo pues, observarse que desde este momento se tenía dificultad para deslindar el ámbito de la conducta con efectos civiles y penales,

planteamiento que como se ha señalado subsiste en la actualidad.

Así pues avoquémonos a el estudio del tratamiento penal o civil que recibían las conductas defraudatorias u otras análogas, en el antiguo Derecho Romano, haciendo hincapié en que es sólo con el objeto de vislumbrar la identidad de origen de las actuales figuras del dolo civil (como vicio del consentimiento en los contratos) y el dolo penal como integrante del tipo penal de fraude.

De la lectura de diversos autores nacionales y extranjeros, se nota la costumbre de citar como antecedente más característico del tipo penal de fraude en su concepto genérico el "CRIMEN STELLIONATUS", nombre cuyo antecedente etimológico no tiene una homogeneidad; algunos doctrinarios afirman su procedencia de la palabra latina STELLIO, otros de "STELIONS", ó de "STELLIO, ONIS", sea cual fuere el antecedente del vocablo, lo cierto es que todos coinciden en señalar que este se refería al estelión, una especie de lagarto que se distinguía por la finura y variedad de sus colores, los cuales cambiaban merced a los rayos solares, fuente de inspiración para los antiguos romanos que denominaban estelionato (STELLIONATUM) a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales fluctuaban entre la falsedad y el hurto; no se identificaban, sin embargo, ni con la una ni con el otro, aplicando incluso el nombre de estelionatarios o

reos de estelionato a los que empleaban todo género de ardidés y sutilezas para encubrir sus fraudes.

El concepto "CRIMEN STELLIONATUS" tiene su origen en dos figuras jurídicas conocidas como "CRIMEN FALSI" y "ACTIO DE DOLO".

Quizás la nota más sobresaliente del Derecho Penal de la Roma arcaica sea el carácter público del delito y el entendimiento de la pena como reacción pública contra el delito. La figura del "CRIMEN FALSI" creada y regulada por la Ley Cornelia de Falsis, consideró a esta conducta como crimen público, el ámbito de aplicación de la citada ley se concretó en un principio, a la falsificaciones en los testamentos y en la moneda; al paso del tiempo esta extiende su poderío hasta comprender hechos tanto propiamente falsarios como fraudulentos, siempre que estos atentaren contra los intereses de la comunidad; la pena para esta conducta era el destierro, para más tarde convertirse a la deportación junto con la confiscación de bienes, en supuestos menos graves se imponía la relegación de por vida y la pérdida de la mitad del patrimonio. Cabía también la posibilidad de sufrir la privación de algún derecho honorífico, a los reos más humildes se les sometía a trabajos forzados ó a la pena capital aplicada a los esclavos.

Por ello, en la Lex Cornelia de Falsis y en sus sucesivas ampliaciones es difícil trazar un concepto único del delito de

falsedad. La falsificación no es en el Derecho Romano una idea unitaria.

La "ACTIO DOLO" ó "ACCION DE DOLO", segunda figura jurídica que da origen al "STELLIONATUS", es considerada como la base más firme de éste.

La ACTIO DOLI era una acción propiamente de carácter penal, aunque se interponía y llevaba su curso en la vía civil. Era de carácter genérico, esto es, no existía perfectamente determinados los hechos o conductas que daban lugar a su interposición. Era el Magistrado como cabeza del Tribunal, quién a su arbitrio consideraba o no procedente el reprimir penalmente la conducta denunciada. Así también, la acción de dolo se consideraba como subsidiaria, ya que sólo procedía en el supuesto de ausencia de cualquier otra acción jurídica; en casos de que existiese una acción civil u honoraria esta quedaba inmediatamente excluída.

Para entender ésta acción es preciso mencionar que en el Derecho Romano, el dolo no constituye un concepto unitario; antes bien, se observa la distinción existente en el dolo, origen de la actio dolis, teniendo una ambigüedad a entender:

a) Dolo como elemento subjetivo del delito, es decir como conciencia de la voluntad antijurídica del agente, esto es, en

la citada figura no sólo se le exigía la voluntad de realizar la acción sino también la conciencia del acto que se realiza.

b) El *dolus malus*, como supuesto del comportamiento fraudulento merecedor de castigo, caracterizado por la astucia o el engaño fraudulento.

Cabe mencionar que para esta acción el concepto de dolo se identificaba como aquella conducta tendiente a engañar fraudulentamente o sea aquellos comportamientos que genéricamente producen intencionadamente un daño, siempre que este no pudiera ser reparado mediante el ejercicio de otra acción.

En la época del Imperio se llega a penar el fraude como crimen extraordinario, bajo el nombre de "CRIMEN STELLIONATUS"; la gran mayoría de los autores resaltan el parentesco con la acción de dolo ("ACTIO DOLI").

Retomando, pues, el concepto de "CRIMEN STELLIONATUS" y una vez que hemos aludido a sus antecedentes romanos más próximos, sabemos que es en la época del Imperio Romano, cuando la acción de dolo se hace pública (esto es, lo que en la actualidad se considera un delito que se sigue de oficio), surgiendo el mencionado "CRIMEN STELLIONATUS" como crimen extraordinario, cuyo concepto no estuvo precisado, pero contó

con una enumeración de los diversos casos particulares en los que este podía actualizarse.

Así en el Digesto de Justiniano se puede observar, como ejemplo, que alguien "vendiere, permutare o diera en pago astutamente, ocultando la hipoteca, una cosa que estaba hipotecada a otra persona, al igual que cambiar unas mercancías por otras, o bien dañar la cosa hipotecada, o al que hubiere obrado como impostor o cometido colusión en perjuicio de otro"³.

El "STELLIONATO" como crimen extraordinario que representaba, no tenía una pena determinada legalmente, sino que el Juez del Tribunal, según su arbitrio y la gravedad del hecho, en cada proceso adecuaba la sanción a la conducta, de esta manera para los de la plebe correspondía designarlos a las minas en trabajos forzados y para los honestiores (aquellos que tenían algún cargo) o noble, la relegación temporal.

Por otra parte debemos hacer mención que existía una figura jurídica romana que se puede considerar como antecedente del fraude: el "FALSUM", concepto aplicable a quien usaba el nombre ajeno, simulando determinada calidad personal para alcanzar provecho y a quién vendía con diversos contratos a dos personas la misma cosa; se puede afirmar que éste concepto encierra una noción bastante genérica de la idea del engaño (o

3.- Digesto L. 47.20.3 y 4.1.

fallere), dentro del cual se podían comprender las más diversas variedades de delitos que presentasen el elemento común del engaño como vía de obtención del provecho indebido.

De la misma manera, en el antiguo derecho romano encontramos el concepto de "FORTUM", que incluye tanto la apropiación indebida de los bienes, como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión, logradas mediante engaño o astucia, así se podría señalar que esta se presentaba cuando alguien obtenía un dinero haciéndose pasar por el acreedor simulando la calidad de heredero o pidiendo dinero haciéndose pasar por pobre o quien en perjuicio del vendedor entregaba al comprador un peso mayor del justo.

Hasta aquí los antecedentes próximos de la conducta defraudatoria en los ordenamientos jurídicos antiguos que contienen analogía y en el intento de tener un conocimiento más basto, sino sobre el fraude contractual en específico, si sobre la forma genérica de su concepción, pasemos a la regulación del tema en otros ordenamientos.

EDAD MEDIA

Una de las notas características de la Edad Media son los acontecimientos históricos políticos y económicos de los países europeos; es esto también, uno de las principales obstáculos para encontrar ordenamientos jurídicos homogéneos en materia

penal, incluso sólo se pueden apreciar ligeros intentos de regulación de la conducta delictiva fraudulenta, ya que se carecía de una regulación estricta y sistematizada de estas conductas.

Se ha llegado a afirmar, incluso, que en el Derecho del medievo, no parece que se haya puesto orden al confucionismo existente en el Derecho Romano, sino por el contrario, este se reproduce y agrava, toda vez que es evidente la falta de claridad y delimitación entre las conductas falsarias y fraudulentas, tan sólo en el aspecto de la falsedad vuelve a prevalecer sobre el bien jurídico lesionado, pues como veremos se llega a identificar, aún cuando sólo sea para los efectos de la pena, la reminiscencia del fraude con otros delitos contra el patrimonio como el hurto y el robo, encontrándonos así con:

EL FUERO JUICO

Si bien este ordenamiento contempla abundantes disposiciones de carácter penal, aunque sin ninguna estructura concreta, no encontramos en este cuerpo legal alguna definición de las defraudaciones y por tanto del fraude. Sino por el contrario, identifica en un sólo precepto y fija la misma pena para los ladrones y los falsarios de los metales preciosos (Libro VII, Título VI, Ley 3), en donde se especifica que "Quien toma oro por labrar, e lo falsa ó lo ennade otro metal

qualquiere, sea iusticiado cuemo ladrón" ("Quién toma por labrar, lo falso...sea justiciado como ladrón").

Este será el tinte que distinguirá a este ordenamiento, e incluso a lo más que podremos acercarnos, es a encontrar una serie de enumeraciones de casos concretos en los que se consideraba realizada la conducta, verbigracia, los referidos a ocultación fraudulenta de bienes hereditarios, en que mediante juramento o en contrario, de pro genie romana y canónica (en los fueros de Cuenca 23.25 y Alcázar Tít. 148); de petición de cosa que se tiene, remoto antecedente del fraude procesal (en Cuenca 12 y Zorita de los Canes, 17).

EL FUERO REAL

Cuerpo legal dado por Alfonso X, quien obligado por la dispersión legislativa reinante en los territorios (ciudades y villas), intentó la unificación dando origen al Fuero Real.

Dentro de él continua la tendencia de subrogar las conductas fraudulentas al falsario; así como a el hurto e incluso, por otra parte, algunas conductas defraudatorias se regulan en partes no dedicadas a materias penales, verbigracia la doble venta y la enajenación viciosa (Título XIX, Libro III).

LAS PARTIDAS

Tal vez uno de los ordenamientos jurídicos legales que tratan más de cerca y con mayo rigor que ningún otro ordenamiento precedente, las modalidades típicas de la estafa ó las conductas defraudatorias; quizá el ordenamiento denominado como "Las Partidas", en materia penal suponga el mayor adelanto de la época.

Producto también de Alfonso X, "Las Partidas" reprimen hechos que hoy se penan en diversas legislaciones como fraude ó estafa, si bien el legislador de esta época percibió claramente que el tipo penal en comento no podía ser definido y por ello era mejor ejemplificar algunas de sus formas.

Las disposiciones penales se hallan dispersas a lo largo de todo el texto legal, así en el título XVI de la Partida VII se da a la conducta defraudatoria el nombre de "engaños", puesto que se consideraba que los engaños se hacen de muchas maneras, pero entre las principales que se mencionan son dos: la primera era cuando se hacían por palabras mentirosas o arteras; la segunda cuando preguntaban a algún hombre sobre cualquier cosa y él callase engañosamente, no queriendo responder, o si lo hacía era por medio de palabras encubiertas. Se admitía desde ese momento, la distinción entre engaño bueno y malo, los primeros se hacer de buena fe y con buena intención, como para aprehender a los ladrones para engañar a los que quieren engañar. También son buenos los que se hacen

contra enemigos conocidos, considerándose malos los contrarios a éstos.

Otros ejemplos para concretar las conductas "engañosas", era considerar falsedad el mezclar el oro o la plata con otros metales (Part. VII, Tít. VII, Ley 4); o la defraudación en la venta de cosas de oro o de plata (Part. VII, Tít. XVI, Ley 7); ó negar haber recibido en depósito lo que realmente se recibió (Part. VII, Tít. VII, Ley 1), sin embargo, la disimulación de gravámenes seguirá figurando entre las ilicitudes civiles (Part. V, Tít. XII, Ley 6).

No obstante todo lo anterior Las Partidas no dan una definición general del engaño, sino que al modo del Derecho Romano, dedican varias leyes (VII a XI) a exponer concretas especies para que los hombres puedan tomar caso de lo que no debían realizar y para que los juzgadores pudiesen conocerlos y aplicar la sanción respectiva quedando pues, al arbitrio judicial su determinación y lo mismo ocurre con la aplicación de la pena, toda vez que se consideraba que si los engaños que se realizaban no eran iguales, ni los hombres que los efectuaban tampoco, no se podía tener pena cierta.

Las Partidas al otorgarle la denominación de "engaños", lo hacían derivar del dolus latino, obedeciendo seguramente, esta confusión al haber sido, la actio doli en el Derecho clásico Romano, una posibilidad ofrecida a las víctimas de determinadas

maniobras fraudulentas no comprendidas en la Ley Cornelia, de donde a su vez dedujo el Derecho Imperial la imprecisa institución del "STELLIONATUS", delito público, pero extraordinario.

El confusionismo con el dolo genérico indeterminado se trata de salvar en Las Partidas, también con el ejemplo romanista, mediante la distinción entre "engaños buenos" y "engaños malos", siendo éstos los únicos dignos de represión en la vía penal y consideraba a los "buenos" como aquellos que se realizan en evitación de otros engaños, o para procurar la impunidad del culpable.

Ahora bien, algo que podemos valorar respecto del tema a estudio, es la indeterminación de las conductas engañosas con respecto a las falsarias, la falta de un cuerpo jurídico homogéneo y por ende, la existencia de una serie de ejemplificaciones, nos demuestra que desde esos tiempos existía el gran problema que presentan las conductas fraudulentas, como en el caso de nuestro tema, dado que si el sujeto activo del fraude utiliza como acto de disposición el contrato, se crea el problema de delimitar claramente las esferas del fraude civil y penal y por tanto la manera en que ésta conducta deberá ser sancionada.

En las legislaciones posteriores como la Nueva y Novísima Recopilación nada se logra avanzar en obtener una definición

del fraude, difuminándose aún más los conceptos defraudatorios y falsarios.

La legislación de este delito no fue más afortunada en su regulación en otras tierras. En el Derecho alemán de la Edad Media, se encuentran sólo algunos casos desperdigados.

En tal confusión se estuvo hasta los tiempos contemporáneos, en cuyos comienzos se consiguió la separación del fraude ó estafa, como delito contra el patrimonio, de las falsedades en que el bien jurídico titulado era la fe pública, por ello es de argumentarse que al transcurrir del tiempo el fraude alcanzó su desarrollo en el siglo XIX, con la frecuencia e intensidad del tráfico mercantil, dado que existe una cierta expansión del mismo.

EL DERECHO COMUN EUROPEO.

En los territorios germanos se acudió al término "Trug", más tarde "Betrug", para designar el engaño fraudulento o estafa, aunque pronto se identificó con el dolus romano, para significar con él la mala fe, tanto en el campo civil como en el penal, productora de perjuicios patrimoniales.

Antonio Quintano Ripollés nos señala a este respecto: "...en la vieja legislación alemana general y local abundaron, como en la española, previsiones específicas y engaños

comerciales, única referencia innominada a la estafa que se registra en La Carolina, en su artículo 13, en donde se alude concretamente a las falsificaciones en Mass, Wag y Gewicht". 4

Esta creación de un dominio propio para la estafa abrió marcha a la Ley Francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Penal Francés; aquí ya existe un concepto general, haciéndose una relación de los engaños: uso de falso nombre o de falsas cualidades, empleo de maniobras fraudulentas, etc, que ha permitido agrupar esta definición entre las limitativas; el Art. 405 del Código Francés sirvió de base al concepto general que fue fundamento de las legislaciones del siglo XIX, aún cuando de las deficiencias de los medios engañosos enumerados ha sido un defecto determinante, la necesidad de figuras complementarias, como es el caso del fraude contractual.

"Escroquerie" es la designación que le otorga al fraude o estafa el Código Francés, aún cuando su esencia coincide en lo general con nuestro fraude genérico, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificios para obtener un provecho injusto.

"Truffa" es el término que le da individualidad en el Derecho Italiano al delito de Fraude, en donde se produce un

4. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª Ed., España, Ed. Revistas de Derecho Privado, Editores de Derecho Reunidos, 1977, T. II, pág. 564.

mayor acercamiento a lo patrimonial, incluso el código Italiano ubica las conductas fraudulentas entre los delitos contra la propiedad, encontrándose en títulos separados la apropiación indebida ó "Truffa"; el fraude en administración, la usura y el "Stellionato", para designar los engaños fraudulentos.

Según Maggiore: "La etimología del nombre de estafa en italiano, truffa, es incierta, unos la hacen derivar del francés truffe, tartufu ó de truffle, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán treffen, golpear, coger, etc...". 5

ACTUALES SISTEMAS EUROPEO CONTINENTALES E HISPANOAMERICANOS.

Existen más denominaciones de esta conducta delictiva, verbigracia "Frasello-buri", que es la establecida por el Código de Portugal.

El tratamiento de la delincuencia patrimonial presenta diversidades importantes en el panorama del Derecho comparado, no sólo en el aspecto metodológico y sistemático aludido, sino en extremos sustantivos que afectan al fondo de las tipologías fundamentales.

5.- MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio, Trad. José J. Ortega Torres, 4ª Ed., Colombia, Temis, 1984, Vol. V, pág 122-123.

La mentada variedad nominal se acrecenta todavía al tratar de precisar el alcance de las denominaciones, ya que no siempre lo usual gramatical de las denominaciones coincide con la semántica estrictamente jurídica, dando lugar, a veces, a las interpretaciones más erróneas al traducir literalmente, llegando incluso, a dañar el concepto de que de los mismos se tiene en estos diversos ordenamientos.

El tratamiento de la estafa dentro de la delincuencia patrimonial es ya una constante recogida en todos los sistemas penales vigentes, sobre la base de sustituir los medios de apropiación violenta o realizada por los engañosos o de astucia. Sin embargo, la extensión del concepto varía en el Derecho comparado, verbigracia la sistemática francesa y alemana, seguida también de la italiana, de segregar de las estafas la modalidad de apropiación indebida ha hallado eco en otras legislaciones, de igual manera en ellas se establece el concepto "Fraude" y el de "Estafa" para la misma conducta delictiva.

En los códigos penales hispanoamericanos es de señalar como modelo de sistemática en la materia, aunque en rigor sea la misma del italiano, el Uruguayo, el cual separa de las demás formas comisivas patrimoniales las perpetradas mediante engaño, de las que se desdoblan las realizadas sobre cosas que se tienen en posesión.

En el Derecho español de la época moderna, los códigos históricos dedican apartados especiales a sus títulos de "Delitos contra la Propiedad", así aparece la regulación penal de la estafa en el Código de 1822 y en el diverso de 1848 agrega la figura de la "defraudación" con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos y la cometida haciendo suscribir con engaño algún documento entre otros; integrando éstos a los dos grupos tradicionales de "quiebras e insolvencias punibles" y "estafas y otros engaños".

Respecto de esta legislación y a efecto de que sirva de muestra para observar que el término "fraude", aún se utiliza para designar diversas conductas típicas, es conveniente mencionar que en el citado código penal español se agrupan una variedad de conductas consideradas como estafa y apropiación indebida e independientemente de éstas, en su legislación actual dentro del Libro Segundo, Título VII, Capítulo XI, se utiliza el citado vocablo para designar determinadas maquinaciones de los funcionarios públicos, lo que supone una transmutación de tipicidades determinada por la cualidad personal del sujeto activo.

Con más frecuencia todavía, las denominaciones de "fraude" y "defraudación" se utilizan en leyes especiales, aún cuando en diversas ocasiones, las conductas descritas no se ajusten ni más remotamente a su significado técnico-jurídico, ni siquiera a su elemental semántica vulgar, inseparable de la dinámica

engañoso. Lo anterior encuentra su ejemplificación, en el caso del fraude procesal ó del fraude fiscal, la cual no siempre es acorde con la concepción jurídico-penal a que hemos aludido y no lo es, sobre todo, por lo que hace a la culpabilidad atribuible a el sujeto responsable de la conducta considerada como delictiva, ya que en estos tipos penales, no siempre desempeña un papel decisivo el elemento de la culpabilidad con el dolo específico del "animus lucrandi".

SISTEMAS ANGLLO-SAJONES.

El Derecho Inglés estatuario en materia de protección penal al patrimonio reposa fundamentalmente en la Larcery Act, de 1916, relativa a los apoderamientos lucrativos y en la Malicious Damage Act, de 1861, que se corresponde aproximadamente a lo que en los sistemas continentales se consideran daños.

El antecedente o figura más análoga al delito en estudio es el denominado LARCERY, término traducible como "hurto", en el que se comprende, a tenor del párrafo 1º del Acta de 1916, el hecho de "quien sustrae y lleva consigo, sin consentimiento de sus propietario y de modo fraudulento, sin justificación invocada de buena fe, una cosa susceptible de ser dueño"; al concepto de larcery quedan incorporadas (en el párrafo 32) las apropiaciones mediante engaño, merecedora en nuestro léxico del nombre de fraude o estafas y que en el idioma inglés se

designan a veces con el de "false pretenses", cuya construcción data, según los historiadores, nada menos que de un estatuto de Enrique III.

Aunque bien, en el concepto un tanto difuminado, de los fraude, tanto en el Derecho Inglés como en el americano, consideran posible la inclusión en él de los lucros obtenidos mediante cheques falsificados, que integran en los Estados Unidos infracción federal.

Sumamente característico del Derecho penal norteamericano, tanto en lo legal como en lo doctrinario, es la inclusión de las falsedades lucrativas ("forgeries") en la delincuencia patrimonial, lo que se explica por la prevalencia que allí se otorga al contenido económico de lo falsario y al propósito finalista de lucrarse o perjudicar, extraño al formulismo de origen francés, tan prevalente en la sistemática europea.

De esta manera es que surgen en los Códigos Penales del mundo la necesidad de elaborar el tipo penal denominado "fraude", "estafa" ó "truffa", entre otras diversas denominaciones que lo refieren.

Es importante pues, mencionar que son dos las maneras en que estos ordenamientos tratan a este concepto, aspecto que estudiaremos en forma profunda en el capítulo III del presente trabajo, pero a fin de tener una noción adelantada de ello,

mencionaremos que el primero de estos modos es el que contemplan aquellos códigos que otorgan una descripción del tipo penal de fraude y encontramos una segunda, en las legislaciones que se concretan a realizar una enumeración de las formas que ésta conducta delictiva puede revestir.

Siendo el sentido teológico del Derecho penal el proteger los bienes jurídicos tutelados, a efecto de que los mismos se salvaguarden y dado que se considera al patrimonio como uno de ellos, es de resaltar que el término fraude esta bien empleado para indicar los casos en que se obra contra jus para conseguir un fin, el cual se lleva a cabo con engaños que eluden el Derecho y la defensa ajena.

Es "Fraude" el vocablo usado por el Código Penal mexicano, que encuentra su equivalente en los términos señalados anteriormente, siendo que dentro de nuestro código sustantivo, la acepción genérica del mismo se encuentra contemplada en el artículo 386 del citado ordenamiento, el cual establece: "Comete el delito de fraude en que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido".

Nuestro Código Penal, además, nos regala una enumeración de los modos que puede revestir esta conducta típica al momento de ser realizada, pudiéndose observar ello en el numeral 387, dentro de sus XXI fracciones.

MARCO CONCEPTUAL

En este apartado resulta necesario tratar los conceptos fundamentales que servirán de base para desarrollar en lo subsecuente nuestro tema y de esta manera, dada su naturaleza, estemos en posibilidad de tratar las nociones civiles indispensables para su desarrollo, tales como la obligación, sus fuentes generadoras, encontrándonos dentro de éstas al contrato, que es considerado por excelencia como la más característica de las fuentes; enseguida trataremos los elementos que componen a este acuerdo de voluntades, concretamente el consentimiento y sus vicios y para finalizar el apartado civil, estudiaremos las consecuencias que conllevan el incumplimiento de los contratos para, de esta manera, poder contar con elementos que nos permitan distinguir con precisión las repercusiones que la conducta humana puede tener en los diversos ámbitos del Derecho.

Por cuanto hace a la materia penal y avocándonos más a la esencia de nuestro tema, se tratará al tipo penal de fraude genérico, desglosando cada uno de sus elementos de conformidad a los diversos doctrinarios que han escrito al respecto poniendo énfasis, sobre todo, en los autores nacionales.

LAS OBLIGACIONES

Se ha establecido que la obligación es una especie del género deber jurídico. En sentido amplio (*lato sensu*), debemos

comprender a éste como "la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho"⁶, así del anterior concepto podemos desprender el relativo a la obligación.

El término obligación proviene de la palabra latina "obligatio" y ésta de "obligare", compuesta pues, del prefijo "ob" que quiere decir alrededor y el verbo ligare que es tanto como citar, unir, vincular; de lo cual resulta que su primera connotación es la existencia de un nexo entre dos o más objetos o sujetos.

Se menciona que la obligación no es si no el derecho personal, considerado desde el punto de vista pasivo, así en el Derecho de la antigua Roma ya se había definido a éste como un vínculo jurídico que constriñe a la necesidad de entregar alguna cosa en favor de otro; según la instituta de Justiniano (libro III, título XIII) "obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendare rei secundum nostrae civitatis iura" (la obligación es un vínculo de Derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad); para Paulo: "obligationu substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad dandum alicui, vel faciendum, vel praestrandum" (la sustancia de las obligaciones consiste...en que constriñe a

6.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho De Las Obligaciones, 7ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1990, pág. 29

otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa)⁷; por esta razón, mientras que los derechos reales tienen por contenido el poder que el sujeto tiene sobre un bien, en los derechos personales se percibe la satisfacción que el deudor va a realizar al interés del acreedor.

Existe una gran variedad de definiciones respecto de la obligación, debido a que en cada época o etapa de evolución del Derecho se formuló una diversa. Partiendo de los conceptos del Derecho romano, los autores modernos han dado descripciones que no difieren mucho de aquéllas, puesto que algunas únicamente sustituyen el término "vínculo jurídico", por el de "relación jurídica"; a saber:

Para Edgardo Peniche López la obligación es "una relación jurídica entre dos o más personas determinadas o indeterminadas, en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene la facultad de exigir a otra llamada deudor, y esta la necesidad de cumplir, una prestación o una abstención, que puede ser de dar, de hacer o no hacer, de valor económico o de valor moral".⁸

Rafael Rojina Villegas señala a la obligación como "una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado

7.- Digesto L. 44.7.3.1.

8.- PENICHE LOPEZ, EDGARDO, Introducción Al Estudio Del Derecho Y Lecciones De derecho Civil, 18ª Ed, México, Porrúa, 1984, pág 195.

acreedor esta facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención".⁹

Por su parte Borja Soriano nos insiste: "obligación es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor".¹⁰

Al respecto Ernesto Gutiérrez y González señala que existen dos acepciones del término: obligación *latu sensu*, entendida como "la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o en favor de un sujeto que ya existe".

Del anterior concepto se desprende el propio de obligación *strictu sensu*, comprendiendo a ésta como "la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir".¹¹

Manuel Bejarano Sánchez señala que la obligación "es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de

9.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, 5ª Ed, México, Porrúa, 1985, Tomo V, Vol. I, pág. 12.

10.- BORJA SORIANO, MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, 12ª Ed, México, Porrúa, 1991, pág. 71.

11.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Ob. Cit. pág. 32.

conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer".¹²

Del conjunto de definiciones anteriores podemos destacar los elementos constantes de la obligación y prescindir de aquellos que, o bien son objeto de polémica, como el carácter patrimonial de la prestación, o tienen simplemente un valor secundario, a efecto de que no sean mencionados en una definición.

Por lo anterior podemos señalar que en las descripciones modernas se localizan como elementos característicos los siguientes:

1) Los sujetos, como elemento subjetivo o personal de la obligación, que pueden ser personas jurídicas individuales o colectivas y son aquellas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligados. Para una obligación bastan dos sujetos:

a) El activo o acreedor que es el que ostenta el derecho subjetivo, esto es, el que tiene la facultad de exigir la prestación.

b) El pasivo o deudor, es decir el que soporta la deuda, el que tiene el deber correlativo, el que esta obligado.

12.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL, Obligaciones Civiles, 3ª Ed., México, Harla, 1984, pág. 27.

2) El objeto, que como elemento objetivo de la obligación, se caracteriza como prestación o abstención, es decir, lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer. Es el contenido de la conducta del deudor, la cual será positiva o negativa, para concretar: es lo que el acreedor puede exigir al deudor.

En cuanto al requisito de la patrimonialidad este no es admitido unánimemente ni por la doctrina ni por las legislaciones, aún cuando entre nuestros autores nacionales existen criterios encontrados; así Borja Soriano se pronuncia por su existencia. Rojina Villegas sostiene que el objeto de la obligación puede ser patrimonial o no, siguiendo la tesis de Ihering, de acuerdo con la cual el deber jurídico del deudor puede ser patrimonial en si o de carácter moral.

3) El tercer elemento conceptual de la obligación es la relación jurídica o vínculo jurídico, en virtud del cual el deudor queda ligado al acreedor y obligado a cubrir la prestación, es decir, esta protegida por el derecho objetivo que da al acreedor una acción que ejercitar ante el Juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente. Incluso en los orígenes del Derecho Romano y en el Derecho Germánico Arcaico, el ligamento que ataba al deudor frente a su acreedor no era sólo conceptual, si no real, los efectos que producía el "nexum" ante el incumplimiento del deudor atribuía al acreedor el poder de atar materialmente a aquél y aun a disponer de su vida.

De conformidad a la doctrina francesa y alemana, lo particular de la relación jurídica es que el cumplimiento del mandato que ella implica esta potencialmente asegurado por la coacción; ello no equivale a decir que la relación sea ésta en sí, sino la posibilidad eventual de constreñir al obligado al cumplimiento mediante coacción para asegurar el mismo.

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

Es preciso señalar que la doctrina no es uniforme sobre este tema. Cuando hablamos de las fuentes, nos referimos a su origen, de donde nace, de esta manera la fuente será la norma, el hecho o el acto que la origina, que da lugar a su nacimiento.

En cada época han existido diversas teorías que se refieren a la clasificación de las fuentes que dan origen a las obligaciones, encontrando entre las más afortunadas las que precisa Rafael Rojina Villegas en su obra "Compendio de Derecho Civil"¹³, por tanto nos referiremos a:

1.- Clasificación dualista de Planiol.- Este autor parte de la base de que las obligaciones sólo pueden ser creadas por la ley o por el contrato. Consideró que cuando las partes no crean libremente sus derechos y obligaciones mediante el

13.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, 11ª Ed, México, Porrúa, 1982, p.p. 13-16.

contrato, es la ley la que interviene, tomando en cuenta un hecho jurídico determinado, para crear distintas consecuencias de Derecho.

En el contrato la voluntad de las partes crea la obligación y determina a la vez su objeto y extensión; el legislador solamente interviene para sancionar la obra de las partes, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad por medio de prohibiciones y nulidades. En ausencia de un contrato, la única causa del nacimiento de las obligaciones es la ley, puesto que si el sujeto deudor incumple con el acuerdo de voluntades, estará obligado a su cumplimiento, no porque el lo desee puesto que ya demostró que no es esa su intención, si no que esto será derivado de la ley, de la voluntad del propio legislador que fundamenta la misma en una circunstancia que hace necesaria la creación.

2.- Clasificación de Bonnecase.- Este jurista considera que las dos únicas fuentes de las obligaciones son el hecho jurídico y la ley y el acto jurídico y la ley, basando su teoría en que el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva, a la aplicación de una regla de Derecho, el autor del hecho jurídico la sufre, pero la función de ambos es inmediata e invariable, existiendo además de este cargo otras mediatas que se traducen en el nacimiento de diversas situaciones jurídicas.

Por lo anterior es preciso señalar que las obligaciones, ya sea que deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentran su origen en la ley, elegida por tanto en fuente suprema de las obligaciones.

3.- Clasificación de nuestros Códigos Civiles.- Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 distinguieron las siguientes fuentes de las obligaciones: a) el contrato; b) el pago de lo indebido; c) la gestión de negocios; d) los hechos ilícitos (sin emplear la denominación de delitos y cuasidelitos); y e) otros hechos jurídicos que se encuentren reconocidos en el articulado de dichos códigos. Estos ordenamientos se separaron del Código Napoleón en el que, en lugar del cuasicontrato menciona como fuentes el pago de lo indebido y la gestión de negocios, y en vez de los delitos y cuasidelitos trataron en general de los hechos ilícitos.

El Código Civil de 1928 vigente en la actualidad en nuestro país comprende las siguientes fuentes de las obligaciones:

- a) Los contratos (art. 1792 a 1859),
- b) Declaración unilateral de voluntad (art. 1860 a 1881),
- c) Enriquecimiento ilegítimo (art. 1882 a 1895),
- d) Gestión de negocios (art. 1896 a 1909),
- e) Los hechos ilícitos (art. 1910 a 1932 y 2104 al 2118),

f) El riesgo creado o el riesgo profesional (art. 913 del Código Civil).

Sin embargo tal enumeración no es exhaustiva puesto que, además de las anteriores, existen otras fuentes de las obligaciones reconocidas por el Derecho Civil Mexicano que las acepta independientemente de las citadas en el Título Primero de la primera parte del Libro Cuarto, encontrándonos entre ellas el testamento, la sentencia, etc.

Algunas de las fuentes citadas son actos jurídicos, como el contrato y la declaración unilateral de voluntad; otras constituyen hechos jurídicos en el sentido de la doctrina francesa, como son la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, los hechos ilícitos y el riesgo creado.

Por el tema a tratar y dado que es la fuente generadora de obligaciones que nos debe interesar, avocaremos nuestra atención a el estudio del contrato, aunado a lo antes mencionado que es considerado por muchos doctrinarios como la fuente más perfecta de las obligaciones porque supone la voluntad de contraerlas.

EL CONTRATO

Nuestro Código Civil, siguiendo al Código Suizo, estudió como primera fuente de las obligaciones a este pacto, la más

importante de todas y la da como eje, como modelo de los principios generales aplicables por extensión a todo acto jurídico regulado o no en el Código Civil. El vocablo "contrato", proviene del latín "contratus", derivado a su vez, del verbo "contrahere", reunir, lograr, concertar.

Con el fin de tener un conocimiento más cierto sobre ésta fuente de las obligaciones, haremos una breve alusión a sus antecedentes históricos, para continuar con la serie de conceptos que se han venido dando a lo largo del tiempo, expondremos su función jurídica, procediendo posteriormente a el estudio de sus elementos, para finalizar con las consecuencias que conllevan su incumplimiento.

La primera consideración que hay que hacer en este apartado, es la imposibilidad de dar un concepto genérico del contrato con validez universal, ya que como se mencionó éste varía de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas. Así, la connotación que puede ser justamente aplicada en el Derecho Argentino, puede no corresponder a la que se le da en el Derecho español o en el mexicano.

La voz contrato tienen diversas significaciones, el más auténtico técnicamente hablando, es el de negocio jurídico bilateral y patrimonial inter vivos. En Roma surge el contrato pero, originalmente, no es una fuente generadora de

obligaciones ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento. El sistema contractual romano es una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo, ve aparecer, verbigracia, los contratos verbis, los contratos re, los contratos consensuales y los innominados.

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del Liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en ésta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso, la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto (la doctrina de Rosseau).

La expresión "contrato" tiene en la práctica jurídica mexicana diversos significados: como acto jurídico, como norma individualizadora y como documento en el que se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.

Se entiende al contrato como acto jurídico, puesto que éste se traduce en una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo apoyo es un supuesto para producir las consecuencias de Derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

El contrato como norma individualizadora se entiende por el fundamento de la obligatoriedad del contrato, el que en sí

mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma general jurídicamente dicha: la contenida en el Código Civil, misma que se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional.

El contrato como documento hace referencia al manuscrito o al conjunto de signos que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contienen la voluntad de las partes, esto es, en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizadora.

En el campo de la doctrina mexicana y según sea el aspecto que cada autor desea hacer resaltar, existen múltiples acepciones del contrato; así encontramos que Manuel Bejarano Sánchez establece: "El contrato (lo mismo que el convenio) es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionado por la ley...".¹⁴

Señala Eugene Gaudemet "contrato es un convenio por el cual una o más personas se obliga, respecto de otra u otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa...".¹⁵

Rafael Rojina Villegas señala que éste es "un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico. No todo acuerdo

14.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL, Ob. Cit. pág. 32.

15.- GAUDEMETE, EUGENE, *Teoría General de las Obligaciones*, Trad. Pablo Macedo, México, Porrúa, 1974, pág. 37

de voluntades es un contrato... debe ser un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico. Para que el deudor quede obligado al hecho o a la prestación materia del acuerdo debe tener una importancia para el derecho...".¹⁶

Miguel Angel Zamora y Valencia establece, entendiéndolo a el contrato como acto jurídico, es "el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de Derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial...".¹⁷

No obstante las definiciones anteriores resulta necesario precisar qué acepción da al contrato el Código Civil Mexicano; en el Derecho positivo nacional existe una distinción entre convenio y contrato, considerando al primero como género y al segundo como la especie, sin olvidar que ambos son, a su vez, actos jurídicos.

Así el artículo 1792 del Código Civil vigente menciona el concepto de convenio en sentido amplio al señalar: "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

16.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, pág. 38.

17.- ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL, Contratos Civiles, México, Porrúa, 1981, pág. 17.

De igual manera el artículo 1793 de éste ordenamiento establece "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y los derechos toman el nombre de contratos..."

Por exclusión, los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto. Como se aprecia el contrato, lo mismo que el convenio, es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efecto de Derecho sancionados por la ley. Es una doble manifestación de voluntad: la de los contratantes que se ponen de acuerdo; como acto jurídico es pues bilateral o plurilateral.

ELEMENTOS DEL CONTRATO. EL CONSENTIMIENTO.

La mayoría de los autores mexicanos siguiendo el criterio del Código Civil, clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez; entendiendo a los primeros como aquellos que se requieren para que exista en si mismo el contrato; los segundos serán aquellos que, una vez que exista, son precisos para su validez, es decir, para que produzca efectos normales en los términos previstos en la norma.

Es importante resaltar que si falta uno de los elementos de existencia, se sanciona con la inexistencia del acto: en cambio, la falta de elementos de validez o requisitos de

18.- Término usado por el Maestro ERNESTO GUTIERREZ y GONZALEZ en Ob. Cit, pág. 214.

validez¹⁸, acarrearán la nulidad del mismo.

Para la doctrina mexicana los elementos de esencia es el consentimiento y el objeto, algunos incluso, aunan a la solemnidad; así también consideran requisitos de validez la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

Partiendo de la base que la voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y desde el punto de vista jurídico, es esa determinación para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen en los términos señalados en la norma ó supuesto jurídico, se llama consentimiento.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico, o una o varios actos monosubjetivos que originarán consecuencias de Derecho, pero no existirá un contrato, ya que es un requisito para la existencia de éste.

Al respecto también es preciso mencionar que uno de los principios rectores en la celebración de los contratos es la libertad contractual a la que se le ha denominado "teoría de la autonomía de la voluntad", la cual consiste en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo al individuo crear a su arbitrio, los contratos y las obligaciones que libremente decida; dogma que es neutralizado por las normas básicas que aseguraba la convivencia social (normas de orden público), impidiendo todo acto del individuo que las contrarie, al igual que a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

Se entiende por consentimiento al acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior; también se le considera como el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de Derecho y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.¹⁹

Señala Borja Soriano "el consentimiento es el elemento esencial del contrato, consistente en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que éstas voluntades tengan una manifestación exterior..."²⁰

19.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Ob. Cit. pág. 215.

20.- BORJA SORIANO, MANUEL, Ob. Cit. pág. 121.

Miguel Angel Zamora y Valencia establece: "...el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma para crear, transmitir derechos y obligaciones."²¹

Rojina Villegas por su parte precisa: "...el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derecho y obligaciones...".²²

Para que haya consentimiento jurídicamente se precisa la concurrencia de dos elementos fundamentales: el ofrecimiento o proposición de una parte y la aceptación de la otra cualquiera que sea la naturaleza del contrato; y que una y otra sean congruentes en todas sus partes de manera que estén unidas por la más exacta conformidad, en cuanto a las personas, las cosas y la naturaleza y modalidades del acuerdo que se intenta celebrar.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad debe manifestarse expresamente.

21.- ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL, Ob. CH. pág. 23.

22.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, pág. 34

El contrato queda perfeccionado desde el momento en que se ha celebrado con todos los requisitos solicitados por la ley para que pueda ser reconocida su existencia y fuerza obligatoria; establece el Código Civil en su artículo 1796 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos casos que deben revestir una forma establecida por la ley.

Para no dejar sin tratar lo relativo a los demás elementos de validez del contrato citaremos que se entiende por objeto del mismo una doble perspectiva: como materia a que el contrato se refiere (objeto directo) y el hecho jurídico que la obligación incorpora (objeto indirecto).

Por lo que hace a la solemnidad ésta se entiende como la manera ceremoniosa en que se exterioriza la voluntad haciendo mención que el único contrato reconocido por el Derecho Positivo mexicano en el que se requiere éste elemento, es el contrato de matrimonio.

ELEMENTOS DE VALIDEZ. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

La ausencia de vicios del consentimiento es indispensables para que el contrato surta sus efectos jurídicos entre las partes. En nuestra legislación civil son reconocidos en el

artículo 1795 del Código de la materia, el cual interpretado a contrario sensu, nos permite vislumbrar que los mismos son:

a) Capacidad de las partes para contratar, esto es, tener la aptitud de intervenir en el otorgamiento del contrato para hacer valer sus derechos y obligaciones (capacidad de ejercicio):

b) Ausencia de vicios en el consentimiento, tema al que nos avocaremos con más profundidad enseguida;

c) Objeto, motivo o fin lícito, esto es, que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y,

d) La forma, entendiéndose por ésta el medio empleado para manifestar la voluntad, encaminadas a la producción de obligaciones.

Con la finalidad de avocarnos al tema de la ausencia de vicios en el consentimiento, es preciso recordar que en nuestra legislación positiva se establece clara y terminantemente que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y se precisan excepciones al principio general expuesto con anterioridad, pues la legislación civil manda que el consentimiento no será válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido

por dolo; el consentimiento de las partes debe ser puro, es decir, exento de vicios. Tales vicios, aunque permiten de hecho la existencia del contrato, lo hacen anulable.

Se puede entender por vicio, "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución".²³

No obstante que hay un concepto unitario de lo que es el vicio, los efectos que produce no son homólogos, sino que se diferencian según las materias en donde se trate, situación que se verá más adelante en nuestro capítulo IV.

De manera categórica nuestra legislación civil, considera que se catalogan como vicios de la voluntad al error, el dolo y la violencia, aún cuando la doctrina auna a la mala fe y la lesión; al respecto el artículo 1812 del Código de la materia señala "el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

El error consiste en el conocimiento falso de la realidad, ya se trate de un hecho o de una norma jurídica. El error puede ser de tal naturaleza que vicie la determinación volitiva y la desvíe en sentido diverso del que hubiera querido el sujeto si no hubiera ocurrido el error.

23.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Ob. Cit. pág. 286

De la lectura de varios autores nacionales puede afirmarse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso lo que es cierto.²⁴

Es preciso mencionar la clasificación que se ha dado del error de acuerdo a sus consecuencias jurídicas, así no todo falso consentimiento o total desconocimiento de la realidad vicia la voluntad, es necesario que el error sea determinante, que recaiga sobre la causa o motivo que impulsa a declarar, se requiere además que se declare en el acto de la celebración que el error fue el motivo por el cual se celebró el acto o que por las circunstancias del mismo, se pruebe que éste se verificó en el falso supuesto que lo motivó y no por otro fin.

Podemos señalar que se puede distinguir entre error esencial, como aquel que recae sobre los motivos determinantes que tomó en cuenta el autor del acto para celebrarlo, o sea, sobre la causa que motivó su decisión de celebrar el acto, vg. sobre la naturaleza del negocio, la identidad del objeto, la esencia o cualidades propias de la cosa que es materia del acto, sobre la identidad de la persona, etc.; además encontramos al error accidental o indiferente, siendo éste el que recae en un elemento secundario o no esencial del negocio.

24.- Autores con diversos conceptos en obras citadas de, BORJA SORIANO MANUEL pág. 216; GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO pág. 288; ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, pág. 1399; PENICHE LOPEZ, EDGARDO, pág. 224. y SANCHEZ MEDAL, RAMON, "De los Contratos Civiles (Teoría General del Contrato), 13ª Ed, México, Porrúa, 1994, pág. 47.

Muchas clases de error son reconocidas por parte de la doctrina mexicana pero, por considerarlo el más afortunado, basaremos nuestro estudio en el examen que del mismo realiza el maestro Gutiérrez y González, puesto que a mi juicio, es el único que logra explicar civilmente a la mala fe, al dolo y al error con perfectas delimitaciones, basando su análisis en que las dos primeras figuras sólo califican al error y, por tanto, únicamente agravan el acto afectado por él.

En éste punto es importante recordar que una de las finalidades del presente trabajo es poder establecer los límites entre vicios del consentimiento, propios de la materia civil y el dolo ó el error que son característicos del tipo penal de fraude, de esta manera nos encontramos con la:

A) Clasificación del error por la materia en que se genera: el error puede producirse en la mente humana por dos caminos; de una manera espontánea, sin que intervenga para nada otra voluntad que le induzca al error (error fortuito) y cuando lo provoca un sujeto, ya sea parte o sea tercero en el acto jurídico que se celebra (error provocado), utilizando maquinaciones para hacerlo caer en el mismo.

Dentro del error fortuito distinguimos como ejemplos al error de aritmética o de cálculo; el error material (art. 3024 del Código Civil), que es aquel cuando se escriben unas palabras por otras, se omite la expresión de alguna

circunstancia, etc., sin cambiar por esto el sentido general de la inscripción ni de alguno de sus conceptos. El error de concepto se determina cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altera o varía en su contenido, ello por que el registrador se hubiere formado un juicio equivocado; el error de Derecho se concreta cuando alguna de las partes tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal o sobre su interpretación.

Existen ocasiones en que al celebrarse el contrato una de las partes está enterada del error en que se encuentra la otra persona ¿qué debe hacer en éste caso el que se percata del error de su co-contratante?, de acuerdo con una limpia y sana intención debe hacérselo saber para que ya no celebre el contrato o si desea celebrarlo sea con plena conciencia de lo que hace. En éste caso estamos en presencia de lo que técnicamente se conoce como "mala fe" en materia de contratos y que consiste en la disimulación del error fortuito o en las maquinaciones tendiente a mantener en ese error (art. 1815 Código Civil).

B) El error puede haber sido provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados por la otra parte contratante o por un tercero con anuencia de ella. La actitud malévola de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo, ya manteniéndolo engañosamente, se llama "DOLO" en materia civil; en Derecho Penal, como veremos

más adelante, asume formas de extrema gravedad que constituye la figura delictiva del fraude.

El dolo civilmente no es un vicio de la voluntad sino se considera como tal, en tanto que induce a un error determinante de la misma.

El dolo es definido en el artículo 1815 del Código Civil, señalando: "se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...".

Desde la más remota antigüedad se ha concebido al dolo como todo artificio o maquinación engañosa, maniobra, astucia, trampa o disimulación de una de las partes se sirve para inducir a la otra a la celebración de un acto jurídico con el objeto de procurar para sí o para un tercero, una ventaja injusta o de perjudicar simplemente a su contratante sin obtener ventaja alguna.

En los tiempos de la antigua Roma se hacía la distinción entre dolo bueno y dolo malo, el primero se conocía como las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se valía una persona para llevar a otra a la celebración del contrato, pero que fácilmente era apreciable y por lo mismo no viciaba la voluntad ni los efectos legales del que contrataba. Por tanto, el dolo siempre supone una intención de dañar o

engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, sino hay intención de daño, tradicionalmente se ha llamado "dolo bueno".

El dolo malo era el que daba lugar a una acción en materia de ilícitos penales al lado del que se estimaba en los ilícitos civiles, ésta acción penal de "dolo" contra el autor estaba enderezada a proporcionar a la víctima la reparación del perjuicio.

El dolo determinante de la voluntad, actúa en el ánimo de la víctima, de modo que sin él la voluntad no se hubiera formado en la manera en que se formó (dolo malo principal), o aparece influyendo no en los motivos determinantes, sino sobre ciertas peculiaridades del negocio; de modo que de no haber existido el dolo se habría celebrado éste ciertamente, pero bajo otras estipulaciones (dolo malo intencional).

Las maquinaciones que inducen al error pueden provenir de diversas personas, a saber: a) de una parte sea ésta unilateral o plural; b) de ambas partes contratantes; c) de un tercero y esta hipótesis puede presentarse: sabiéndolo en que se beneficia por el error provocado por dolo ó ignorándolo, siendo que en éste último caso si bien el que lo desconoce no realiza las maquinaciones, si está enterado de las mismas y sabe que

con ellas resultará beneficiado al provocarse el error de su contraparte.

Atendiendo al momento en que el dolo se presenta en la vida del acto jurídico se clasifica en: 1) dolo coetáneo, es aquel en el que las maquinaciones se presentan en el momento en que nace el acto jurídico, en el momento mismo en que las voluntades integran el consentimiento; 2) Dolo posterior, que se da una vez que el acto nació limpio, sin vicios, pero uno de los contratantes realiza una serie de maquinaciones tendientes a evitar el cumplimiento de su obligación o hacer imposible el cumplimiento de la misma.

La diferencia entre ambos dolos radica en sus consecuencias, pues en tanto que el dolo coetáneo origina la nulidad del acto, el dolo posterior puede dar lugar a que se declare la rescisión del contrato, o la indemnización por el hecho ilícito de no cumplir con las obligaciones asumidas; inclusive llegado el caso el ejercicio de la acción Pauliana.

Son pues el dolo y la mala fe, conductas indebidas reprobables y por ello tendientes a sorprender la voluntad de uno de los otorgantes, apartándola de una consciente determinación; en tal caso, existe una voluntad que ha nacido de un error, pero un error provocado por medio de maniobras engañosas para desviar la voluntad de la víctima en un determinado sentido. Es la ilicitud de la conducta positiva

(dolo) o negativa (mala fe) lo que da lugar al error, la maldad del propósito, el dolus malus de las fuentes romanas.

Realizando una breve alusión a los otros vicios del consentimiento señalemos que existe violencia cuando se emplean fuerza física (vis absoluta) ó amenazas (vis compulsiva) que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del que contrata, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes.

Se discute si la lesión debe ser considerada como vicio de la voluntad, actualizándose la misma cuando uno de los contratantes por suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, recibe una prestación notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obliga. (art. 17, 2228 y 2230 del Código Civil).

CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS.

Dentro del Título Sexto del Libro Cuarto, artículo 2228 del Código Civil se establece que la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa; e incluso el numeral 2230 establece que la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede

invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento ó se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Así también el artículo 1813 establece que el error de Derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró este en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

A mayor abundamiento el numeral 1815 del Código de la materia menciona: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

Por tanto la presencia de cualquier vicio de la voluntad o lesión en la formación de un contrato, produce la nulidad relativa del mismo, tal como disponen los artículos 1812, 1813, 1816, 2228 del Código Civil. La voluntad exenta de vicios es un requisito de validez del acto jurídico, los vicios que la afecten no impedirán que el acto exista, pero provocarán su ineficacia parcial, nulidad que tendrá como características:

a) Sólo podrá ser invocada por quien haya sufrido los vicios de la voluntad (art. 2230 Código Civil).

b) Podrá consolidarse por confirmación cuando haya desaparecido el vicio (art. 2233 Código Civil); ratificación que puede ser: ya expresa ó tácita (art. 2234 Código Civil).

c) Podrá convalidarse por prescripción de la acción (art. 2236, 2237 y 17 del Código Civil),

d) Permite que el acto produzca sus efectos (art. 2227 Código Civil).

De lo antes expuesto se infiere que el dolo en materia civil, concretamente dentro de los contratos, consistente en las maquinaciones para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no se habría efectuado, es el único que debe originar la nulidad del acto, relacionado ello con lo preceptuado por el artículo 1816 del Código Civil, que establece: "el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de ese acto jurídico".

Tanto el dolo como la mala fe producen la nulidad relativa del contrato al que afectan, se les sanciona con la nulidad del

acto, no sólo porque agravan un error que vicia la voluntad, sino porque constituyen ambos una conducta malévola que debe ser reprimida por el Derecho.

Es necesario señalar que el numeral 1817 del mismo ordenamiento, precisa que si ambas partes proceden con dolo ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones; de conformidad con el artículo 1822 no es lícito renunciar para lo futuro, a la nulidad que resulte del dolo o de la violencia.

Algunos doctrinarios consideran que basta comprobar que la celebración del contrato fue provocada por dolo o mala fe para producir nulidad, con independencia de la prueba de que el error hubiere recaído sobre el motivo determinante de la voluntad; no obstante por cuanto hace al error en sí mismo, se ha establecido que sólo el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente será el productor de la nulidad del acto (error nulidad).

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Al momento en que un acuerdo de voluntades está afectado por un vicio del consentimiento tiene, como consecuencia lógica, el incumplimiento de la obligación y por tanto del propio contrato, es por ello que analizaremos las acciones que tienen lugar al momento en que éste ocurre.

El incumplimiento es la no satisfacción por el deudor de la prestación. El incumplimiento de las obligaciones puede ser voluntario, que es aquel que se da por mora, culpa o dolo; ó involuntario, que se da por caso fortuito y fuerza mayor.

El que no ejecute la obligación que ha asumido en un contrato ó no se conduce como debería hacerlo, comete una falta, por tanto actúa con culpa, la cual se diferencia de la culpa no dolosa que consiste en una negligencia cometida sin intención de perjudicar y de la culpa dolosa, que existe cuando el deudor intencionalmente no ejecuta su obligación y por tanto comete éste con el deseo de causar un perjuicio a su acreedor; si además la realiza con el propósito de causar un perjuicio al acreedor, se entiende que obró con dolo, por lo tanto incurre en responsabilidad, el artículo 2106 del Código Civil señala que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. En presencia de dolo en el incumplimiento, la renuncia a no exigir la responsabilidad no tiene efecto, de modo que aún que hubiera un pacto que liberara al deudor la cláusula carecerá de validez.

Respecto del dolo que se presenta al momento en que el acto jurídico nace y que consiste en las maquinaciones para inducir a error o mantener en él a una de las partes que contratan, vicia a éste desde su origen generando a favor de la víctima una acción de nulidad; en cambio, el dolo en el incumplimiento del contratante consiste en el propósito del

deudor de no efectuar la prestación prometida lo que aparece tendiente a evitar el cumplimiento de su obligación, o para hacer imposible el cumplimiento de la misma, dando lugar a la rescisión del contrato ó a la indemnización por el hecho ilícito de no cumplir con las obligaciones asumidas, e inclusive, la acción Pauliana, en su caso.

Cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien, por que se cumplan los requisitos legales para ello, se incurre en MORA, la cual tendrá en el Derecho las siguientes consecuencias:

1) Acción rescisoria en los contratos con pago de daños y perjuicios.

2) Exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida.

3) Origina la indemnización moratoria, es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Por consiguiente, el acreedor tiene una doble acción:

A) Exigir el cumplimiento de la obligación.

B) Solicitar la indemnización compensatoria.

En la primera el acreedor puede exigir la prestación específica, debiendo recordar que la responsabilidad por incumplimiento de la obligación comprende la restitución de la cosa que se había recibido y de no ser posible, el pago del precio de la misma o la de ambos, si la cosa que se restituye ha sufrido daños o menoscabos, en éste caso la obligación será a la vez restitutoria de la cosa y responderá de los daños que haya sufrido ésta, si la reposición no es posible, el deudor deberá pagar al acreedor por concepto de reparación el valor que tenga la cosa al tiempo en que debió efectuarse la entrega.

Por cuanto hace a la indemnización compensatoria encuentra su justificación en que la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones comprende también la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios que, independientes de los menoscabos que haya sufrido la cosa, resienta el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación.

Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación; se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado ó que necesariamente deban causarse.

Autores como Rafael Rojina Villegas aunan a las dos acciones mencionadas con antelación la llamada indemnización moratoria, que es el pago de daños y perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de la obligación; así el citado autor menciona que para que el acreedor pueda exigir la indemnización necesita:²⁵

A) Que el deudor incurra en mora.

B) Que se le causen daños y perjuicios.

C) Que en algunos contratos exista una culpa que generalmente, será en la custodia de las cosas.

En forma más específica, dentro de la materia contractual, es importante mencionar las acciones que tienen lugar al momento en que éstos acuerdos de voluntades son incumplidos, así tenemos:

1) La ejecución forzosa del contrato, de acuerdo con los lineamientos establecidos para las obligaciones en general, en el cual se solicita exactamente la misma prestación o una equivalente.

2) La rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios. El acreedor puede optar libremente por ésta medida

25.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano*, Ob. Cit. pág. 289.

si el cumplimiento elegido inicialmente resultare imposible. Los efectos de la rescisión son destruir el contrato privándolo de sus efectos, borrando en lo posible todas sus consecuencias.

Para los acuerdos de voluntades se debe recordar que desde que nace el acto jurídico los contratantes pueden:

1) Poner las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato se tendrán por puestas aunque no se expresen,

2) Estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida; si tal estipulación se hace no se pueden reclamar además daños y perjuicios;

3) El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena pero no ambos.

Por cuanto hace al incumplimiento de las obligaciones, tal como se analizó, tenemos a la indemnización compensatoria, la cual a su vez, da origen a la figura de la responsabilidad civil, misma que pasaremos a estudiar enseguida.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad civil comprende múltiples materias del Derecho privado; la reparación del daño por un hecho ilícito es una sanción específica del Derecho Privado en general, pero también hay responsabilidad civil en los casos de incumplimiento de las obligaciones preconstituidas, especialmente las que nacen del contrato, testamento, sentencia o declaración unilateral de voluntad.

El Código Civil nacional de 1884, establecía en su artículo 1418: "Son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato..."; así también el artículo 1459 señalaba "... el contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante...".

De ésta manera se establece: "Hay responsabilidad civil cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño".²⁶

En términos generales podemos afirmar que la violación de los deberes jurídicos, cualquiera que sea la fuente de que procedan, entraña un daño generalmente de carácter patrimonial en el Derecho privado, concretamente en el Derecho de las Obligaciones, de los Contratos, Sucesiones, etc; en

26.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Ob. Cit. pág. 121.

consecuencia, se impone la necesidad jurídica de regular la reparación de ese daño.

Hay responsabilidad civil cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta ente el hecho y el daño, dado que todo hombre es responsable de sus propios actos.

Es por lo antes mencionado que la responsabilidad civil se agrupa en dos grandes rubros:

a) Responsabilidad civil contractual.

b) Responsabilidad civil extracontractual.

En la responsabilidad contractual el deber jurídico consistirá en reparar el daño causado por el incumplimiento de aquella obligación, la cual es preexistente, nacida del contrato, puesto que no podría negarse que quiénes un día habían de ser víctimas y responsables, están vinculadas jurídicamente desde antes de la realización del perjuicio; el contrato que se ha celebrado entre ambos establece una obligación.

La obligación de los contratantes es dar cumplimiento al acuerdo de voluntades, pero al momento en que ésto no se realiza, surge una nueva obligación para el que ha dejado de

cumplirlo o lo cumplió mal: la de reparar el perjuicio ocasionado por el incumplimiento o el mal cumplimiento del contrato; si el contrato es fuente de obligaciones, el incumplimiento del mismo, es decir, la responsabilidad contractual, también lo es.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son:

1) Un daño o perjuicio causado al acreedor por la no ejecución de la obligación, esto es por que se incurre en mora; la misma es necesaria para que se de origen a la responsabilidad civil, pues entre tanto una obligación no se haga exigible, no puede afirmarse que el deudor ha faltado al cumplimiento del contrato; lógicamente es necesario que la deuda sea exigible y que no se cumpla, lo que justamente quiere decir que el deudor se encuentra en mora.

En nuestro Derecho el deudor incurre en mora por la simple llegada del plazo, el cual es entendido como el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación, que ya se hizo exigible.

El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil, que debe ser causado exclusivamente a la víctima, el daño es condición sine qua non, para que este obligado el deudor a reparar lo no cumplido; el mismo puede ser patrimonial, que se traduce en un menoscabo sufrido en el

patrimonio y por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente el acreedor debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. También se acepta, por la Doctrina mexicana el daño moral, que es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, la honra, los sentimientos y afecciones (art. 1916 del Código Civil).

Por cuanto hace a la reparación debemos remitirnos a lo expuesto en puntos anteriores, respecto a que comprende tanto la reparación exacta o la que se efectúa por equivalencia.

2) Culpa imputable al deudor. Todo deudor que falta al cumplimiento de la obligación se presume que lo hace por culpa a no ser que demuestre lo contrario, esto es, que fue por caso fortuito o fuerza mayor. La culpa es el elemento esencial para que nazca el derecho para exigir la reparación del daño, el contratante que no cumple procede con culpa al lesionar la esfera del acreedor desde el momento en que no satisface la prestación a que él tenía derecho y disminuye por tanto esa esfera.

Es importante no olvidar que el artículo 2104 del Código Civil establece: "el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios", en los numerales subsecuentes hasta el 2118, se estatuye como principio general

que todo aquel que falta al cumplimiento de una obligación de dar, de hacer, de no hacer, será responsable de los daños y perjuicios que causare.

Dentro del concepto lato de culpa también se comprende al dolo; la doctrina de la culpa contractual se refiere a los hechos ilícitos que implican una interferencia negativa en la esfera jurídica del acreedor, sin estar facultado para ello, es decir, el incumplimiento de las obligaciones.

3) Relación de causalidad entre el daño causado y la culpa del deudor. Es necesario que no sólo sea culpable del daño, también deberá ser causante del mismo, la noción de culpabilidad entraña necesariamente la causalidad entre el hecho y el daño.

En materia de culpa contractual el artículo 2110 del Código Civil vigente expresamente requiere que los daños y perjuicios exigibles por el incumplimiento de un contrato, sean los daños directos o inmediatos que se hayan causado o que necesariamente deban causarse; tan es así, que al actor en el juicio de responsabilidad le incumbe no sólo la prueba de la culpa o del dolo del demandado, sino también la del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado, así como la de que efectivamente se le produjo un menoscabo patrimonial o que dejó de percibir alguna ganancia lícita como consecuencia directa del citado hecho.

Por cuanto hace a los elementos señalados como integrantes de la responsabilidad civil, no existe homogeneidad doctrinal al respecto, puesto que se considera que la ley nacional, sólo exige como requisito la existencia de mora por parte del deudor para que surjan los daños y perjuicios causados al acreedor.

EL FRAUDE. CONCEPTO.

La palabra "fraude" es de una gran imprecisión; gramaticalmente equivale a engaño o acción contraria a la verdad o rectitud.

Como se ha mencionado con anterioridad, el denominado tipo penal de fraude, por nuestro Derecho positivo, ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones nombres diversos, tales como estelionato, escroquerie, truffa y estafa, teniendo justificación lo anterior si se toma en cuenta que algunas de estas legislaciones sirvieron de base a las otras; así la francesa es fundamento de la española, la italiana de la legislación colombiana y la española de la mexicana.

Como se ha citado en el capítulo relativo a los antecedentes del tema, estelionato es la denominación que se le designó antiguamente entre los romanos.

Escroquerie es la designación que le otorga al fraude o estafa el Código Francés, aún cuando su esencia coincide en lo

general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaños o artificios para obtener un provecho injusto.

Truffa es el término que recibe en italiano nuestro delito de fraude, designándose con ese vocablo a una forma especial de delito contra la propiedad, citando para tal efecto lo señalado por Maggiore quien establece: "...consiste en el hecho de quien al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto en perjuicio ajeno". 27

Estafa, es el término utilizado en diversas legislaciones como la colombiana, que entiende a éste como "...el que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno..."; de igual manera las codificaciones españolas en sus constantes cambios de denominación a esta conducta, establecen que el mismo es cometido por "...cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro dinero efectivo o escrituras o le hubiera perjudicado de otra manera en su bienes sin alguna circunstancia que le constituya verdadera ladrón, falsario o reo de otro delito especial". Es importante señalar que en ésta

27.- MAGGIORE, GIUSEPPE, *Delitos en Particular. Parte Especial*, 4ª Ed., Trad. José J. Ortega Torres, Colombia, Temis, 1969, Vol. 3, pág. 122.

legislación el término fraude es igualado a una especie de cohecho para el Derecho mexicano.

"FRAUDE" es el término usado por el Código mexicano y encuentra sus equivalentes en los anteriores, nuestro Código sustantivo lo define cuando señala: "comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se encuentra se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido".

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS CARACTERISTICOS DEL TIPO PENAL.

Toda vez que nuestro estudio se funda en la doctrina mexicana y es dentro de esta legislación donde se realizará la propuesta final del presente trabajo, utilizaremos como base los elementos constitutivos que sirven de característica a nuestro tipo penal de fraude, puesto que las legislaciones extranjeras participan también de los mencionados componentes.

EL ENGAÑO.

El primer elemento constitutivo del fraude se rige por un extremo psíquico que consiste en determinar a otro, mediante engaño a realizar un acto de disposición, lo que se puede llevar a cabo poniendo en juego maquinaciones o artificios.

El engaño se entiende como la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer, "engaño según el Diccionario de la Real Academia Española es dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Engaño, pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad...". 28

Pero el engaño o artificio no ha de ser de cualquier naturaleza, ha de llevar en sí la capacidad de estafar, de inducir en error; idoneidad que variará, naturalmente, con el medio, la cultura, la capacidad de las personas, la calidad de las cosas, etc; de no ser así, la simple mentira constituiría un medio apto y daría margen a descabelladas e inadmisibles interpretaciones.

Es cierto, la simple mentira no configura ardid o engaño, ésta es la opinión predominante entre los doctrinarios y la jurisprudencia nacional, debiendo por tanto tomar en consideración que entre "mentira" y "engaño" media diferencia. Lo primero supone afirmar una falsedad, cuya creencia queda librada de la buena fe del tercero; lo segundo implica algo más, cierta entidad objetiva que permita reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño y la falsa imagen que el pasivo del ilícito se crea en su mente.

28.- PIERCE ZAMORA, JESUS, El Fraude, 3ª Ed., México, Porrúa, 1993, pág 28.

Existe un sector de la doctrina mexicana que establece que sólo constituyen fraude las astucias, engaños, maquinaciones que están apoyadas en actos exteriores; la mentira no es, pues, un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro; considerando que lo prescrito por la ley es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, la organización de ardides, en una palabra una mise en scène que tiene por fin dar crédito a la mentira y esta destinada a engañar a terceros, por tanto, este engaño ha de ser bastante para mover la voluntad normal de un hombre.

Es preciso citar que los artificios o engaños se pueden emplear contra el titular de la relación jurídica patrimonial (sujeto pasivo del delito) o contra otra persona (sujeto pasivo de la conducta); la conducta puede ser directa o indirecta, lo esencial es que provenga del estafador. La maniobra engañosa puede dirigirse contra persona determinada o consistir en un medio que llega al conocimiento de cualquier persona. Alguien puede ser engañado y otro ser el que proporciona el provecho ilícito, aunque el segundo no haya incurrido en error.

El engaño puede realizarse incluso, cuando existen maniobras o artificios que van dirigidos a conmover los sentimientos humanitarios y caritativos del sujeto pasivo, mediante simulación de enfermedades, mutilaciones deformaciones o desgracias.

Un aspecto importante dentro del elemento engaño es determinar el tipo de dolo el tipo penal en comento para determinar el juicio de reproche a una conducta típica y antijurídica producida por el acto libre de la voluntad del hombre; el dolo, consiste en el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo penal o la prevención del resultado y no obstante ello, el querer o aceptar la realización del hecho descrito por la ley. El fraude es un delito eminentemente doloso e incluso, la jurisprudencia ha señalado lo anterior en diversas ejecutorias, precisando también que la forma culposa de la comisión del delito no es aceptada por el mencionado tipo penal.

Para la configuración del delito no basta 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; dentro de la descripción realizada por el Código Penal Mexicano, dicho elemento doloso puede vislumbrarse dentro de la frase: "...se hace ilícitamente de una cosa ó alcanza un lucro indebido..", pues aquí la expresión refleja el desplazamiento patrimonial equivalente del delito, implica también la finalidad o intención que el sujeto activo de la conducta debe tener desde su inicio hasta que el delito se haya agotado.

En el delito de fraude, el dolo es inicial, puesto que antecede a la totalidad de la conducta delictuosa. El ánimo de

lucro, es pues, anterior al engaño y, en el fraude por aprovechamiento del error, precede al acto de disposición.

APROVECHAMIENTO DEL ERROR.

En la descripción que hace el artículo 386 del Código Penal se proclama como medio idóneo de comisión del delito de fraude, el aprovechamiento del error en que se halla el sujeto pasivo. Esta forma de realizarse la conducta fraudulenta se manifiesta en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste al error en que la víctima ya se hallaba inmersa.

Es importante resaltar que el aprovechamiento del error puede también manifestarse en una actividad, comprendiendo ésta todos los actos realizados por el sujeto activo del delito, para reforzar el estado subjetivo de la víctima de equivocación en el que con anterioridad se encontraba.

En ésta segunda hipótesis el error le es imputable a la víctima o a un tercero. El estafador no es quien engaña al sujeto pasivo de la conducta, esto es, no provoca el error en que éste se encuentra, pero si tiene conocimiento de su existencia y actúa aprovechándose de éste para determinar al pasivo a tomar un acto de disposición patrimonial en beneficio del delincuente.

De lo anterior se deduce que quien se aprovecha del error para obtener un lucro indebido incurre en un no hacer (delito de comisión por omisión) puesto que existe una actividad voluntaria, con violación del deber jurídico de obrar, medio que le permite llegar a su fin ilícito.

En efecto, la doctrina considera en ciertas hipótesis que el omitente aparece como garante de la evitación del resultado, luego tiene la obligación de despejar el error en que se encuentra el pasivo, de informarlo verazmente acerca de los términos y condiciones de la convención que ha de realizarse entre las partes.

A este respecto es preciso señalar que el Código Penal en el artículo 7 determina que: "en los delitos de resultado material también sera atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

Pero la ley penal no dice quién es garante, es decir, quién tiene el deber de no ocultar, en todo o en parte, aquello que sabe, de donde surge un margen de incertidumbre que va en

contra del principio de estricta legalidad que debe imperar en el Derecho Penal.

Por lo anterior debemos subrayar que el origen causal del error, el fraude por engaño y aquél efectuado mediante aprovechamiento del error tienen similares elementos constitutivos.

ACTO DE DISPOSICION.

Otro de los elementos integrantes del delito de fraude genérico es el acto de disposición, el cual se manifiesta dentro de la esencia del propio delito, debiéndose observar dentro de la descripción al momento en que se señala "...se hace ilícitamente de una cosa...", terminología que como lo señala Jesús Zamora Pierce, en su obra "El fraude" "...ciertamente, deja mucho que desear, hacerse de una cosa según el Diccionario de la Real Academia Española, tanto quiere decir como obtenerla, o apoderarse de ella, conceptos que lejos de identificar al acto de disposición, tienden a confundir los terrenos del fraude con los del robo...".²⁹

El acto de disposición permite individualizar al delito de fraude y distinguirlo de los demás delitos contra el patrimonio por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño o aquel que estaba en un error, del cual se han aprovechado, hace

29.- PIERCE ZAMORA, JESUS, Ob. Cit. pág. 114.

voluntaria entrega al defraudador de la cosa objeto del delito; consiste pues, 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, es decir, no sólo sobre dinero, bienes muebles e inmuebles y derechos de cualquier clase, sino incluso, también sobre meras expectativas de hecho, así se puede afirmar que el acto de disposición es el nexo causal necesario entre el engaño, aprovechamiento del error y el perjuicio.

Este acto es por lo regular consciente, si bien suele no serlo la disminución patrimonial por aquél determinado; también es importante señalar que en el fraude o estafa, es menester que la cosa no pertenezca al defraudador, que sea ajena, por que sino el engaño no llegaría a configurar el tipo penal, concretándose solamente a la obtención de una ventaja o provecho objetivamente legitimados, aunque los medios fueran indebidos.

Para Valle Muñiz, desde una perspectiva estrictamente penal, lo esencial es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, el acto de disposición debe ser capaz de causar el daño patrimonial.³⁰

30.- VALLE MUÑIZ, JOSE, El delito de Estafa, Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil, España, Bosh Casa Editorial S.A., pág. 214.

Por tanto, el acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, genéricamente, como aquél comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa a la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.

El acto de disposición no es necesario que revista la forma negocial, aunque así acontece en la mayoría de las ocasiones. Sus formas pueden ser muy diversas y sería en vano realizar un enlistado de éstas, dado el carácter multiforme de la forma criminosa, es esta precisamente, la razón que ha dado fundamento al tema motivo del presente trabajo, puesto que así conceptualizado, el acto de disposición rebasa los estrechos límites del Derecho civil, pues no es necesario que se presente como un contrato o como una declaración de voluntad, ni mucho menos que satisfaga las exigencias formalistas de esa rama del Derecho.

El acto de disposición puede también revestir carácter omisivo, o como mera permisividad o tolerancia e incluso el pasivo puede realizarlo inconscientemente, verbigracia, cuando quién engañado, suscribe un título de crédito cuando cree que se firma un autógrafo.

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. No es

necesario que el que en virtud del engaño, efectúe la disposición patrimonial, este jurídicamente facultado para realizarlo, basta el hecho de que esté en condiciones de disponer del patrimonio ajeno, denominándose lo anterior por la doctrina como el "fraude en triángulo".

EL LUCRO.

Del latín "lucrum" es, gramaticalmente, la ganancia o provecho que se saca de una cosa. Elemento esencial del fraude es el perjuicio logrado por el sujeto activo. Engaño sin perjuicio no es fraude.

La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, una antijurídica ventaja patrimonial para el defraudador.

El lucro o daño patrimonial es el que obtiene el sujeto activo del ilícito, presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado ó de un tercero y se manifiesta mediante una disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona.

Es preciso que el lucro que se pretende alcanzar debe ser valorable económicamente, pudiéndose producir solamente en la víctima del engaño o quien se encuentra en error y de quien se

ha aprovechado de la persona engañada, verbigracia, cuando ésta tuviera meramente la tenencia de la cosa obtenida, pero el verdadero dueño fuera otra. Por tanto, correlativo con el lucro obtenido es el perjuicio que debe sufrir el engañado consistente en la pérdida o disminución de alguna materia, la que, a no ser por el engaño realizado por el estafador, no habría salido de su patrimonio; lo anterior tienen su fundamento si tomamos en consideración, que en las legislaciones viene regulada la medida de la pena a imponer en base a la cuantía del perjuicio; por tanto, la imposibilidad de valoración significa la carencia de un elemento esencial para la fijación de la pena.

Por regla general se ha estimado que la imprecisión de la cuantía implicaba la absolución, sin duda por quedar abierta la sospecha de inexistencia de un perjuicio económico.

En virtud de que el resultado en el fraude implica una efectiva disminución en el patrimonio, bien protegido por la norma penal, este delito es de daño o de lesión.

El fraude exige, por tanto, un perjuicio patrimonial en cual se entendiende como la disminución del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, lo cual puede producirse en forma positiva o negativa, por ejemplo, la obtención de un crédito, privar de una ganancia lícita, etc; además tiene que ser efectivamente cierto, por eso no será

lucro el frustrar una mera expectativa, verbigracia, una herencia.

Al ubicarnos dentro del ámbito legislativo del fraude genérico, el artículo 386 del Código Penal vigente señala que el fraude se configura mediante el empleo de engaño o aprovechamiento de error, con el propósito de hacerse ilícitamente de alguna cosa o de obtener un lucro indebido. A este respecto Jiménez Huerta señala que el citado numeral contempla dos hipótesis alternativamente: "...A) que la conducta del activo tenga por fin que el sujeto se haga ilícitamente de una cosa determinada; B) que la conducta fraudulenta recaiga sobre el patrimonio del pasivo en su conjunto..."³¹, esto es alcance un "lucro indebido"; en éste 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, pudiéndose presentar incluso el daño patrimonial, tanto por la entrega de una cosa mueble o inmueble, como en la privación injusta de un derecho; virtualmente el defraudador puede lucrar obteniendo una cosa material que le pertenece a su víctima, pero, además, puede lograr lo que parece imposible al simple ladrón, esto es, a celebración de un convenio mediante el cual se crean, modifiquen, transfieran o extingan derechos u obligaciones, puesto que el activo puede manejar su patrimonio obteniendo

31.- HUERTA JIMENEZ, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, 5ª Ed., México, Porrúa, 1984, T. IV, Pág. 206.

cualquier cosa susceptible de apropiación, derechos, liberación de obligaciones o prestaciones de servicios, etc.

El problema relativo a la determinación del daño patrimonial presenta un especial interés en los fraudes realizados mediante contratos bilaterales, puesto que la contraprestación obtenida, por la persona engañada no es la que tenía derecho a obtener en virtud del contrato, pese a ello, no basta para la existencia del daño patrimonial la prueba de que la contraprestación obtenida por el sujeto pasivo no fue la estipulada, sino que se necesita demostrar que su patrimonio ha sufrido una merma.

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.

EL NEXO CAUSAL.

Dentro del tipo penal de fraude es más que evidente la necesidad de que exista un lazo de unión entre la conducta y el resultado obtenido, en el caso concreto, entre el engaño o el aprovechamiento del error y el "lucro obtenido", o la cosa lograda ilícitamente.

Existe nexo causal cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado, o sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad, existiendo el nexo causal únicamente en los delitos de resultado material, puesto que éste será el medio para que el resultado sea atribuible al sujeto.

Algunos doctrinarios señalan que el nexo causal se encuentra en lo que se denomina "idoneidad" del engaño o del aprovechamiento del error, puesto que se considera que este ha de ser de tal naturaleza que sea capaz de lograr que el sujeto pasivo del ilícito realice el acto de disposición en favor del activo, toda vez, que debe derivar de aquel comportamiento engañoso.

Es precisamente este nexo causal al que haremos alusión más adelante, a efecto de determinar la responsabilidad que deberá tener el sujeto que utiliza el engaño o se aprovecha del error en el que se encuentra el sujeto pasivo del delito.

A este respecto ya sea había hablado con anterioridad al tratar el concepto de engaño, que las simples mentiras no se consideran medio idóneo para concretar la conducta fraudulenta; por tanto, el engaño o el aprovechamiento del error, sólo se sancionará si es lo bastante para producir error en otro. Sólo el engaño fraudulento es el que crea un riesgo de lesión del patrimonio ajeno.

Por lo que hace al nexo causal, el engaño es causa de una falsa apreciación de la realidad por parte del sujeto pasivo del ilícito y esta situación es, a su vez, motivo del acto de disposición que aquél realizará en beneficio del activo. Por lo que hace al aprovechamiento del error, éste debe ser tal que obligue a la víctima a realizar la disposición patrimonial.

Si el error no es efecto del engaño, o bien, si el error no es causa del acto de disposición, se ha roto la cadena causal y no podremos estar ante un fraude, recordando ante lo anterior, que tanto el engaño como el aprovechamiento del error, deben ser anteriores al acto de disposición, por tanto, al lucro obtenido y al consecuente perjuicio patrimonial del sujeto pasivo de la conducta fraudulenta, en atención a la lógica de que la causa es anterior al efecto.

LA PUNIBILIDAD.

Es bien sabido que la pena es la más antigua e importante de las consecuencias del delito, su aparición coincide con la del Derecho Penal.

La punibilidad esta determinada en el propio ordenamiento jurídico, esto es, señala el mínimo y el máximo, los cuales deberán aplicarse a las personas que caigan en la hipótesis normativa.

Al igual que en los otros delitos patrimoniales, como el robo y el abuso de confianza, nuestro Código acepta un sistema netamente objetivo que atiende para graduar la penal, al importe de lo defraudado.

En el delito de fraude la sanción se ajustará de acuerdo al monto de lo defraudado en la fecha de consumación de la conducta ilícita, independientemente de las reglas que para tal efecto señalan los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo Penal vigente para el Distrito Federal.

Es preciso señalar que algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han establecido que para la aplicación de la penalidad establecida por el artículo 386 del Código Penal se debe estar en proporción directa al monto de lo defraudado, esto es, al daño patrimonial causado al pasivo y no a la cantidad obtenida por el activo.

Por el valor de lo defraudado, el ordenamiento en su numeral 386, establece que se castigará con 3 días a 6 meses de prisión ó de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario; con prisión de seis a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de los defraudado excediera de diez, pero no de quinientas veces el salario; y con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

MARCO LEGISLATIVO.

Dentro de este apartado nos detendremos a examinar la manera en que las diversas legislaciones nacionales y extranjeras se dedican a regular al tipo penal de fraude; trataremos entonces de encontrar si en alguna de las leyes que mencionan se preceptúa con precisión la figura del fraude contractual, o en su caso, alguna representación semejante.

El tipo penal de Fraude, se trata de un hecho punible tradicionalmente, contemplado en las legislaciones penales y sometido a permanente proceso de elaboración formal de acuerdo a su comprensión en cada momento histórico.

En la legislación comparada pueden vislumbrarse tres criterios en el modo de legislar este delito, así nos encontramos con:

A) SISTEMA GENERICO, de acuerdo con el cual se da un concepto general del tipo penal de fraude ó estafa para otras legislaciones, dejando al juzgador el difícil problema de distinguir el engaño punible del fraude o engaño no delictuoso.

B) EL SISTEMA CAUSISTICO, según el cual este tipo de códigos señalan únicamente casos específicos de fraude sin dar un concepto genérico, teniendo éstos su origen inspirado en la idea de que el fraude moderno se ha despejado totalmente de las

imprecisiones que caracterizan al antiguo delito de "estelionato", considera que intentar elaborar una fórmula genérica del fraude es complicado y riesgoso a la vez; lo primero, por que la pluralidad de modalidades que el hecho puede asumir obliga a dar una definición extensa y compleja; lo segundo, por que con ese tipo de figuras es fácil excluir, fuera de la previsión legal, supuestos de conductas contempladas como fraude y por consiguiente, con responsabilidad penal. Estas ideas prevalecieron en los autores del Código de Napoleón, en cuyo artículo 405 se hace una enumeración de los modos de lograr la entrega de cosa o documento de crédito constitutivos de la escroquerie. ³²

C) El SISTEMA CAUSISTICO-GENÉRICO, en los cuales además de formular un concepto de fraude, señalan casos específicos, permitiendo determinar algunas situaciones en las que se concreta el tipo penal y luego, mediante una fórmula genérica, se deja al juzgador dar cabida a otras hipótesis semejantes. Este criterio es el seguido por nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal y en otras entidades federativas de la República Mexicana.

A este respecto existen autores nacionales que consideran como una de las mejores técnicas, las que emplean el concepto genérico de lo que debe entenderse por fraude, en cuya fórmula

32.- Más sobre el tema en la obra de FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, 11ª Ed., Argentina, Ed. Aboledo-Perrot, 1967.

piensa, quedan comprendidas todas las situaciones fraudulentas y por tanto, creen desafortunado e innecesario hacer mención de la serie de formas que el delito de fraude puede envolver, por juzgar que es repetitivo hacer esta enumeración si dentro de su definición general se da la posibilidad de concretar la infinidad de formas que el delito de fraude reviste.

Pasemos a analizar la manera en que tanto la legislación extranjera como la nacional, regulan a este tipo penal, señalando en cada caso a que clase de los sistemas enumerados se adecúa.

LEGISLACION EXTRANJERA.

Tal y como se ha mencionado en capítulos precedentes, son muchas las denominaciones que se le han asignado en las diversas legislaciones a nuestro delito de fraude; así tenemos que por lo que hace a las Legislaciones Europeas en el Código Penal de Francia, dentro de su capítulo relativo a los "Crímenes y Delitos Contra la Propiedad"; siguiendo el sistema causístico señala que el mismo es: "Cualquiera que haciendo uso de falso nombre o falsas cualidades o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un proceso, o accidente, o cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar fondos, muebles u

obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, descargos y que por cualquiera de esos medios estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro...".

La legislación penal Italiana, siguiendo el sistema genérico, de acuerdo con el cual se deja al juzgador el difícil problema de distinguir el engaño no punible del fraude o engaño delictuoso, dentro de su capítulo relativo a los "delitos contra la propiedad", menciona que ésta figura se realiza por "el que, induciendo en error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros, un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado con reclusión de...".

El Código Penal de Alemania precisa que se reprime por estafa a quién, "con la intención de procurar a sí mismo o a un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudica el patrimonio de otro, haciendo surgir o manteniendo un error mediante simulación de hechos falsos o mediante deformación o supresión de hechos verdaderos".

La doctrina alemana distingue dentro de los delitos contra el patrimonio dos grupos: uno formado por los dirigidos contra las cosas y derechos determinados (hurto, robo, usurpación, daños) y los constituidos por lo que atacan al patrimonio en su conjunto (estafa, alzamiento, quiebra, concurso, extorsión, usura).

Resulta de gran importancia, por los antecedentes históricos y la influencia que tuvo en nuestra legislación, estudiar la manera en que el Código Punitivo Español regula y entiende al tipo penal de fraude, puesto que es una figura que dista mucho en sus características de la que en México se conoce, puesto que los artículos reguladores en el citado cuerpo legal se refieren a una especie de cohecho.

De ésta manera la menciona legislación regula dentro de su capítulo relativo a las defraudaciones, a la gestión desleal y las formas agravadas que puede revestir.

En las figuras que contemplan a éste delito se encuentra como elemento común, el ataque contra un patrimonio; desde el punto de vista los delitos de que se trata son delitos contra la propiedad, no contraída a cosas determinadas, sino entendido con toda la amplitud, por lo que se considera que el deber jurídico que se lesiona al concretarse éstas conductas es el deber de dignidad, general a todos los funcionarios públicos; debiéndose buscar el deber infringido entre los deberes concretos que el funcionario tienen en relación con las conductas que prohíbe la ley.

Las conductas referidas tienen en común el exceso de alguno de los modos descritos en la ley en las labores que les están encomendadas a los funcionarios o empleados en perjuicio de los intereses públicos y por los que, sin ser empleados,

intervienen con cierto carácter público en algunas operaciones y cometen o favorecen alguna defraudación o estafa en el desempeño de su cargo, ya sea ésta en perjuicio de un particular, ya del Estado.

El tipo penal más similar al fraude que en la legislación española se puede ubicar, es el relativo a la "estafa", regulada en su capítulo "De las estafas y otros engaños", el cual al parecer nunca aclara la línea divisoria entre los primeros y los segundos.

El Código Francés, estuvo presente en la elaboración del español de 1822, tradujo la "escroquerie" por estafa, quedando la denominación del capítulo respectivo "de las estafas y otros engaños", que ha persistido en los códigos posteriores con poca modificación; así estableció en su artículo 766: "Cualquiera que por algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras o le hubiere perjudicado de otra manera en su bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial".

Como es de observarse el Código español actual sigue el sistema causístico, en el cual se puede vislumbrar que las figuras concretas del tipo delictivo se encuentran debidamente determinadas, con fórmulas complementarias de una vaguedad

inmensa, "simples bocetos y no definiciones precisas como las ordinarias usadas por la técnica penal".³³

Hagamos alusión a el sistema que el Derecho Penal Inglés ha utilizado para tratar las defraudaciones; así tenemos que el Common Law ofrecía una débil protección contra las mismas, ya que no reputaba delito el que un hombre engañara a otro, pero con el desarrollo efectuado por el comercio y la industria en los últimos tiempos, es que el Parlamento se vio en la necesidad de suplir las lagunas del citado Common Law.

De ésta manera encontramos que el Derecho Inglés adopta ciertas clasificaciones de los delitos, que son de importancia práctica; en primer término, en traiciones y felonías (delitos graves); y misdemeanors (delitos menos graves).³⁴

Actualmente a pesar de la desaparición de las principales características que servían primitivamente para diferenciar las felonías de las misdemeanours, aún quedan algunas de considerable importancia.

La segunda clasificación de los delitos en éste sistema jurídico es puramente procesal y los divide en indictable offences (delitos de la competencia del Jurado) y delitos

33.- ANTON ONECA, JOSE, "Estafa", Nueva Enciclopedia Jurídica, T. IX, España, Ed. Francisco Seix, S.A., pág. 57.

34.- HENDLER, EDMUNDO S., El Derecho Penal en los Estados Unidos de América, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, pág. 27-28.

perseguidos por el procedimiento sumario, siendo que ésta clasificación ha reemplazado en una gran parte a la antigua de felonías y misdemeanors.

La tercera y última clasificación de los delitos está basada en la finalidad perseguida de modo inmediato por los delincuentes. Por éste concepto se clasifican, en delitos contra la seguridad corporal, delitos contra la propiedad, delitos contra la religión y la moralidad y delitos contra la reputación; aparte de los delitos contra el Estado y el Orden Público.

Dentro del rubro de los delitos contra la propiedad, encontramos alguno de los más grave es el de incendio (arson); el delito de robo (robbery), consistente en el hecho de tomar el dinero o las mercancías de otra persona, en su presencia, contra su voluntad, por la violencia o la intimidación y con el propósito de apropiárselas, o al menos de privar de ellas a la persona despojada,

El delito de LARCENY (variedad del hurto), que es uno de los más antiguos que se conocen en el Derecho Inglés, la Larceny Act de 1916, lo define: "Tomar y llevarse, fraudulentamente y sin ninguna alegación de derechos hecha de buena fe, cualquier cosa que sea susceptible de ser robada, con el intento, en el momento de realizar el hecho de privar al propietario permanentemente de ella".

Respecto del elemento de la citada definición legal del delito de larceny que se refiere a "el intento...de privar al propietario permanentemente de ella", fue incluida originalmente en la definición, para evitar que ésta comprendiese aquellos casos en que el error, o la falta de cuidado, más que el ánimo de lucro, fuesen las determinantes de que se sacase de la posesión de su dueño para su uso temporal.

En grado inmediato al delito de larceny, o hurto está el de estafa (obtaining money, including securities, or goods by false pretences). La diferencia esencial entre éste delito y el anterior, consisten en que aquí, la víctima es inducida a entregar voluntariamente la propiedad y la posesión de las cosas y por ello no hay interferencia en la posesión ajena (trespass) por parte del acusado, para poder obtener una condena por éste delito, es preciso probar que el acusado hizo una afirmación falsa, sobre la existencia de un hecho, a sabiendas de que lo era, que el perjudicado le entregó las cosas estafadas bajo la fe de tal afirmación.

A efecto de que podamos verificar algunas de las conductas que el Derecho Inglés considera como defraudaciones nos referiremos así a los falsos pretextos (false pretences).

La Section 3 de la Larceny Act, de 1916 dispone que "toda persona que mediante algún pretexto falso y con ánimo de defraudar, logra que otra persona le entregue cualquier cosa

mueble, dinero u objetos de valor o la haga entregar a un tercero para el uso, beneficio o por cuenta de ella u otra" será culpable de un "misdemeanours".

El falso pretexto tiene que referirse a un hecho real y no a una simple promesa de hacer algo en el futuro, e incluso la exageración de las cualidades de una cosa a que se recurre corrientemente en el curso de los negocios no suele considerarse alegación de falsos pretextos; también no es preciso que se aleguen verbalmente los falsos pretextos, pueden insinuarse mediante determinados actos, como si "representaran escena" (false pretence by conduct), o incluso recurriendo a la palabras o considerarse implícitas, sin necesidad que se expresen (implied false pretences).

El efecto de los falsos pretextos ha de consistir totalmente o en su mayor parte, en hacer que el dueño de una cosa transfiera su propiedad a otra. Ante todo, tal y como se señaló, hay que probar que fueron precisamente, los falsos pretextos los que decidieron al dueño de una cosa a enajenarla.

LEGISLACION IBEROAMERICANA

El Código Penal paraguayo caracteriza bien éste delito señalando que, es cometido por: "...el que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida y otros manejos o artificios dolosos, propios para engañar o sorprender

la buena fe, indujere a alguno a error y se procurase de esa manera, así mismo, o a un tercero, un provecho indebido, con daño de otro".

El artículo 172 del Código Punitivo argentino, dentro del capítulo relativo a las estafas y otras defraudaciones, dispone: "Será reprimido... el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza a aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño", dejando en los numerales 173 a 175 los demás aspectos relativo a ésta figura típica.

Como se observó ambas legislaciones siguen el sistema causístico-genérico.

El Código Penal colombiano menciona el concepto de fraude genérico precisando que "es posible la estafa cuando induciendo a una persona en error, por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro...".

Su mismo artículo 409 señala a la figura de "el que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada".

La estafa en ésta legislación es una especie de defraudación que el legislador colombiano reprime en un capítulo distinto del que se ocupa en el abuso de confianza y otros fraudes; asimismo, en las demás defraudaciones que contiene el mencionado ordenamiento dentro de su título XV, libro segundo, aparece de parte del delincuente, el abuso de buena fe de la víctima, la cual también caracteriza a éstos eventos en los fraudes de abuso de usuarios, de quiebra y de insolvencia de los deudores no comerciantes, etc.

CODIGOS IBEROAMERICANOS.

El Código Penal de Brasil, dentro de su capítulo VI, del Título II, refiere como "Estelionato", al que obtiene para sí o para otro ventaja ilícita, en perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a alguien en el error, mediante ardid o cualquier otro medio de engaño", siguiendo un sistema genérico.

El Código Penal de Costa Rica, en su capítulo V, Título V, relativo a las estafas y otras defraudaciones, refiere que la comete "el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos profesionales, influencia mentida o abuso de confianza, o atribuyéndose poder o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo, será reprimido..."; observándose la presencia del sistema causístico.

El Código Penal de Cuba, precisa en su capítulo V del título XIII, referente a la estafa, chantaje y otros engaños, que: "el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad, calidad de las cosas que le entregare a virtud de un título obligatorio, será sancionado con ..."; sigue, al igual que el anterior, el sistema causístico.

De la misma manera precisa que incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior el que defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociación...".

LEGISLACION NACIONAL.

Los delitos contra el patrimonio de las personas no son únicamente los contenidos en el Título Vigésimosegundo del Libro Segundo del Código Penal vigente para el Distrito Federal; en algunas leyes especiales existen también tipos delictivos que tutelan el patrimonio de las personas, por ejemplo, el delito de quiebra de la Ley de Quiebra y Suspensión de Pagos. Los delitos patrimoniales existentes en el ordenamiento positivo de México, son: el robo, el abuso de confianza, el fraude, despojo de cosas inmuebles o de aguas, quiebra, usurpación de bienes inmateriales, administración fraudulenta, daño en propiedad ajena, entre otros; todos tutelan el mismo bien jurídico, pero como lo señalan autores

nacionales "...el problemas no es, pues, de clasificación o sistematización, sino de delimitación y fijación de los perfiles y contornos típicos de cada delito patrimonial, así cuando esto se logra queda al descubierto el elemento activo del patrimonio que cada tipo autónomo protege, la forma específica de lesionar dicho elemento activo y el fin, alcance y sentido de la tutela penal...". ³⁵

Dentro de nuestra legislación, el Código Penal de 1871, que fue el primer intento de codificación para no continuar "...como hasta aquí sin más ley que el arbitrio prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar la justicia..."³⁶, contempló en su libro tercero, de los Delitos en Particular, dentro de su propio Título Primero a los Delitos contra la Propiedad, en el cual se observaba el Capítulo V, relativo al fraude contra la propiedad, que mencionaba que éste se concretaba "siempre que engañando a uno, ó aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de una cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel".

De la misma manera contemplo a un delito bajo la denominación de "estafa", señalando: "el fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión

35.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO, *Derecho Penal Mexicano*, 5ª Ed., México, Porrúa, 1964, pág. 21.

36.- Manifestación del Licenciado Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión redactora del Código Penal de 1871, dentro de la exposición de motivos del citado ordenamiento.

de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad".

Y por lo que hace al fraude contractual, establecía que cometerá el delito quien "el que por título oneroso enajene una cosa y entregue intencionalmente otra distinta, en todo o en parte de la que contrató...", es importante mencionar que éste código permitía limitar la vía penal de la civil para dar por entendido de que la conducta humana puede estar regulada por diferentes ámbitos del Derecho; así establece que comete el delito de fraude: "...el que por título oneroso enajene una cosa en precio mayor del que realmente tiene, engañando para esto al que la adquiriere, sobre el verdadero origen, naturaleza, especie o dimensiones de la cosa sufrirá...sin perjuicio de las acciones que con arreglo al Derecho Civil competan al defraudado...".

Lo anterior independientemente de la propia mención que hacía en su artículo 426 del contrato o acto judicial simulado, con perjuicio de otro.

Esta legislación tenía su fundamento en la "escroquerie" del Código Francés, fue precisamente, esta legislación quién en forma innovadora define genéricamente al fraude.

El Código Penal de 1929, conservó la reglamentación que el anterior código de 1871 dio al delito de fraude, con el cambio de denominación "estafa" señalado, en su artículo 1151, que hay estafa "I. Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel", establecía en su fracción II lo que en anterior Código citaba como la propia estafa y menciona también a la celebración del acto en donde se enajena el bien y se entrega otra distinta, sin hacer alusión específica al contrato.

Del mismo modo el Código de 1931 se basa en la definición que del fraude dieron los anteriores códigos, sin más modificaciones que eliminar el elemento que exigía que el lucro se alcanzara con perjuicio de la víctima del engaño, puesto que se consideró que permitía la impunidad en todos aquellos casos en que no coinciden el engañado y el titular del patrimonio; ésta misma legislación adoptó el sistema causístico a que nos hemos referido con anterioridad, así la definición genérica de la conducta precisada en el artículo 386 vigente, pasó a formar parte de las demás fracciones que se establecieron en el numeral 387, desapareciendo de ésta manera la distinción entre fraude genérico y específicos; es hasta la reforma de 1946 en que se toma el sistema genérico en el artículo 386 y la enumeración de los fraudes especiales en el diverso 387, los cuales se multiplicaron en éstas legislaciones en vez de disminuir.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, en materia del Fuero Común y para toda la República, en materia Federal, contempla en su artículo 386 el concepto de fraude en forma genérica, señalando que es cometido por "el que engañando o aprovechándose del error en que éste se encuentra, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido", apuntando en las XXI fracciones del diverso 387 y otros tipos penales similares en los artículos 388, 388 bis, 389 y 389 bis, una serie de modalidades que el propio delito puede revestir o incluso, tipos penales autónomos que ninguna relación guardan con el fraude.

Así podemos señalar que son fraudes especiales o específicos los tipificados en las fracciones I, II, III, IV, VII, XI, XII, XIII, XV y XXI, haciendo mención que están supeditados a contener idénticos elementos del tipo penal del fraude genérico y para su configuración deben reunirlos todos.

Se consideran delitos autónomos, los tipificados en las fracciones V, VI, VII, IX, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX; al respecto Jesús Zamora Pierce considera que son delitos por completo independientes, cuyos elementos no coinciden con los propios del fraude y cuya única relación con éste último consiste en que le son aplicables las mismas penas.³⁷

37.- PIERCE ZAMORA, JESUS, *El Fraude*, 3ª Ed., México, Porrúa, 1993, pág. 222.

Con penas autónomas y como delitos independientes se localizan los artículos 388, 388 bis, 339 y 339 bis.

Es preciso mencionar que, al igual que en los códigos que le anteceden, el actual no contempla expresamente en ningún artículo el denominado fraude contractual, esto es, aquel que utiliza como acto de disposición un contrato en su acepción genérica, concretándose ha referirse al acto por medio del cual se enajena el bien que posteriormente el sujeto activo del ilícito no entrega, total o parcialmente.

Por cuanto hace a las legislaciones de las entidades federativas de nuestro país, presentan en su mayoría similares características y definiciones del Código vigente para el Distrito Federal, para los tipos penales del fraude genérico y específico, tomando como ejemplo de lo anterior los ordenamientos del Michoacán, Tabasco, Nuevo León, Puebla, Chiapas y Oaxaca.

En otros Códigos el concepto genérico es suprimido para dar paso al uso del sistema causístico por el cual se precisan casos de fraudes específicos, así tenemos como muestra los Códigos Penales de Yucatán y San Luis Potosí, que en el artículo 202 y dentro de sus XII fracciones, señala en la I lo que correspondería a nuestro concepto genérico de fraude y en los diversas XI fracciones restantes a los espurios.

En el artículo 315 del capítulo II del Código Penal de Yucatán señala el concepto genérico que se conoce en el Distrito Federal, pero como su fracción I y en las restantes XIII fracciones se establecen los fraudes espurios; también en su artículo 317 se alude al fraude efectuado por abogados y en su artículo 316 hace alusión a las reglas para sancionar al fraude en sus V fracciones, la última, como una innovación, establece una para el caso de que el agente restituye el objeto del ilícito o cubre su valor, ya sea directamente al ofendido o exhibiéndolos ante el Juez de los autos, antes de que el Ministerio Público formule conclusiones, precisando para el caso sanción de hasta una tercera parte del máximo de la que le correspondería, siempre y cuando el activo sea delincuente primario.

Dentro de los códigos penales que además de seguir el sistema causístico-genérico, presentan características particulares o diferentes a las establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal, se pueden mencionar:

El del estado de Colima, en su artículo 233 señala los equiparables al fraude genérico (contemplado en el numeral 232) aludiendo que se concretan por quién: "Fracción I. Enajene 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 éstos resulten insolutos"; o en su

fracción II precisa "quién 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, con o sin construcciones, sin previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados".

Dentro de su artículo 234 precisan que "Se considera fraude y se impondrá ... en los siguientes casos: a quién aprovechándose de la necesidad apremiante, ignorancia o inexperiencia de una persona, imponga un contrato o convenio mercantil con interés que rebase el 25% de la tasa promedio porcentual bancaria, o suscriba documentos o títulos de créditos incompletos para anotar posteriormente el porcentaje del interés o altere las fechas de suscripción de los mismas o adelante la de sus plazos, o aplique únicamente el pago parcial a los intereses sin disminución del capital, o reclame en cobro y por cualquier modo dos o más veces el importe de un adeudo, o no registre pagos parciales o abonos y en general, obtenga para sí o para otro un lucro equivalente desproporcionada con la naturaleza de la operación, o de los usos comerciales", aunando a ésta definición el de la administración fraudulenta.

El Código Sustantivo de Durango precisa un elemento muy notorio dentro de la definición que el artículo 208 del Capítulo IV, Título Sexto, establece, al mencionar: "comete el

delito de fraude el que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se encuentra, obtenga alguna cosa total o parcialmente ajena con ánimo de dominio, lucro, o uso, para sí o para otro...".

En el mismo sentido encontramos al Código Penal de Sonora, que en su artículo 319 fracción XVI señala como fraude específico al que "...aproveche indebidamente gases o fluidos, alterando por cualquier modo los medidores destinados a marcar el consumo o los indicadores registrados por esos aparatos...". Su fracción XIV, precisa al que "provoque deliberadamente cualquier acontecimiento que pudiera considerarse como fortuito o de fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros".

El ordenamiento penal de Jalisco señala en su artículo 251 el concepto de fraude genérico y en el numeral 252, dentro de sus fracciones XV y XVI menciona como innovaciones "al fiador judicial que enajene, hipoteque, o grave el bien con que acreditó su solvencia, sin que este sustituida previamente la garantía por otra a satisfacción de las autoridades ante las que otorgó la fianza, cuando a consecuencia del acto quede insolvente" y la segunda fracción establece que comete fraude "al que para ser admitido como fiador, acredite su solvencia con el mismo bien con que lo haya hecho en fianza anterior, sin poner esta circunstancia en conocimiento de ante quién la

otorgue y siempre que el valor del bien resulte inferior, al de las cantidades por las que el fiador fue admitido".

Siguiendo el sistema genérico el Código Penal de Veracruz, al igual que el de Durango hace mención al "ánimo de lucro ó ánimo de uso", sin señalar ejemplos de fraude específicos, precisando sólo en su artículo 188 a la administración fraudulenta.

En el Código Penal de Morelos se establece en el artículo 387 el concepto de fraude genérico y en su numeral 388 dentro de sus XIX fracciones resalta la fracción XVI estableciendo que se considera como ejemplo de fraude "el que provoque deliberadamente cualquier acontecimiento que pudiera considerarse como fortuito o de fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros".

En otra innovación el Código Penal de Hidalgo señala dentro de su capítulo III, Título Décimo Séptimo, artículo 342 que: "comete el delito de fraude, el que engañando a otro, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido para sí o para otro"; de otra manera el artículo 343 menciona que se equipara al fraude: "fracción I.- al que se aproveche del error en que otra persona se hallare haciéndose ilícitamente de una cosa u obtenga un lucro indebido para sí o para otro".

El Código sustantivo del estado de Querétaro menciona en su artículo 195 que cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud, no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios, para obtener esa entrega se aumentará la pena señalada en el artículos precedentes.

El Código Penal de Guanajuato señala en el artículo 280 el concepto de fraude genérico y en el diverso 281, como fraudes específicos al fraude por simulación y por doble venta.

El diverso código de Sinaloa menciona en su numeral 216, fracción III, a "quién tomando la calidad de propietario, promotor, administrador, encargado o autorizado para la venta de tiempos compartidos en edificios que tengan ese tipo de explotación, no cumplan las condiciones de servicio y mantenimiento ofrecidas o pactadas en la documentación que ampare el derecho de los perjudicados".

En el artículo 316 del Código Penal del Estado de México señala el concepto de fraude genérico y en el diverso 317 en su fracciones XV establece en la última de ellas, que se castigará como fraude y se equipara a aquel el "que para hacerse de una cantidad de dinero, de un documento que importe una obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, logre que se le entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios".

Por todo lo anterior deberá observarse que en ninguna de las legislaciones existentes en el país y en el extranjero se encuentra expresamente regulada la figura del fraude contractual, puesto que los legisladores se han concretado a hacer mención de formas específicas de contrato, verbigracia de compraventa, laboral, etc; por tanto es de suponerse que el fraude cometido por medio de un acuerdo de voluntades se encuentra comprendido dentro del concepto amplísimo de fraude genérico, aún cuando la práctica demuestre, lamentablemente, que los funcionarios público encargados de integrar las averiguaciones previas no tienen la suficiente capacidad, en cuanto a conocimientos jurídicos, que les permitan dar cabida al hecho de que el sujeto activo del delito utilice como medio de disposición de su actuar ilícito un contrato y ante la presencia de una situación así se concretan a remitir inmediatamente a los denunciante a "ejercitar su derecho" por la vía respectiva, "sugiriéndoles" hacer uso del Derecho Civil.

EL FRAUDE CONTRACTUAL.

Este capítulo es el punto culminante en el cual desemboca lo manifestado dentro de los anteriores apartados, es la expresión de los argumentos que servirán de base a la propuesta de la tesis; para tal efecto en primera instancia estudiaremos el concepto de fraude contractual, enseguida analizaremos los límites que existen dentro del marco jurídico para el nacimiento y existencia de esta figura, pasando posteriormente a justificar nuestra proposición con fundamentos jurídicos y situaciones prácticas de la vida cotidiana para finalizar con la enunciación de diversa jurisprudencia relativa al tema.

Si el ataque a las fortunas se manifestaba en antaño con la violencia brutal, en la actualidad la inspiración de los delincuentes ávidos de riqueza ajena la sustituyen por la astucia y el fraude manifestados en formas jamás pensadas, tan nuevas, sagaces, ingeniosas y versátiles que difícilmente se sustrae a ella la ordinaria prudencia de una persona culta.

El autor del delito patrimonial del mundo moderno empuja la voluntad humana por una falsa vía y la determina a hacer algo que parece provechoso cuando en realidad es perjudicial, ahí la razón de ser del fraude contractual.

En la actualidad se ha puesto en relieve la perspectiva contractual del delito de fraude, llevándolo acabo al viciar la voluntad de la contraparte, por ejemplo formulando una

propuesta aparentemente ventajosa, esto es, emitiendo una declaración negocial que evidencia la intención de obligarse en determinadas condiciones mientras que por el contrario, se sabe bien por el agente del ilícito que dicha declaración no corresponde a la realidad, pues representa una situación de la cual se conoce su inexistencia, o al menos, no corresponde a la declaración formulada.

En este caso como en los demás fraudes contractuales, la eficacia del comportamiento realizado por el activo del delito sobre la parte contraria se manifiesta e identifica al momento de la declaración negocial y no en una etapa anterior o sucesiva.

Recordemos que dentro de los elementos que componen al fraude existe el acto de disposición que el sujeto pasivo del ilícito ha de realizar, esto es, la conducta activa u omisiva que la persona inducida al error efectuará y que servirá como el vehículo utilizado por el agente activo para conseguir el enriquecimiento ilícito. Este acto de disposición debe ser capaz de causar un daño patrimonial al engañado o a un tercero.

El acto de disposición es el lazo causal necesario entre el error y el perjuicio patrimonial, no es necesario que se concrete en un contrato, pero regularmente lo hace, según nos señala Jesús Zamora Pierce: "... el acto de disposición rebasa, con mucho, los estrechos límites del Derecho Civil, pues no es

necesario que se presente como un contrato o como una declaración de voluntad, ni mucho menos que satisfaga las exigencias formalistas de esta rama del Derecho".³⁸

CONCEPTO.

Como se ha expresado con anterioridad la tendencia de los modernos códigos punitivos es la de formular una definición amplísima del tipo penal de fraude dentro del que pretende subsumirse todos los casos que presenta en la realidad este ilícito, aquí es donde se ha dado cabida al fraude contractual, ya que al ser la verdadera razón del fraude el engaño o aprovechamiento del error utilizados por el sujeto activo para obtener del otro contratante un estado subjetivo de error y determinarlo a realizar un acto de disposición patrimonial, es lógico pensar que ese engaño o aprovechamiento del error podrá tener su origen en un acuerdo de voluntades, concretamente en un contrato.

Se puede afirmar que existe fraude contractual cuando entre el engaño o aprovechamiento del error sufrido por el sujeto pasivo del ilícito y el consentimiento prestado por este, resulta una relación de causa a efecto determinante a la celebración de un acto o contrato que originará como resultado un beneficio ilícito o un lucro para el sujeto activo del delito, con el correspondiente perjuicio de alguien.

38.- ZAMORA PIERCE, JESUS, Ob. Cit., pág. 115.

Como nos manifiesta Zamora Pierce: "...No resulta evidente la posibilidad de que celebrar un contrato, acto, en principio civilmente lícito puede, simultáneamente, constituir un ilícito penal. El estudio de esta problemática debe llevarnos a establecer criterios claros y precisos que nos permitan escapar de disposiciones extremas, ambas sofistas, que afirman: la primera, que basta que las partes hallan celebrado un contrato, para que el litigio resultante únicamente pueda ser competencia de los tribunales civiles; ésta postura desvirtúa al Derecho civil, convirtiéndolo en un escudo para todos aquellos que, bajo la forma de un contrato, ocultan maniobras engañosas que les permiten obtener un ilícito lucro; y la segunda, que tras de cada contrato no cumplido se oculta un fraudulento engaño, lo que autoriza la aplicación de las graves sanciones penales en contra de todo deudor civil; esta postura viola la norma constitucional que prohíbe la prisión por deudas". 39

Efectivamente, como lo precisa el mencionado tratadista para lograr englobar el tema del fraude contractual y dar solución a ambos planteamientos, resulta preciso entrar al estudio de las delimitaciones que los juristas, tomando como base el dolo, han venido dando a lo largo del tiempo entre Derecho penal y civil, para posteriormente avocarnos al estudio de la prisión por deudas de carácter civil.

LIMITES ENTRE EL DERECHO PENAL Y CIVIL EN BASE AL DOLO.

39.- ZAMORA PIERCE, JESUS, Ob. Cit., pág. 122-123.

Este apartado será la oportunidad para detenernos a estudiar los intentos que a lo largo de los años numerosos tratadistas han realizado para poder establecer criterios que nos permitan dilucidar la línea divisoria entre el Derecho penal y el civil por cuanto hace al dolo, más concretamente, estos ensayos han sido destinados a establecer los límites entre el fraude penal y el mal llamado "fraude civil".

El origen del problema se justifica al observar la mención que del mismo han elaborado autores como Mariano Jiménez Huerta, quién señala: "...el problema ha surgido, en efecto, de la realidad fáctica que engendra la propia existencia del delito de fraude pues...se engendra en ocasión de una sutil relación jurídica de naturaleza obligacional, ora en su motivación, ora en su nacimiento, ora en su ejercicio, ora en su ejecución". 40

Las opiniones vertidas por los diversos autores se pueden resumir en dos criterios:

- 1) El de aquellos que consideran diferencias esenciales entre el fraude civil y el penal,
- 2) El de los que opinan que no existe tal discrepancia.

1) Por cuanto hace a la primera opinión encontramos tratadistas que sostienen al ilícito penal como la violación del derecho de obediencia al Estado (violación de derechos subjetivos públicos), al paso que el ilícito civil sólo ofende derechos privados.

Nelson Hungria expresa que hay una serie de hechos antijurídicos sujetos exclusivamente a sanción civil: el daño culposo, el hurto, el despojo de inmuebles sin violencia, el incumplimiento de obligación contractual (salvo casos excepcionales), la demanda por deuda no vencida, en fin, todos los actos ilícitos no definidos como delitos o contravenciones por la ley penal. ⁴¹

El mencionado autor da tres criterios para realizar la distinción entre ambas figuras: a) Los subjetivos, que sólo cuidan de la intención del agente, b) Los objetivos, formulados entorno a la naturaleza de los medios empleados; y c) Los mixtos, eclécticos o intermedios.

Carmignani creó una teoría diferenciadora y agregó que la heterogeneidad se hallaba en el concepto romano del dolo malo o bueno, esto es, una grande y evidente impostura capaz de vencer la perspicacia de una persona prudente, debía ser considerada

41.- Citado por BRAMONT ARIAS, LUIS A. en su artículo "Fraude Civil y Fraude Penal", *Enciclopedia Jurídica Ombra*, T. XII, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driekill S.A., 1987, pág. 693.

como un fraude penal; pero la impostura fácil de vencer con una mínima atención, debía reputarse como fraude civil.

Pessina mencionó que había fraude punible cuando el engañado estuviere por naturaleza y cultura, en tal condición intelectual que aún adoptando la ordinaria prudencia posible a su estado mental le habría sido difícil evitar el ser víctima de un engaño o de una sorpresa, en caso contrario sólo sería fraude civil.

Existen criterios como el de Francisco Carrará, quién influenciado por la corriente francesa estimaba que el fraude no debía consistir únicamente en "simples palabras mentirosas", sino que requería además un hecho exterior que hiciera posible integrar el engaño; expresó que la *misce en scène* contemplaba los elementos tanto objetivos como materiales del delito, por tanto las mentiras verbales quedaban para el Derecho civil.

Impallomeni criticó las anteriores teorías Italianas descubriendo en ellas el defecto de subordinar la existencia del delito a la conducta seguida por el agraviado en vez de localizarla en la naturaleza íntima del acto violatorio del Derecho. Tratando de encontrar la distinción buscada afirmó que si el error de la víctima, arrancado por dolo del agente, recae sobre la existencia o la identidad del objeto hay fraude penal y si recae sobre cualidades accesorias hay fraude civil; pese a ello el propio autor desconoció más tarde esa solución,

confesando que no existe diferencia entre ambos fraudes de manera que la acción penal puede ejercitarse aún cuando también lo sea la acción civil.

Dentro de este criterio hubo quién incluso, para distinguir un dolo de otro, llegó admitir que el dolo penal existía cuando el daño es pequeño y el dolo civil, cuando el daño es grande. ⁴²

Autores como Garroud estimó que los dominios del Derecho civil y del Derecho penal quedan claramente trazados si se abandona al primero los artificios, maquinaciones y demás procedimientos engañosos surgidos en materia de convenciones y se consideran delictivos los que se sirven para obtener el bien de otro.

Según mi opinión el mayor defecto de las viejas teorías enunciadas era poner atención únicamente en la clase de los engaños, cuando en el estudio de los elementos del fraude son varios los costados por donde llegamos a la frontera con la ilicitud civil.

2) En lo relativo al segundo criterio, esto es, aquel que no da cabida a distinción alguna entre dolo civil y penal tenemos autores como Guiseppe Maggiore quién afirmó: "... el debate para distinguir entre estafa y fraude civil no es una

42.- Citado por BRAMONT ARIAS, LUIS A., Ob. Cit. pág. 691.

cuestión siquiera, ni es un problema, sino un falso problema y por esto no puede resolverse"; señala que no hay diferencia cualitativa, sólo existe una variedad cuantitativa, en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando existe este elemento establecido por la ley positiva para acriminar el fraude, este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia que hace caer al hecho bajo sanciones penales más bien que civiles, el fraude no cambia de naturaleza". 43

Mezger estima que el derecho forma una unidad cerrada y lo justo y lo injusto es común a todas sus distintos ámbitos. Manzini y Soler niegan la distinción, sosteniendo el primero que la distinción entre fraude civil y penal no sólo es superflua y arbitraria, sino también productora de confusiones perjudiciales, pues "...induce en el error de hacer creer que no obstante concurrir en un hecho todos los requisitos del delito de fraude puede ser considerado, con base en una de los innumerables teorías formuladas al respecto, como un mero fraude civil". 44

Sebastián Soler, por su parte señala: "...en Derecho civil se comete en realidad un abuso del lenguaje cuando se dice que

43.- MAGGIORE, GIUSEPPE, *Delitos en Particular. Parte Especial*, 4ª Ed., Trad. José J. Ortega Torres, Colombia, Tomo, 1909, Vol. 5, pág. 123 Y 124.

44.- MANZINI, VICENZO, *Tratado de Derecho Penal*, Turín, 1933, T. IX, pág. 584.

el dolo es un vicio de la voluntad. La voluntad sólo se vicia por error y coacción. El error a veces es maliciosamente determinado por otro que obra así con dolo. Pero el dolo no vicia la voluntad de éste; por el contrario, para que a alguien pueda imputársele dolo, necesitamos que obre con discernimiento y con libertad...no existe, desde este punto de vista alguna diferencia sustantiva entre dolo civil y dolo penal, por que la teoría del dolo forma parte de la teoría de la conducta jurídica general". 45

Antonio de Cossio y Corral menciona que existe un concepto de dolo común a todos las ramas del Derecho y en lo único que difieren son las consecuencias que cada uno de ellas produce o causa, por lo que a su juicio no debe plantearse siquiera como problema el de la distinción entre el dolo civil y dolo penal, en cuanto uno y otro son algo unitario, más bien lo digno de estudiarse son los efectos que produce esta figura en el Derecho penal. 46

Opinión interesante es la de Humberto Barrera Domínguez, quién menciona que entre dolo civil principal, al que nos referimos en nuestro capítulo II, y dolo penal no hay diferencia alguna. Así donde resulte en la conclusión de un convenio, que se ha inducido a otra persona en error por medio de actos cuya finalidad es obtener por sorpresa su

45.- SOLER, SEBASTIAN, *Derecho Penal*, Argentina, Ed. La ley, 1945, T. II, pág. 318-319.

46.- Citado por BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO, *Ob. Cit.*, pág. 211.

consentimiento respecto a una obligación o a una renuncia, si es evidente que de no haberse empleado tales engaños o artificios no se hubiera obtenido el consentimiento, debe tenerse como existentes tanto el dolo civil que lleva a la nulidad del acto o contrato, como el dolo penal que da lugar al delito de fraude, si quién lo ha empleado ha conseguido un provecho económico ilícito con perjuicio de tercero. 47

Autores en el mismo sentido existen como Luis A. Bramont Airas y dentro de los penalistas nacionales encontramos a Mariano Jiménez Huerta y Jesús Zamora Pierce a los cuales nos adherimos, pues como lo manifiesta el último de los citados ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad pueden permitirnos marcar la diferencia entre los "ilícitos civiles" y los penales; únicamente es en el campo de la tipicidad donde podemos deslindar lo penal, pero ello nos lleva a afirmar que es penal lo que se encuentra en el código de la materia y civil lo que el Código Civil contempla.

En lo personal considero, que el punto fundamental de la discusión se ha tratado de resolver desde su origen partiendo de un mal enfoque al problema, al tratar de encontrar diferencia entre un "fraude" civil, el cual considero no existe y, uno penal, que como descripción típica cuenta con elementos que lo delimitan.

47.- BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO, Ob. Ck., pág. 212.

Pretender fundamentar el dolo penal en la gravedad del engaño, en una necesaria misce en scène o, en la diligencia que debe tener todo sujeto en la celebración de un contrato, es insano, puesto que un engaño eficaz bien puede determinar el consentimiento de una persona ingenua o ignorante, a la que no puede la ley penal negarle la tutela de su patrimonio económico, sino que frente al daño ocasionado debe ser más severa por la peligrosidad que ofrece el delincuente en este caso.

Por lo tanto no es que se deje al juzgador la facultad de incriminar el delito de fraude contractual según su criterio sobre la dolosidad de los hechos acaecidos, sino que habrá de afirmar la existencia del delito cuando aparezca evidenciado que la víctima no hubiera prestado su consentimiento para la celebración del acto o contrato que lesiona injustificadamente su patrimonio o el de un tercero, sino hubiera intervenido el engaño puesto en juego por el agente.

Considero que en vez de buscar posibles diferencias de fondo es mejor desviar nuestro estudio hacia las consecuencias que un actuar doloso traerá en las distintas ramas del Derecho, concretamente en la civil y la penal, siendo este el punto donde podremos encontrar alguna disparidad, pues como lo afirma Zamora Pierce: "...Si admitimos, entonces, que el legislador esta en libertad de dar normas para una determina conducta, y de sancionarla a su arbitrio en uno u otro campo, o en ambos a

la vez, estaremos en la posibilidad de determinar cuales pueden ser las "deudas de carácter puramente civil".⁴⁸

Amén de realizar un estudio más profundo de ello, no considero violatorio de la norma Constitucional la existencia de dos ordenamientos que a simple vista sancionan la misma conducta, sobre todo por el tipo de consecuencia que se aplica y por que incluso, existen firmes criterios jurisprudenciales que nos mencionan la compatibilidad de las acciones civiles y penales, esto es, citan que éstas no se excluyen, además de que para tomar como típica, antijurídica y culpable una conducta deberá tenerse por comprobado previamente a la imposición de cualquier sanción, los elementos configurativos del tipo penal a tratar, en el caso concreto el del fraude contractual que se propondrá más adelante.

LA PRISION POR DEUDAS.

Este fue uno de los puntos que resultó más problemático a enfrentar en la elaboración del trabajo. Es fácil observar el principio establecido en nuestra Carta Magna que enuncia dentro del artículo 17: "...Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil", lo delicado se ubica al localizar autores que nos permitan conocer cual es el significado del término "puramente civil", es decir, que nos aclaren los criterios distintivos ha seguir para conocer a este tipo de

48.- ZAMORA PIERCE, JESUS, Ob. Cit., pág. 125.

deudas o que aporten los elementos necesarios para, por exclusión, poder conocer a las que no lo son.

Tratadistas como Humberto Briseño Sierra, nos refieren: "la norma pertenecería a ese campo de seguridad jurídica, si al menos en éste caso se hubiera definido lo que es responsabilidad penal frente a deuda civil; se tendría ya una base para que en todas aquellas hipótesis en que es necesario identificar al delito se pudiera regular sus efectos y consecuencias". 49

Como la intención del presente trabajo no es analizar ni resolver el problema planteado, puesto que eso debe ser tema de otra tesis, nos limitaremos a exponer someramente la historia de la prisión por deudas para continuar con el establecimiento de los criterios que indican por que la creación del tipo penal de fraude contractual no contraviene lo establecido en el aludido artículo 17 Constitucional.

La conversión del incumplimiento de deudas en delito aparece claramente en Roma a través de la institución de la manus iniectione básica del procedimiento ejecutivo civil Romano. En su forma más bruta data de las XII Tablas, se trató de una acción eminentemente personal del acreedor sobre el deudor insolvente, que si no pagaba su débito a los sesentas días o aportaba la garantía de un vindex solvete, podía ser reducido

49.- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, Ob. C.H., Pág. 76.

a la esclavitud e incluso muerto con reparto material de sus miembros entre sus acreedores, si la manus no desaparecio a través del Derecho pretorio se atenuó su rigor en un proceso de publicitación que conduce a la prisión por deudas.

El procedimiento de exigir el pago de las obligaciones por vía penal de la prisión se prosiguió en la Edad Media y Moderna, siendo una constante del Derecho material y procesal hasta entrando el Siglo XIX en que va desapareciendo paulatinamente del panorama legislativo.

Dentro de esta época Las Partidas representan un progreso notable en la materia, pues sin abolir de modo expreso la prisión por deudas la silencian por lo que atañe a las puramente civiles, dado que se reservan el supuesto a los casos extremos del "deudor que se fuye de la tierra". ⁵⁰

Fue en plena Revolución Francesa, por ley del 4 de abril de 1798 donde se limitó el máximo de duración del arresto a 6 años, eximiendo de él a los deudores sexagenarios, a las mujeres y a los menores de edad. Su abolición definitiva tuvo lugar en dicho país hasta la ley del 22 de julio de 1867; en Alemania al año siguiente, en Inglaterra fue hasta la Debtor Act de 1869. Dentro del ámbito internacional fue decisivo para esos efectos el Convenio de la Haya de 17 de Julio de 1905. ⁵¹

50.- Partida V, 15,16.

51.- Más sobre el tema en QUINTANO RÍPOLLES, ANTONIO, Ob. Cit. T. III, Pág. 9-31.

Hasta el Siglo pasado en muchas naciones de Europa y América el incumplimiento de las obligaciones civiles daba derecho al acreedor a pedir y a obtener la prisión de su deudor que únicamente lograba su libertad pagando hasta el último céntimo.

Mediante esta evolución las viejas normas procesales civiles en que se acentúa la institución de la prisión por deudas pasaron, ya depuradas, a integrarse francamente en el Derecho penal a título de delitos, enmarcadas estrictamente a tipicidades concretas de mayor o menor amplitud según los diversos sistemas legislativos.

Por cuanto hace a la legislación nacional se afirma por tratadistas como Ignacio Burgoa Orihuela, Jesús Rodríguez y Rodríguez, Emilio Rabasa, entre otros, que ésta garantía de seguridad jurídica no viene a ser sino la culminación o confirmación del principio jurídico de "NULLUM DELICTUM, NULLUM POENA SINE LEGE", dado que contra las injustas leyes que condenaban por deudas civiles al encarcelamiento se alzaron las voces de ilustres pensadores quiénes las repudiaron y establecieron tal prohibición desde nuestras primeras Constituciones, la cual continúa vigente.

Al respecto también se observan diferentes interpretaciones para delimitar que debe entenderse por deudas de carácter civil, así tenemos a Ignacio Burgoa quién nos

manifiesta: "...una deuda proveniente de un acto o relación jurídica civiles en sí mismos, esto es, no estimadas por la ley como delictuosa, no puede engendrar una sanción penal como es la privación de la libertad, ya que ésta se reserva a los delitos, es decir, a los hechos reputados legalmente como tales". 52

A simple vista pareciese que el doctor Burgoa condicionó la definición de deudas de carácter puramente civil al hecho de que la situación contractual que se va a juzgar no se encuentre tipificada en la ley penal como delito, puesto que señala: "...el carácter civil de una deuda es decir, el aspecto pasivo de una obligación se debe fijar a posteriori en cada caso concreto de que se trate, atendiendo sin embargo al criterio general de que su origen o procedencia no se atribuya a un hecho tipificado por la ley como delito". 53

Tratadistas como Mancilla Ovando consideran lo establecido en este precepto como una restricción a la esfera de competencia del Poder Legislativo Federal, impidiéndole toda actividad a éste poder público y negándole las facultades para ejercer sus atribución de dictar leyes, es decir, al contrario de Ignacio Burgoa, considera que en esta garantía que impide al Poder Legislativo, más bien, le prohíbe tipificar como delitos las deudas de carácter civil, aunque a mi consideración ambos

52.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales, 21ª Ed, México, Porrúa, 1988, pág. 628.

53.- BURGOA, IGNACIO, Ob. Cit., pág. 629.

tratadistas adolecen de lo mismo: nunca señalan que criterios debemos seguir para diferenciar las deudas de carácter puramente civil de las que no se consideran como tales.

Considera que la garantía de los gobernados se establece de tal forma que deja al Derecho civil el examen de las deudas que puedan originarse en ésta materia y su sanción será el cumplimiento de la obligación, siendo potestad del juzgador, examinarla, declararla y al través de su imperio hacerla efectiva. ⁵⁴

Jesús Rodríguez y Rodríguez cae en el mismo vicio al mencionar: "El derecho a que se refiere la norma constitucional que comentamos, consiste en que ninguna persona puede ser privada de su libertad es decir, aprisionada por el hecho de no poder saldar sus deudas de carácter estrictamente civil". ⁵⁵

Cita también que ésta garantía parte de la base de que toda deuda civil, contraída con el pleno consentimiento del acreedor y del deudor, es un hecho lícito y que la falta de cumplimiento por parte del deudor no cambia la naturaleza civil de su obligación, de cuyo cumplimiento deben responder sólo los bienes del deudor más no su persona.

54.- MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. *Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal (Estudio Constitucional del proceso Penal)*, 5ª Ed. México, Porrúa, S.A, 1993, Pág. 50-51.

55.- RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, JESUS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 4ª Ed., México, 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Pág. 78., Colec. Popular Ciudad de México, Serie. Textos Jurídicos.

La afirmación anterior, en mi opinión, es digna de combatirse puesto que no da cabida a la existencia del fraude contractual, limitándose a considerar que por existir incumplimiento civil no es posible el surgimiento de responsabilidad penal derivada en el caso de que el sujeto pasivo del delito y parte contratante, hubiera sido inducida mediante engaño por el activo del mismo, a la celebración del contrato por el cual el primero efectuará su acto de disposición que derivará en detrimento patrimonial hacia él o a un tercero y que se traducirá en el correspondiente lucro del sujeto activo del ilícito.

No comparto el criterio de Jesús Zamora Pierce quién precisa que la prohibición constitucional aludida sólo tiene sentido si la entendemos como una barrera que el constituyente puso al legislador penal que le impide tipificar como delito la misma e idéntica conducta que el legislador civil a considerado ya como un ilícito de esa materia: "...quiero decir, que el legislador civil puede sancionar cualquier conducta en tanto que el legislador penal, tiene limitada su facultad sancionadora únicamente a aquellas conductas que no hayan sido previamente sometidas a sanción civil", puesto que como lo señala al momento en que parece perfeccionar su afirmación: "...queda abierta la posibilidad lógica de que un delito tenga todas y cada uno de los elementos que caracterizan a un ilícito civil, pero necesariamente, deberá reunir a otros elementos que

permitan y justifiquen su calificación de ilícito penal, so pena de violar la norma Constitucional". 56

A mi consideración lo digno de resaltar respecto de la prisión por deudas es la existencia de una garantía para los gobernados que permite tener la seguridad que a ninguna persona se le sancionará penalmente por deudas que tengan características de meros incumplimientos obligacionales civiles, esto es, que no se ajusten a la descripción que los diferentes tipos penales mencionan como delitos, al no contener los elementos integrantes de los mismos, como deben ser los propios del fraude contractual.

PROPUESTA DE NUEVO TIPO PENAL.

Bajo el amparo de la afirmación de Carrará en el sentido de que "en el derecho moderno no hay ningún delito indefinido y, por lo tanto, indefinible"⁵⁷; reconociendo que el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.

Debemos considerar que es innegable la existencia en el Derecho civil de figuras que contemplan idénticas características con el Derecho penal, acarreado ello la

56.- ZAMORA PIERCE, JESUS, Ob. Cit., pág. 128.

57.- CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. IV, Bogotá, Temis, Pág. 2337, 1988, Pág. 497.

creencia de que una misma conducta sólo debe sancionarse ya sea civil o penalmente, pero no en ambas ramas del Derecho.

En el capítulo relativo al marco conceptual desarrollamos la noción de figuras tales como contrato, consentimiento, dolo, error, mala fe en materia civil, así como de fraude, dolo y error penal, acto de disposición y lucro; de este apartado se desprendieron las diversas similitudes que presentan ambos aspectos del Derecho, siendo necesario distinguir dos situaciones:

A) El Derecho civil contempla al dolo y al error como vicios de la voluntad, esto es, como actos que afectan la libre manifestación de la voluntad de uno de los contratantes y por ello el acuerdo que se efectúa adolece de una imperfección desde su origen; observamos también que su consecuencia es la nulidad relativa que proporciona al contratante inocente sus respectivos derechos vg. exigir la anulación del acto celebrado.

B) Por cuanto hace al Derecho penal, este contempla al tipo de fraude, el cual requiere un engaño o un aprovechamiento del error y por tanto, de un dolo previo en el agente para la realización del ilícito.

Como se ha mencionado en múltiples ocasiones, al no existir un tipo penal que expresamente contemple la realización

del fraude por medio de un contrato cuando esto ocurre en el mundo de los hechos tenemos que ampararnos en la descripción genérica que se contempla en el numeral 386 del Código penal vigente para el Distrito Federal en materia del Fuero Común.

Si bien el concepto genérico otorgado por el mencionado artículo da oportunidad de concebir un fraude contractual, en contrasentido, en forma por demás lamentable da hincapié a que las personas encargadas de investigar los delitos consideren que el mismo no puede acreditarse en esa amplísima definición.

Es de razonarse que si dos personas físicas o morales efectúan la celebración de un acuerdo de voluntades a fin de establecer en él su voluntad de obligarse en determinado sentido, y que para dar origen a este se precisa la externación de la voluntad de las partes, entonces se puede afirmar la posibilidad de la comisión de un ilícito en el camino para obtener el consentimiento del contratante.

Es por demás frecuente que los Ministerios Público consideren a una denuncia de hechos dentro de la cual se menciona un contrato como un mero incumplimiento civil, negando antes de realizar las primeras diligencias, la posible existencia de un delito y por tanto, de la responsabilidad penal de uno de los contratantes.

Por todo lo anterior se precisa el establecimiento de un nuevo tipo penal que contemple la existencia de un contrato celebrado entre los sujetos activo y pasivo del ilícito, por el cual el segundo de los mencionados efectúa el acto de disposición patrimonial que le repercutirá económicamente a él o a un tercero, con el consecuente provecho ilícito del sujeto activo; de esta manera el nuevo tipo penal servirá de base para que los numerosos casos de fraude contractual que se presenten en la vida cotidiana no escapen de la sanción penal que les corresponde.

La descripción típica que se propone es: "Existe fraude contractual cuando en la celebración de un contrato alguna de las partes que concurren al mismo, engaña a el o los otros contratantes o se aprovecha del error en que este se encuentra, derivando de ello un perjuicio patrimonial a éste o a un tercero, con el correspondiente lucro para el sujeto activo del ilícito.

Si el engaño o aprovechamiento del error sufrido por el sujeto pasivo no es la causa determinante del perjuicio logrado, por ser éste derivado de motivos surgidos en forma anterior o posterior a la celebración contractual, el asunto queda desplazado de la esfera penal y es la jurisdicción civil la llamada a conocer del incumplimiento de las obligaciones pactadas".

JUSTIFICACION.

Hay tratadistas que sostienen la teoría jurídica del Derecho penal dotándola de una naturaleza secundaria y meramente sancionatoria, se creen obligados a explicar los términos usados a la vez por el Derecho punitivo y el civil con absoluta subordinación por parte del primero a las acepciones del segundo, pero el Derecho penal tiene en éste punto cierta autonomía y por exigencias de los fines por él servidos, se ve forzado a modificar los contornos de las instituciones privatistas penalmente protegidas.

Esto no significa que merezcan protección penal toda clase de intereses económicos con existencia de facto, incluso las pretensiones y perspectivas ilícitas.

La mera lesión de un derecho cuando no hay perjuicio económico para alguien debe ser cuestión exclusivamente civil, el patrimonio afectado por el fraude es un conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos, es un concepto económico referido al orden jurídico.

Evidentemente la creación del mencionado tipo penal tiene su razón de ser en diversos criterios:

CRITERIO TELEOLOGICO DEL DERECHO PENAL.

El Derecho penal tiene como finalidad el tutelar bienes jurídicos como lo es el patrimonio; cuando el legislador se encuentra frente a un ente como el mencionado y tiene interés en tutelarlos es que los valora; así cuando a ese bien jurídico se le quiere dar una tutela, elabora un tipo penal pasando de esa manera a ser penalmente tutelado.

Si bien es cierto que el patrimonio es un bien jurídico a la luz de las disposiciones civiles, puede ser que ésta rama del Derecho no sea suficiente para su protección y requiera también la tutela penal para cuidar ciertas formas en que se puede afectar éste bien jurídico.

Conscientes de que el patrimonio es un bien jurídico penalmente tutelado no se puede desconocer que entre el conjunto de especies delictivas realizadas contra él hay algunas caracterizadas por medios engañosos que reciben el nombre de fraudes. La naturaleza de tales medios no sería motivo suficiente para una represión especial si en su empleo no existiera un daño o peligro para un interés social de importancia: la confianza y seguridad en las relaciones patrimoniales; es como afirmaba Manzini: "un mínimo de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesto coactivamente en un Estado bien ordenado, por que dicho elemento representa uno de los más vitales intereses en el normal desenvolvimiento de los negocios jurídicos privados y en

58.- MANZINI, VICENZO, Ob. Cit., Pág. 584.

la civil convivencia". 58

Dentro de este marco el hombre como ente pensante asume una relevancia fundamental en el plano axiológico del Derecho penal dado que este ordenamiento no se limitará a la regulación de meras situaciones objetivas, ni a la normación de intereses individuales en el ámbito de las relaciones contractuales de las personas, sino que aspira a la protección de bienes jurídicos relevantes, pues el propio Antón Oneca manifiesta: "el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra" 59, y no por lo que hace en un sentido general y abstracto, sino en virtud de determinados comportamientos que se adecúan a las descripciones típicas que existen dentro del Código Sustantivo Penal y de la propia que se propone en el presente trabajo.

Es por ello que al ser el contrato uno de los medios más fáciles de manejar por las personas, puesto que cualquiera los puede celebrar, se convierte en una de las armas de las que frecuentemente se valen los estafadores para causar perjuicios económicos a los contratantes inocentes o a terceros. En lo personal la práctica me ha dado la oportunidad de observar que los fraudes más cuantiosos son los que se fijan mediante la utilización de un contrato y como diría el tratadista Jesús Zamora Pierce en su obra "El Fraude": "...son el contra de los

59.- ANTON ONECA, JOSE, Derecho Penal. Parte General, T. I, Madrid, 1949, Pág. 159.

comerciantes, de bancos, de las empresas de seguros, de las casas de bolsa o de cambio". 60

Debemos recordar que el ejercicio del poder definitorio lo tiene la sociedad por el cual ésta decide y selecciona de entre los comportamiento desviados cuáles son los que dada su importancia y el conflicto social especialmente agudo que plantee, se van a controlar mediante el recurso a la pena, es decir, cuáles son los que van a ser considerados delitos basándose en su dañosidad social, calificación que se le dará tomando en cuenta:

a) La ética social: en cuanto contraviene las normas éticas-sociales fundamentales de la comunidad, conculcando las convicciones culturales y el orden impuesto por el grupo social.

b) El criterio del bien jurídico puesto que la dañosidad social del hecho depende de que lesione o ponga en peligro intereses fundamentales que constituyen los presupuestos indispensables para la vida en sociedad (bienes jurídicos).

No se trata de llegar a la afirmación de que el Código civil es el código de los ricos y el Código penal es el de los pobres cuanto a que en ellos se omiten tipificar conductas para los delincuentes de cuello blanco, sin embargo debemos

60.- ZAMORA PIERCE, JESUS, Ob. Cn. pág. 22.

reconocer que en la actualidad las figuras contempladas en el Código civil sirven de escudo para que los delincuentes más astutos hagan aparecer sus conductas como meros incumplimientos civiles.

La tarea del Derecho penal es la protección de la vida social de las personas en comunidad; la vida humana en sociedad se lleva a cabo según una pluralidad de normas que en su conjunto forman el ordenamiento social, el cual no puede por sí sólo asegurar las condiciones de subsistencia de la vida social adecuadas a la dignidad humana, sino que requieren ser complementadas, perfeccionadas y reforzadas a través del ordenamiento jurídico.

Al adquirir la tutela penal del patrimonio cada vez mayor importancia y alcance a causa del desenvolvimiento de la moderna economía, el legislador debe inspirarse en las exigencias del medio social para asegurar en cada época el orden jurídico mediante sanciones adecuadas. En base a ello podrá delimitar los estrechos límites de lo civil y lo penal, o como diría Giurati: "La zona gris del Derecho Civil y el reino negro de la criminalidad".⁶¹

Entonces serán esta una de las bases que justifiquen la necesidad de crear un tipo penal que defina al fraude contractual.

61.- Autor citado por BRAMONT ARIAS, LUIS A., Ob. Cit. pág. 695.

**CRITERIO SOBRE LA COEXISTENCIA DEL DERECHO CIVIL Y PENAL.
DIFERENCIAS EN CUANTO A SUS EFECTOS.**

Es evidente que existen hechos dolosos o culposos que acarrear consecuencias exclusivamente de derecho privado por que solamente este Derecho los toma en consideración resultando indiferentes para el Derecho Penal, constituyendo estos el dolo o culpa civil.

Sin embargo otros hechos del mismo tipo ocasionan consecuencias tanto de Derecho civil como de penal porque ambos ordenamientos jurídicos los reprimen, a este apartado es al que pertenecerá el fraude contractual.

La causa de éste tipo de hechos no es diferente en esencia para ambos aspecto del Derecho, más bien sus consecuencias los hacen discrepantes al producir efectos jurídicos diversos.

No es posible aceptar que alguien que engaña a su contratante o se aprovecha del error en que éste se encuentra y consiente de la lesión que causa al patrimonio del otro por la celebración de un contrato, sólo sea sometido a simples responsabilidades civiles por el hecho de que el acto efectuado sea un contrato, ello sería la cosa más aberrante que pudiese existir.

El emplear la denominación de fraude civil y fraude penal induce a creer que no obstante el consenso en un hecho determinado, de todos los requisitos esenciales al delito de fraude el hecho puede considerarse por obra de una de las teorías inventadas al efecto, como mero incumplimiento civil.

Bien decía Hegel que el hecho antijurídico doloso importa la necesidad lógica de la sanción penal y no constituye jamás ilícito puramente civil. ⁶²

Bastaría con revisar algunos de los muchos casos de fraude contractual que se hacen del conocimiento de las autoridades investigadoras para observar que la frecuencia de estos ilícitos es alarmante, resultando agraviadas personas de todas las esferas sociales, desde Instituciones de Crédito hasta personas que por su analfabetismo son inducidas más fácilmente por habilidosos defraudadores a la celebración de contratos.

CRITERIO EN CUANTO AL DOLO.

Debemos considerar que las conductas contempladas en las descripciones típicas no son desvaloradas como meros fenómenos materiales o mecánicos derivados de la actividad física de la persona misma, sino que se considera también la voluntad del sujeto, es decir, constituyen comportamientos atribuibles a la

62.- Autor citada por BRAMONT ARIAS, LUIS A., "Ob. Cit.", pág. 690.

decisión del querer humano que resulten contradictorios a los principios que toda persona debe tener en sociedad.

El Derecho penal se plantea la cuestión de la medida en que el autor pudo conocer lo no permitido de la conducta, por ello si un sujeto al celebrar un contrato persigue desde el inicio de ésta celebración causar un daño a su contratante es que quiere y acepta la realización de su conducta y por lo tanto, deberá responder penalmente de la misma acatando las sanciones que para el tipo de fraude contractual se establezcan.

No hay que olvidar que en el proceso de realización del contrato entre las partes estos deben acordar sus voluntades a fin de producir consecuencias o fines de interés legal, de esta manera tendrán que externar su consentimiento, entonces si desde su origen el convenio se encuentra viciado por la existencia de las maquinaciones, ardidés o engaños de que se vale el sujeto activo del ilícito, el acuerdo de voluntades se traducirá en el medio por el cual el sujeto pasivo de la conducta realizará el acto de disposición.

El actuar doloso del sujeto activo lo llevará a realizar las conductas u omisiones tendientes a engañar o aprovecharse del error en que se encuentra el pasivo, impidiendo que la voluntad de éste último, elemento esencial del acto jurídico,

se forme en el contratante de manera plenamente consciente de la realidad.

Por tanto, partiendo del momento en que nace el dolo y para que éste pueda acarrear consecuencias penales, se precisará que sea anterior a la celebración del contrato y que sea de tal naturaleza que sea posible demostrar que sin él no se hubiese contratado (dolo principal).

Tomar este criterio de valoración nos permitirá seguir la idea de pensadores como Impallomeni quién en vez de subordinar la existencia del delito a la conducta de la persona agraviada, la deduce de la naturaleza íntima del acto con que el Derecho es violado; éste tratadista en forma posterior sugirió que no existe diferencia entre fraude civil y fraude penal, y que la acción penal es proponible aún cuando la acción civil también lo sea. 63

El dolo en el fraude contractual es la conciencia y voluntad de confundir a alguien causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona, pero además del dolo general es necesario el ánimo de lucro injusto para el mismo defraudador o para otra persona.

CRITERIO TOMANDO AL DOLO COMO ALGO UNICO. SUS CLASES CIVIL Y PENAL.

63.- Autor citado por BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO, Ob. Cit., pág. 211.

El dolo es un concepto unitario sin más diferencia en los aspectos civil y penal del Derecho que las consecuencias que producen en sus ámbitos; es importante no olvidar que las diversas ramas jurídicas emanan de un tronco común al Derecho y no se puede separar lo que la naturaleza ha creado unido, aún cuando exista una especialización a causa de su amplitud. No se debe omitir que las variadas disciplinas jurídicas pertenecen a un orden total y se fundamentan sobre una base común, completándose y fertilizándose mutuamente.

Sin tomar en consideración las diversas hipótesis que igual número de tratadistas han expuesto para diferenciar al dolo civil y penal, considero óptimo sustentar la necesidad del nuevo tipo penal del fraude contractual en este argumento, es como lo menciona Sebastián Soler: "No existe... ninguna diferencia sustantiva entre dolo civil y dolo penal por que la teoría del dolo forma parte de la conducta jurídica general".⁶⁴

No obstante ello deberá recordarse que en materia civil existe:

A) El dolo malo principal, que actúa sobre el ánimo de la víctima de modo que sin él la voluntad no se hubiera formado de la manera en que se formó.

64.- SOLER, SEBASTIAN, Ob. Cit., pág. 318 y 319.

B) El dolo malo intencional que aparece influyendo sobre los particularidades del negocio, el cual aún cuando no existiere se hubiera celebrado aunque bajo otras estipulaciones.

C) El dolo coetáneo que se da al momento en que nace el contrato, esto es al integrarse el consentimiento

D) El dolo posterior, esto es, el que surge en una época siguiente al momento en que nace el consentimiento y por el que uno de los contratantes evita el cumplimiento de su obligación.

El primero y tercero de los mencionados serán los que penalmente tomarán relevancia para la configuración del fraude contractual, puesto que la conducta del agente del ilícito deberá llevar implícita un dolo anterior al engaño o aprovechamiento del error.

Dolo anterior que contiene las mismas características que el dolo coetáneo y malo principal civil y que al servirnos como elemento subjetivo de la conducta será el que produzca en el sujeto activo del ilícito el deseo de querer engañar o aprovecharse del error de la otra parte para causar un perjuicio a él o a un tercero.

No existe diferencia alguna entre ambos tipos de dolo al ser evidente que de no haberse empleado tales engaños o

artificios no se hubiera obtenido el consentimiento, por tanto deben tenerse como coexistentes tanto el dolo civil que, como se observará más adelante, lleva a consecuencias como la nulidad del acto o contrato y el dolo penal que da lugar al delito de fraude si el que lo ha empleado ha conseguido así un provecho económico ilícito con perjuicio de tercero.

Así el dolo que se da al inicio del contrato será el mismo que nos ayudará a tipificar al fraude contractual en materia penal y el dolo que se presente durante la vigencia del acuerdo de voluntades será puramente civil, ya que su trascendencia no demanda la coacción penal pudiendo bastar la mera sanción privada.

CRITERIO EN BASE A LA JUSTIFICACION DE LA PENA.

El Derecho existe para garantizar una convivencia ordenada de los sometidos al objeto de la voluntad jurídica en la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista axiológico del legislador.

Pese a ello no hay que olvidar que dentro del Derecho penal se revela la existencia de lagunas que dejan exentas de

pena acciones que en su desvalor ofrecen mayor gravedad que otras que son descritas en la ley y consideradas por ella como punibles.

El Derecho penal se propone el logro de soluciones justas en la regulación de los más generales comportamientos humanos contrarios a los bienes y valores de mayor relevancia en la convivencia social, la consecución de metas justas en el ámbito jurídico-penal sólo puede ser alcanzada a través de la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas establecidas positivamente.

Recordemos que el Derecho penal es público puesto que en él no se trata de una equiparación de intereses entre dos partes sujeto activo y pasivo, considerados como equivalentes sino de la pretensión penal surgida de la relación Estado-autor del ilícito.

El Estado sólo debe recurrir a la pena cuando la conservación del orden jurídico no se puede obtener con otros medios de reacción, como podría ser los propios del Derecho civil o cualquiera otra rama del Derecho, debe tipificar entonces al fraude contractual para evitar un mal mayor a la sociedad por su no contemplación.

Y no es que se contradiga con el principio jurídico universal que alude a evitar el abuso de las sanciones penales

por parte del Estado, es más que ello, es confrontar la imperante necesidad de regular el patrimonio de las personas que están expuestas a los estafadores que buscan ganancias ilícitas de todas partes y en perjuicio de quién sea, siendo ellos precisamente la razón por quienes se sugiere la creación del nuevo tipo penal.

Dentro del principio de intervención mínima del Estado el Derecho penal debe ser el último recurso de la política social a utilizar para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques graves que puedan sufrir.

En consecuencia el Derecho penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos graves para la persona.

Si bien para la protección de los intereses individuales y sociales deberá preferirse la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción y en la actualidad se continúan aplicando sanciones no penales como lo son las civiles vg. nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios, etc. y administrativas, vg. multas, sanciones disciplinarias, etc.; sólo cuando se ha comprobado que ninguno de los medios anteriores es suficiente para la prevención de determinados hechos socialmente dañosos estará legitimado el Derecho Penal.

Si el hecho contra jus no es capaz de provocar gran inquietud en la colectividad, se contenta con la aplicación de meras sanciones civiles: resarcimiento de daños, nulidades de acto, rescisión de contratos, etc., cosa que no sucede con el fraude contractual ya que el aumento de los casos en que esto ocurre es alarmante pues los estafadores se saben amparados en la ineptitud de diversos funcionarios que al observar un contrato dentro de la averiguación previa inmediatamente sugieren que el denunciante o querellante haga cumplir su derecho por la vía civil.

El fraude contractual debe ser sancionado con la justificación de que es un ataque a los bienes y valores de máxima relevancia en la vida social, los cuales como se precisó, son estimados positivamente por el legislador y garantizados por medio de las normas jurídico-penales.

En la actualidad las diversas teorías de la pena afirman criterios dominantes como los que vinculan la legitimación de la pena como instrumento del control social, y los que refieren su necesidad y utilidad para la prevención y evitación de hechos socialmente dañosos (delitos).

Por tanto no debe ponerse excusa para no acrecentar la penalización de otros hechos socialmente dañosos que en la actualidad escapan a la esfera penal y que por su carácter lesivo para los bienes jurídicos han de ser prevenidos por un

Derecho penal que asuma plenamente la función promocional que le corresponde en un Estado que se proclama social y democrático de Derecho.

La pena para el fraude contractual es como lo afirma José Miguel Zugaldia Espinar: "Una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres". ⁶⁵

CRITERIO EN BASE A LA TIPIFICACION DEL DELITO.

Hay que recordar que la conducta penalmente relevante es aquella que irrumpe en el mundo exterior, el mundo de los hechos, bien sea a través de un hacer positivo (acción) o bien por una abstención o un hacer negativo (omisión). Así la acción como simple manifestación de voluntad y el resultado como consecuencia externa derivada de esta expresión tiene gran importancia para el Derecho penal.

Para que se tipifique el fraude contractual es necesario que estén presentes, todos y cada uno de los elementos que configuran al delito de conformidad a las reglas establecidas para ese efecto en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como los

65.- ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal. Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1993, pág. 91.

relativos de los Códigos estatales; encontrándonos que sus elementos serán:

a) Realización de engaño o aprovechamiento del error por uno de los contratantes.

b) Que éste engaño o aprovechamiento del error lo sufra el otro contratante.

c) La celebración de un contrato a consecuencia de ese engaño o aprovechamiento del error, debiéndose observar respecto de la última hipótesis, que el contrato surgirá al momento en que el sujeto activo del ilícito sabedor del error en que se encuentra la otra parte, omite manifestarlo para obtener la celebración del acuerdo de voluntades.

d) Que exista un perjuicio patrimonial al propio contratante inocente o a un tercero, derivado de la celebración de ese contrato.

e) La existencia de un lucro por parte del agente del delito.

Un elemento importantísimo dentro de la figura del fraude contractual es el lucro obtenido por el sujeto activo, pues el objeto del tipo penal cuya creación se propone es tener un

instrumento más para la protección del patrimonio y combatir la consideración de que es un mero incumplimiento civil.

El fraude contractual es un delito eminentemente doloso, puesto que el agente realizará voluntariamente los hechos materiales configuradores del tipo.

El Juez en presencia de hechos que el denunciante califica como dolosos tiene para forjarse una opinión más que las reglas de la moral y así poder lograr la delimitación del dolo para no permitir que el mismo envuelva casi por completo el campo de las transacciones civiles y comerciales. Si bien el Derecho no se confunde con la moral, debe tenerse en cuenta el estudio de las costumbres y de las necesidades de la práctica de los negocios, puesto que la vida económica no sería posible si los tribunales anulasen todas las conversiones concluidas bajo el imperio de la mala fe.

En la actualidad los fraudes contractuales más cuantiosos se cometen en contra de Instituciones de crédito, o las Organizaciones Auxiliares de las mismas, las que por el uso de las prácticas bancarias o financieras, la más de ellas basadas en el principio de la "buena fe", dan lugar a que los Ministerios Públicos consideren que no actuaron con la diligencia debida en la celebración de sus operaciones.

Por tanto el Ministerio Público o el Juez deberá observar que el error del que realiza el acto de disposición no se produce a causa del hecho futuro pronosticado, esto es, del cumplimiento del contrato, sino en virtud de la convicción de existir una correspondencia entre los que se dice y lo que piensa el defraudador cuando se refiere al hecho futuro, y el engaño proviene de un hecho psicológico como el pensamiento y voluntad del embaucador en el momento presente.

El engaño no se ha producido también por el incumplimiento de la obligación sino por la simulación del propósito de cumplir con ella y la ficción de condiciones de solvencia, todo lo cual pertenece al pasado y al presente, sin los cuales no se habría aceptado el contrato. Si por el contrario la voluntad de no cumplir el contrato ha surgido con posterioridad entonces no hay fraude contractual.

El acto de disposición que se efectuará por el contrato celebrado señala el paso de un fenómeno interno de la psiquis del sujeto pasivo a un efecto externo, el cual es el transformamiento patrimonial y como se ha citado con anterioridad no hay razón alguna para imponer algún vínculo formal ni es indispensable que el sujeto pasivo incida sobre las relaciones jurídicas patrimoniales sancionadas por la ley civil.

Por último la pena para el tipo penal de fraude contractual sería la misma que la contemplada actualmente para el fraude genérico.

CONSECUENCIAS DEL FRAUDE CONTRACTUAL.

El bien jurídico protegido en el delito de fraude contractual es el patrimonio en cuanto éste se proyecta y refleja en las relaciones existentes entre los individuos en su vida diaria en común.

Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico para que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que puedan inducir en error y para aquellos en los que pudieren hallarse determinadas personas no sean aprovechadas por otros fines insanos.

Cuando el fraude contractual se concreta en el mundo de los hechos, dada la naturaleza del acto que le da origen, se debe establecer con precisión cuales serán las consecuencias jurídicas que derivarán de la realización de éste ilícito, así analizaremos el efecto que producen tanto en la materia civil como en la penal.

En mi consideración el Derecho penal es el eje sobre el que la conducta engañosa debe girar, pues al existir el fraude contractual tal hecho debe ser castigado conforme los criterios

establecidos con antelación. Efectivamente, coexistiendo con el lucro que ha obtenido el agente del delito encontraremos a un incumplimiento de contrato, figura regulada por el Derecho civil, pero debe reconocerse que esta contravención de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades será sólo la consecuencia que este actuar doloso acarrea dentro de la rama del Derecho origen del acto jurídico que sirvió como vehículo al defraudador para su conducta y como el motivo que originó al acto de disposición efectuado por la víctima o un tercero para sufrir el perjuicio patrimonial.

Recordemos que para la existencia del fraude contractual se necesita un dolo previo por parte del sujeto activo del delito, el cual se equipara al dolo coetáneo ó malo principal que el Derecho Civil regula.

De ésta manera las consecuencias que el fraude contractual provoca son:

1) Dentro de la materia civil, dado el vicio efectuado sobre el consentimiento y el consecuente incumplimiento del contrato establecido, el contratante inocente podrá:

A) Por la existencia de los vicios en el consentimiento el contrato será anulable, nulidad que al ser relativa sólo podrá ser invocada por los directamente interesados, se extinguirá por la prescripción negativa ó por la confirmación del acto

cuando haya cesado el motivo de la nulidad, permitiendo que el acto produzca sus efectos.

Una vez obtenida la anulación del acto jurídico las partes están obligadas a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

B) Por cuanto hace a el incumplimiento del contrato, que surgirá de manera espontánea al existir una intención inicial del activo del ilícito para no cumplir la obligación pactada, el contratante inocente podrá:

- Exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida, esto es la restitución de la cosa que se había recibido y de no ser posible, el pago del precio de la misma; si la cosa ha reintegrar ha sufrido daños o menoscabos, la obligación será restitutoria de la cosa y se responderá de los daños que ésta haya sufrido; si la restauración no es posible, el deudor deberá pagar al acreedor por concepto de la reparación, el valor que tenga la cosa al tiempo en que debió efectuarse la entrega.

- Solicitar la indemnización compensatoria, la cual comprende el pago de los daños y perjuicios que resienta el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación, independientes de los menoscabos que haya sufrido la cosa.

- Solicitar la rescisión del contrato con pago de daños y perjuicios, opción que tiene lugar cuando el cumplimiento elegido inicialmente resulta imposible de efectuarse; los efectos de ésta son destruir el contrato privándolo de sus efectos, borrando en lo posible sus consecuencias.

Dentro de ésta figura encontramos a la responsabilidad civil contractual, en la que se tiene el deber jurídico de reparar el daño causado por el incumplimiento o el mal cumplimiento de la obligación, la cual es preexistente: nacida del contrato.

Para que la misma nazca se precisa de un daño o perjuicio causado al acreedor por la no ejecución de la obligación (incurrir en mora), la culpa imputable al deudor y la relación de causalidad entre el daño causado y la culpa del deudor.

- Solicitar la indemnización moratoria, esto es, el pago de los daños y perjuicios que se causen por el retardo en el cumplimiento de la obligación; caso en el que se requerirá que el deudor incurra en mora y que se causen daños y perjuicios.

2) Finalmente por cuanto hace al Derecho penal y por ser esta la materia que nos interesa la conducta del sujeto activo del ilícito conllevará la respectiva responsabilidad que respecto del delito ha de imputársele.

Responsabilidad es la obligación de reparar por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Evidentemente la responsabilidad consiste en asumir o soportar las consecuencias de la conducta propia efectuada por el activo del ilícito, misma que se traducirá en la correspondiente sanción que para el efecto establezca el tipo penal cuya creación se propone.

La responsabilidad entendida en su acepción de merecimiento, reacción o respuesta, es la que la dogmática jurídica recoge: "...un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado... de ahí que es responsable de un hecho ilícito (delito) aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho se imputan..."⁶⁶

En apego a estricto Derecho la responsabilidad penal nace exclusivamente para quien ha cometido el delito, entendiendo por tal a quien se ha ajustado en alguna de las descripciones típicas previstas por el Código Punitivo, como debe ser el tipo penal que se propone.

66.- TAMAYO Y SALMORAN, ROLANDO, "Responsabilidad", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Edición, México, Porrúa S.A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 2824-2825.

Por cuanto hace a la obligación impuesta al delincuente respecto a restablecer y resarcir los perjuicios derivados del delito, se deberá observar:

A) Que el lucro obtenido por el sujeto activo del ilícito no se puede equiparar en ocasiones al perjuicio económico sufrido por el pasivo del mismo, toda vez que en caso de los fraudes contractuales efectuados en contra de sociedades, se manejan conceptos adicionales al mencionado lucro, como son los intereses ordinarios y moratorios.

B) La reparación del daño que surja con motivo de la comisión del ilícito deberá avocarse únicamente a la cosa obtenida por el defraudador contractual con motivo de su conducta dolosa.

C) Es necesario verificar si dentro de la materia civil el contratante inocente o sujeto pasivo del delito ha conseguido la recuperación de la cosa que el sujeto activo del ilícito obtuvo de él con motivo de la celebración del contrato, en caso afirmativo dentro de la sentencia que pudiera dictar el Juez en su momento deberá decretarse que el daño ha sido reparado.

Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que si la elevación de la reparación del daño a pena pública es tendiente a asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima, al haber obtenido

ésta ya tal compensación resulta inoperante condenarlo a ello, puesto que la motivación que le da origen ya no existe.

D) Para la hipótesis de que no se haya obtenido tal recuperación entonces el Ministerio Público, con el quién podrán coadyuvar el ofendido por el delito, sus derechohabientes, solicitarán al Juez de la causa, mediante el respectivo ofrecimiento de pruebas tendientes a demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales de que se trate.

Recordemos que la reparación del daño comprenderá la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible, el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material y moral causado y el resarcimiento de los perjuicios causados.

JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA.

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

Amparo directo 4532/75. Salvador Hernández Bedoy. 29 de septiembre de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Fuente: Penal. Página: 26. Vol. Toino: 91-96. Epoca: 7ª.

ADEUDOS CIVILES, CUANDO NACE DE ELLOS LA ACCION PENAL.- Ante el Juez civil debe plantearse si el pago comprobado por el acusado, solventa el adeudo que pretende tenía a su favor el ofendido; y resulta atentatorio de las garantías constitucionales el que ésta pueda construir con pruebas elaboradas por sí mismo, en un proceso penal, por adeudos originariamente civiles; si dentro del juicio civil se llega a poner de manifiesto que el pago no fue hecho y aparece confirmada la existencia del dolo penal, llega al momento de dar vista al representante social para que ejercite la acción pública correspondiente, pues en otra forma, un gran número de adeudos civiles llegarían fácilmente a contar con la complicidad legal para obtener su pago, quizás el doble en ocasiones, mediante el amago de intentar procesos penales que atentan contra las garantías ciudadanas.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: CII. Pág.: 197.

PRECEDENTES: Villar Carrillo Fernando. Pág.: 197.
Tomo: CII. 7 de Octubre de 1949. 4 votos.

CONTRATOS, DELITOS NACIDOS EN LOS.- El incumplimiento de un contrato no excluye la concurrencia de un delito, ya que uno y otra pueden coexistir, como ocurre, por ejemplo, en el abuso de confianza.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: CII. Pág.: 1628.

PRECEDENTES: Zúñiga Martínez Francisca. Pág.: 1628.
Tomo: CII. 21 de Noviembre de 1949. 4 votos. Véase: 6ª Epoca. Volúmen: XVI. Pág. 11 2da. Parte. 5ª Epoca.
Tomo: XXXI. Pág.: 2361 2da. Parte.

CONTRATO, REQUISITOS PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO PUEDA DAR LUGAR AL DELITO DE FRAUDE.- En los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos, por lo que para considerar que una de las partes ha incurrido en una infracción penal, es preciso acreditar que no se ha cumplido con lo pactado y que la persona incumplida, así como quien con ella coadyuva desde que se celebró el contrato había decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada con el dolo penal de una de las partes, y la prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos de convicción que engendren en el juzgador la convicción de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir, para obtener el lucro premeditadamente concebido, por lo que si los elementos de prueba sometidos a consideración del juzgador no llevan implícitos un incumplimiento ni poseen la fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño ocurrido en el pasado, es decir, en la época de la celebración del contrato el juez no puede atribuir a la simple celebración del contrato y sus modalidades, o al incumplimiento, el carácter de penal; así ni el incumplimiento de un contrato ni mucho menos la sola celebración, necesariamente constituyen un conducta penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 261/93.-Rolando Estévez Ramírez.-9 de febrero de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Raúl Solís Solís.-Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

DELITOS. Para apreciar la diferencia que existe entre la lesión a un derecho meramente civil y la que constituye un delito, es necesario atenerse a la manera como se ha realizado el desconocimiento de ese derecho, si la lesión es indirecta, es decir, que supone una previa resolución de carácter civil, por que proviene de algún contrato, no puede estimarse delictuosa; pero cuando la lesión es directa, esto es, cuando infringe inmediatamente una Ley Penal, entonces es si tiene un carácter punible. La facultad para reclamar en la vía civil el cumplimiento de un contrato, no es la misma para denunciar la comisión de un delito.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: XXVI. Pág.: 694.

PRECEDENTES: Tomo XXVI, Agraz Villaseñor Félix. 694. Mayo 22 de 1929.

DOLO. El dolo penal está formado por el conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho, por la voluntad de consumir éste y por la de menoscabar el patrimonio; si el engaño o el error sólo persiguen el fin de inclinar la voluntad de una persona, induciéndola a celebrar un acto jurídico que de otro modo no concluiría, el dolo tendrá carácter civil, y, consecuentemente, no provocará persecución criminal, pues lo que la ley castiga es el atentado a la propiedad y no el contrato obtenido por empeño o por error, que, como vicio de consentimiento, se sancionan con nulidad, en su caso.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: XXVIII. Pág.: 137.

PRECEDENTES: Tomo XXVIII, Pág. 137. Ramos Pablo.- 1ª de enero de 1930.

DOLO CIVIL. Si el engaño y el error sólo persiguen el fin de inclinar la voluntad de una persona, induciéndola a celebrar un acto jurídico que de otro modo concluiría, el dolo tendría carácter civil, y consecuentemente, no provocará la persecución en lo criminal, pues lo que la ley castiga, es el atentado a la propiedad y no el contrato obtenido por engaño o por error, que como vicios de consentimiento se sancionan con la nulidad, en su caso.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LXXVI. Pág.: 5532.

PRECEDENTES: Tomo LXXVI, Pág.: 5532. Lamadriz y Crespo Francisco de.- 23 de junio de 1943. 4 votos.

DOLO PENAL Y DOLO CIVIL. SUS DIFERENCIAS. En cuanto al problema que plantea el quejoso en el sentido de que se trata en el caso de una cuestión civil derivada de incumplimiento de contratos, cabe considerar que en los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo, y una conducta con

naturaleza aparentemente civil puede tener, por el contrario, carácter penal. Para considerar que el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato había decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes. La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, en la época en que se celebró el contrato, el juez no puede atribuir al simple incumplimiento, carácter penal. Pero, si por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que el contratante, mediante el engaño o aprovechamiento del error produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal. En tales casos, el incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil. Adoptar criterio distinto conduciría a la consideración de que basta que dos personas celebren una operación regulada en principio por el Derecho Privado para que su conducta, no obstante la falacia y mala fe de que esté viciada, no puede ser regulada por el Derecho Penal. Dicha postura desvirtuaría el Derecho Civil convirtiéndolo aberrantemente en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios civiles tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido, y que al amparo del Derecho privado escaparían, con el consecuente perjuicio para la sociedad, a la represión del derecho Penal, encargado de defenderla.

Amparo directo 6288/84. José Isidro Montes Mendoza. 14 de noviembre de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Víctor Manuel Franco Pérez. Secretario: José Benito Banda Martínez.

Informe 1985, Segunda Parte, Sala Auxiliar, Págs. 6 y 7.
Fuente: Colegiados. Sección: Informe 1986. PE. Página 514.

ESTAFA, DELITO DE. Si una persona da en venta a otra un bien mueble, en abonos, y con posterioridad ambas partes convienen en dar por rescindido el contrato y en que el vendedor devolverá al comprador la parte del precio que había recibido, cuando venda dicho objeto, no existe el delito de estafa, puesto que las obligaciones nacidas del segundo convenio, son de carácter meramente civil y la responsabilidad del comprador no puede reputarse como delictiva. Es, pues, violatoria de garantías, la orden de aprehensión que se dicta en tales condiciones dichas.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 5ª. Tomo: XXXIX. Pág.: 2801.

PRECEDENTES: Tomo XXXIX, Pág.: 2801. Martínez León Baraquiel.- 8 de Diciembre de 1933.

FRAUDE.- Aún cuando en situaciones normales los convenios que tuvo el reo con los ofendidos pudieran revestir el carácter de contratos de prestación de servicios, si la falta de cumplimiento y la falta de comprobación de gestión alguna demuestra la intención dolosa de obtener dinero, valiéndose de engaños que hicieron creer a los ofendidos que entregarían las

cantidades que le dieron, como compensación u honorarios de servicios que no iban a realizarse, la sentencia reclamada que lo condenó por fraude, no es violatoria de garantías.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 6ª. Tomo: XVII. Pág.: 186.

PRECEDENTES: Amparo directo 2498/58. Ricardo Rosas Gutiérrez, 27 de noviembre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

FRAUDE. Las formalidades exigidas por el derecho civil, para que un contrato tenga o deje de tener validez, y de cuyas solemnidades depende que tenga, o no, fuerza necesaria, para fundar la acción en el juicio civil correspondiente, tienen muy secundaria importancia, tratándose del procedimiento criminal, en las causas por fraude, estafa o abuso de confianza, porque independientemente de la validez de los contratos, debe atenderse a si existe lesión en el patrimonio de la víctima del delito, y a los manejos fraudulentos del agente, por la circunstancia de que en muchos casos, la expedición de documentos inválidos, a sabiendas de su invalidez, puede ser uno de tantos artificios de que se vale el delincuente, para la comisión de los referidos delitos contra la propiedad.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: XXXIII. Pág.: 2143.

PRECEDENTES: Tomo XXXIII, Pág.: 2143. Orozco Arturo.- 11 de Noviembre de 1931.

FRAUDE.- Si los elementos de prueba conducen a establecer que el quejoso engañó a su víctima con la promesa de conseguirle un objeto que ésta necesitaba en un plazo determinado, y que aprovechándose de su error, se hizo ilícitamente de una cantidad de dinero, obteniendo con ello un lucro indebido, comprobándose así mismo, que el acusado no hizo gestión alguna encaminada a obtener dicho objeto, es indudable que éste incurrió en el delito previsto y sancionado por la fracción I del artículo 386 del Código Penal; sin que valga alegar en contrario, que entre el quejoso y la víctima hubiere existido un contrato de índole civil, si hay la circunstancia de que en el recibo expedido por el acusado, éste se comprometió expresamente a entregar el objeto o hacer la devolución del dinero, y en ausencia de una u otra cosa, se configura la infracción penal de que se trata.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LXXX. Pág.: 1362.

PRECEDENTES: Tomo LXXX, Pág.: 1362. Cortes Catellanos Rafael.- 25 de abril de 1944. 5 votos.

FRAUDE. Si el fraude se hace consistir en que un individuo se comprometió mediante determinada suma, a construir completamente una cosa, y cuatro días antes de vencerse el término fijado, se presenta en su contra la querrela por fraude, basándose en que sólo están hechos los cimientos, es ilógico pretender que no existe fundamento para la querrela, porque el delito de fraude no puede estimarse cometido por no haber expirado el plazo concertado para la construcción de la finca, pues es inconcuso que si solo se han hecho los cimientos de la misma, en el plazo de cuatro días, el acusado no estaba en aptitud de construir la casa, de la cual sólo existían los cimientos que, por otra parte estaban en estado de ruina, tampoco es

obstáculo para que la querrela prospere, que en el contrato se haya fijado una cláusula penal para el caso de incumplimiento por falta del contratista, pues esto no excluye la posibilidad de que el fraude se haya podido cometer. Así mismo, es ineficaz la alegación de que la obra no se pudo terminar por conflictos de trabajo que el acusado tuvo con sus obreros, si la autoridad ha puesto en claro que estos conflictos, unos, son posteriores a la fecha fijada para la terminación de la obra y otros se refieren a obras distintas de la concertada con el querellante. Además, tratándose del delito de fraude, el juzgador está en su perfecto derecho al hacer apreciaciones subjetivas sobre las distintas circunstancias que concurren para poder determinar si, en efecto, hubo intención por parte del acusado de cometer el delito que se le imputa, si el acusado, concertó la construcción total en tres mil y tantos pesos y las sumas obtenidas del propietario llegaron a más de dos mil, en tanto que el precio de lo invertido escasamente llega a doscientos treinta y cinco, inversiones que por su pequeñez con toda justicia se estiman como un simple medio para obtener del propietario cantidades mayores, está comprobado el delito de fraude.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LXXIX. Pág.: 5163.

PRECEDENTES: Tomo LXXIX, Pág.: 5163. Aldana Araujo Roberto C.- 10 de Marzo de 1944. 4 votos.

FRAUDE. Todos los tratadistas están acordes en que el antiguo delito de estafa, con sus clásicas maquinaciones o artificios, escroquería, en el Código Penal francés, que hemos subsumido en el fraude según los códigos vigentes, está precisamente en la frontera de las ramas del Derecho Civil y del Derecho Penal, como lo demuestra el hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de dolo civil y dolo penal, de cláusula penal en los contratos civiles y hay sanciones civiles ligadas a procesos. Deslindar tales fronteras y establecer donde termina la habilidad del negociante y empieza el terreno delictuoso, no es cosa sencilla y requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etc., de otro modo no habría relación jurídica que no se pudiera convertir a la postre en un asunto penal.

Amparo directo 6158/55. Alonso Sánchez Vitorin. 31 de julio de 1957. 5 votos. Ponente: Genaro Rufz de Chávez.

Fuente: Penal. Pág. 70. Vol. Tomo; 105. Epoca 6a.

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

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 6ª. Tomo: XXIII. Pág.: 24.

PRECEDENTES: Amparo directo 113/58. J. Inés Loera Soria. 7 de mayo de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi.

FRAUDE, CONFIGURACION DEL DELITO DE. LOS CONTRATOS SIMULADOS CONSIDERADOS FORMALMENTE VALIDOS NO SON OBSTACULO PARA ELLO.

Los contratos carentes de realidad material, sean o no formalmente válidos, en materia penal no pueden revestirse de legalidad con efectos igualmente legales, puesto que la voluntad que les ha dado origen no conforma una realidad concreta cuando es un medio engañoso para la obtención de un específico lucro. Por lo anterior, se tipifica el delito de fraude genérico, cuando para obtener un lucro indebido se simula un matrimonio y se obtiene el acta respectiva, la cual puede ser formalmente considerada válida, si las finalidades de ese acto son diversas a las propias de esa institución.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito 8TC 012084 Pen.

Amparo en revisión 162/88. Yolanda Ivonne Cobo Aceves. 29 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo en revisión 222/88. Leticia Aragón Cárdenas y otros, 29 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

FRAUDE, CONTRATO CUYO INCUMPLIMIENTO PUEDE DAR LUGAR AL DELITO DE.

En los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo, y una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener, por el contrario, carácter penal. Para considerar que el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, "desde que celebró el contrato, había decidido dolosamente no cumplirlo", tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes. La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, que en la época en que se celebró el contrato, el juez no puede atribuir al simple incumplimiento, carácter penal. Pero, si por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que el contratante mediante el engaño o aprovechamiento del error produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal. En tales casos, el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva. Así pues, no todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil. Adoptar criterio distinto conduciría a la consideración de que basta de que dos personas celebren una operación regulada en principio por el derecho privado para que su conducta no obstante la falacia y mala fe de que éste viciada, no puede ser regulada por el derecho penal. Dicha postura desvirtuaría el derecho civil convirtiéndolo aberrantemente en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios civiles tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido, y que al amparo del derecho privado escaparían, con el consecuente perjuicio para la sociedad, a la represión del derecho penal, encargado de defenderla.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 82/71. Oscar Casillas Hernández. 29 de octubre de 1971. Ponente: Víctor Manuel Franco.

Fuente: Colegiados. Página: 31. Vol. Tomo: 54. Epoca 7a.

FRAUDE, DELITO DE. La existencia o validez del contrato de compraventa que el acusado celebra respecto de una cosa que no le pertenecía, puede ser objetable a través de la Legislación Civil, en el terreno del Derecho Penal, esencialmente realista, siendo bastante para el acuerdo mutuo y la entrega del precio, independientemente de cualquiera otra consideración referente a la invalidez civil del contrato citado.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LIV. Pág.: 1988.

PRECEDENTES: Tomo LIV, Pág.: 1988. Amparo directo 5679/37.- Sec. 1ª.- Pacheco Domínguez Avelino.- 18 de noviembre de 1937.- Unanimidad de 4 votos.

FRAUDE, DELITO DE. Para que en un contrato se pueda cometer el delito de fraude, configurado en la fracción I del artículo 386 del Código Penal del Distrito, se requieren dos elementos indispensables: a) que el ofendido, al celebrar el contrato, haya obrado bajo la influencia de un error del que se aprovecha su contraparte, o que éste le haya provocado ese error, para determinarlo al contrato, y b) que a consecuencia del error provocado o aprovechado por el agente activo del delito, se haga este ilícitamente de una cosa, o alcance un lucro, y ambos elementos deben estar unidos por una liga de causalidad, siendo inconcuso que deben recurrir ambos elementos en la producción del hecho delictivos, pues si faltare alguno, la infracción del artículo 386, fracción I, del Código Penal, no se habría cometido, pues entonces sólo quedarán vivas las acciones civiles para nulificar el contrato, por enriquecimiento indebido.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LXXXIII. Pág.: 3927.

PRECEDENTES: Tomo LXXXIII, Pág.: 3927. Fisher Martín y coags.- 13 de marzo de 1945.- 3 votos.

FRAUDE, DELITO DE. Para que exista el delito de fraude, es necesario que el inculpado ejecute actos directos sobre la víctima para ofuscarla y hacerla caer en error, más no basta la simple imprudencia del denunciante al no tomar las precauciones necesarias para realizar la operación de que se trata, de allí que si resulta una manifiesta imprudencia de parte del denunciante, podrá haber el incumplimiento de un contrato, más no la comisión de un fraude imputable al inculpado.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: CIV. Pág.: 1434.

PRECEDENTES: García Travesi, Rafael, Pág.: 1434. Tomo CIV. 10 de mayo de 1950. 4 votos.

FRAUDE, DELITO DE. Para tener como comprobado este delito en las operaciones de compraventa, se requiere que el vendedor engañe al comprador sobre el verdadero origen.

naturales, especie o dimensiones de la cosa; en esta virtud, la sentencia condenatoria que se dicte contra un individuo a quien se acusa de fraude cometido en la venta de un aparato de radio, que no funciona con perfección, es violatorio de garantías, pues ese mal funcionamiento no implica un engaño sobre la naturaleza del radio, sino una circunstancia e orden estimativo, susceptible de apreciarse en distinta forma, por cada persona.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: LXVIII. Pág.: 1772.

PRECEDENTES: Tomo LXVIII, Pág.: 1772. Guerrero Vargas Pedro.- 9 de mayo de 1941. 5 votos.

FRAUDE, DELITO DE.- Si se demuestra que una persona ha contraído determinadas obligaciones contractuales, impulsada por un engaño integrante de un fraude, para proceder penalmente contra el autor de ese engaño, es innecesario esperar a que puedan llegar a cumplirse tales obligaciones, contraídas a consecuencia de un delito.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: CVI. Pág.: 2326.

PRECEDENTES: Molina Dasi Enrique. Pág. 2326. Tomo CVI. 9 de Diciembre de 1950. 4 votos.

FRAUDE, DELITO DE.- Uno de los elementos fundamentales del cuerpo del delito de fraude, es el engaño o actividad mentirosa desarrollada por el sujeto activo del delito, es decir, la dañada intención que tiende a inducir a otro a celebrar un contrato y la obtención ilícita de un lucro por parte del primero.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo: CXXI. Pág.: 2416.

PRECEDENTES: Tomo CXXI, Pág.: 2416. Amparo penal Directo número 1953, Sec. 1ª.- 25 de septiembre de 1954.- 5 votos.

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

Amparo directo 65/63. José Francisco Calderón García, 26 de marzo de 1965. 5 votos. Ponente: Angel González de la Vega.

Fuente: Auxiliar. Página: 15. Vol. Tomo: 20. Epoca 7a.

FRAUDE, DOBLE VENTA QUE CONFIGURA EL DELITO DE. En el caso de doble venta no obstante que los hechos generan derechos de carácter civil, que puede ejercitar la interesada para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas o el pago de daños y perjuicios, o el ejercicio de otros derechos, ello no quita a tales hechos su carácter delictuoso, en virtud de que, independientemente de cualquiera otra circunstancia, se reúnen los elementos materiales que integran un delito previsto y sancionado por el Código Penal, ordenamiento de orden público y de aplicación obligatoria.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 6ª. Tomo: CXVI. Pág.: 28.

PRECEDENTES: Amparo directo 8194/63. María Guadalupe Cázares Martínez. 15 de febrero de 1967. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

FRAUDE. EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES MERCANTILES Y PENALES NO SE EXCLUYEN. Es inexacto que el ejercicio de la acción mercantil impide que se ejercite independientemente de la penal, pues la mercantil es una acción de índole privada cuya finalidad es resarcir al pasivo de la relación, el menoscabo patrimonial; en tanto que la penal es una acción de carácter público, cuya finalidad es la de reprimir la conducta delictuosa; lo anterior con independencia de que la primera excluye respecto de la segunda, la condena al pago de la reparación del daño.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito..

Amaro en revisión 182/90.-Francisco Munguía Enríquez.-23 de enero de 1991.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez: Juan José García Barrera.

FRAUDE. ENGAÑO DE NATURALEZA PENAL Y NO CIVIL. *Aun cuando de autos aparezca que las diversas sumas de dinero que los ofendidos entregados al inculpado, fueron en concepto de anticipos para la construcción o remodelación de sus casas, con base en los contratos celebrados para ese efecto, no puede sostenerse válidamente que el incumplimiento por parte del inculpado de la obligación contraída, sea de naturaleza civil y no penal, porque desde un principio aquél asumió una conducta engañosa al celebrar los convenios, pues por una parte carecía de facultades para llevar a cabo esas operaciones y, por otra, una vez que recibía los anticipos los gastaba en su provecho personal, sin realizar ninguna construcción o remodelación, obteniendo un lucro indebido, máxime que según se desprende de su confesión no tenía intención de cumplir su ofrecimiento, el cual solo utilizaba como señuelo para atraer incautos.

Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.

Amparo en revisión 77/93. Ricardo Vargas Araujo. 14 de junio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Zárate Sánchez.

Fuente: Colegiados. Página: 233. Vol. Tomo: 169-174. Epoca: 7ª.

FRAUDE, ENGAÑO O ERROR COMO ELEMENTOS DEL DELITO DE. Los elementos del fraude, según el artículo 386 del Código Penal, son los siguientes: a). Que se engañe a uno o se haga aprovechamiento del error en que éste se halle, y b). Que por ese medio se

obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido. Es indudable que al referirse la Ley Penal al elemento engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error, de índole civil, que no da lugar al ejercicio de la acción penal, sino solamente a la rescisión del contrato, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Atento lo anterior, debe decirse que para que haya engaño o error de naturaleza penal, es necesario que exista en la mente del autor de aquél, una dañada intención que tienda a la obtención ilícita de una cosa o al alcance de un lucro indebido.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca: 6ª. Tomo: CXVIII. Pág.: 25.

PRECEDENTES: Amparo directo 4675/62. Ricardo Romero Cuéllar. 5 de abril de 1967. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

FRAUDE, EXISTENCIA DEL DELITO DE. No tiene importancia, para desvirtuar el hecho delictuoso, la forma externa del convenio celebrado, pues como existió el engaño, se alcanzó un lucro indebido y la materialidad del fraude no está sujeta a la forma que se le haya dado al acto, sino a la actuación dolosa realizada, es claro que en el caso se acreditó la existencia del injusto previsto por el artículo 363, fracción VI, del Código Penal del Estado de Tabasco.

Tribunal Colegiado del Décimo Circuito.

Amparo en revisión 109/986. Manuel Amaro Pavón. 19 de septiembre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Moisés Duarte Arguñiga. Secretario: Ernesto Ruz Pérez.

FRAUDE, EXISTENCIA DEL DELITO DE, DERIVADO DE CONTRATOS CIVILES. Resulta inadmisibles que la falta de cumplimiento de un contrato civil en las condiciones pactadas, pueda traer como consecuencia únicamente la rescisión o la exigencia del cumplimiento del contrato con el resarcimiento de los daños y perjuicios, pues aunque es cierto que según doctrina unánime, tratándose de relaciones originadas por un contrato privado no puede atribuirse al incumplimiento carácter penal, ello sólo ocurre cuando de los elementos probatorios no puede establecerse la existencia de un engaño o de un error en la contratación, pues si existe la imposibilidad para cumplir con lo pactado en tales contratos, es precisamente esa actitud engañosa la que motivo a que los ofendidos entregaran diversas cantidades de dinero al acusado, quien por tal razón, obtuvo de aquellos un lucro indebido.

Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.

Amparo en revisión 416/82. Luis Meixueiro Hernández. 26 de noviembre de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.

Fuente: Colegiados. Pág: 86, Vol. Tomo: 181-186. Epoca 7a.

FRAUDE, EXISTENCIA DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS. No es admisible que la falta de cumplimiento del contrato de construcción y utilidades en las condiciones pactadas traiga como consecuencia únicamente la rescisión o la exigencia de cumplimiento del contrato, con el resarcimiento de los daños y perjuicios, pues si bien es cierto que tratándose de relaciones originadas por un contrato privado, el sentenciador no puede atribuir al incumplimiento carácter penal, si mediante los elementos probatorios no

puede establecerse la existencia de un engaño en la época en que se celebró el contrato, en el caso particular, la falta de prueba de que el acusado hubiera hecho las gestiones conducentes a obtener el financiamiento de la obra, según lo convenido, la cual inició, no obstante, con un crédito puente que logró la ofendida y sin contar con la licencia y planos oficiales, demuestra que desde aquella época no tenía el propósito de cumplir lo convenido, constituyendo la concertación del contrato e iniciación de la construcción, maniobras para robustecer el engaño y lograr la entrega de las cantidades de dinero, constitutivas de aquel crédito, por lo que se encuentra acreditada la necesaria relación de causalidad entre la obtención de una cosa indebida y el engaño, como elemento esencial para la integración del delito de fraude, siendo el incumplimiento del contrato de consumación de la conducta delictiva.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo directo 292/76. Joaquín Firlong Lozano. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Franco.

Fuente: Colegiados. Página: 898. Vol. Tomo: 169-174. Época: 7a.

FRAUDE, INEXISTENCIA DEL, EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. No puede tenerse como existente el delito de fraude por el hecho de que el vendedor no hubiera cumplido con la obligación conraída, pues no puede admitirse que hubiere engañado al comprador existiendo en favor de este la acción relativa para exigirle la devolución de la suma de dinero que le hubiere entregado, ya que de otro modo, se desvirtuaría el contrato de compraventa mercantil propalado entre ambos, dándole aspecto penal a la falta de cumplimiento del mismo, por uno de los c contratante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 5ª. Tomo: C. Pág.: 1453.

PRECEDENTES: Gutiérrez Marie Carlos. Pág.: 1453. Tomo C. 20 de Junio de 1949. 4 votos.

FRAUDE, INTEGRACION DEL, NO OBSTANTE LA CELEBRACION E INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE CARACTER CIVIL. Aun cuando se haya celebrado un contrato de carácter civil y se haya constituido una garantía prendaria para garantizar el cumplimiento del mismo, quedo probado el cuerpo del delito de fraude si el engaño nació desde el momento en que el inculpado celebró la operación de cesión no obstante la imposibilidad que tenía de entregar el juego de placas a que se había comprometido, pues a penas estaba haciendo las gestiones para que se las otorgaran y no como se acento en el contrato, que era copropietario de los derechos derivados de una placa para taxi de alquiler, si esa fue precisamente la causa por la cual el ofendido acepto los términos del contrato de cesión de derechos. Lo anterior determina que no por el hecho de que exista un convenio o contrato civil no cumplido, debe considerarse el asunto como de carácter estrictamente civil, si, como es el caso, ese contrato sólo constituyo la fase formal que amparaba una actitud engañosa, que es precisamente lo que constituye el delito de fraude, en el que todos los artificios maniobras y procedimientos, de cualquier naturaleza, que sean propios para hacer caer en error al pasivo, son constitutivos de engaño, pues la ley penal lo que sanciona no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad de su ejecución, si no la apropiación o el beneficio indebido cometido por ese medio.

Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito.

Amparo en revisión 280/77. Alfonso Romero Rico. 16 de marzo de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Maldonado Cisneros.

Fuente: Colegiados. Página: 265. Vol. Tomo: 103-108. Epoca 7a.

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL, DISTINCION ENTRE. Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio, del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además al que emplea, una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones, cabe observar que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delitos que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido. Por ello, se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Así, cabe distinguir: la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

Amparo directo 1768/64. Alejandro López Gallegos. 3 de marzo de 1966. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Fuente: Penal. Página: 35. Vol. Tomo: CXXVI. Epoca: 6a.

FRAUDE RECURRIENDO A UNA CONDUCTA QUE FORMALMENTE PUEDE SER CONSIDERADA COMO CONTRATO.- No por el hecho de que alguien recurra al formalismo de un contrato para hacerse de algo, deja de existir la comisión delictiva. La diferencia entre una situación "puramente civil" y aquella que integra un delito, la da el tipo. Puede "celebrarse un contrato" de permuta que tenga un contenido claramente fraudulento; pero el hecho de que exista la forma contractual no impide que la persona defraudada se considere como pasivo del delito y que pueda únicamente pedir la rescisión del contrato por lesión, podrá pedir la rescisión por esa y por otras razones, pero ello no significaría que se trata de "un asunto puramente civil", ya que el contrato de permuta debe ser calificado como la fase formal de una actitud engañosa.

D. 3171/67/1. Armando Saldaña Anaya. 26 de agosto de 1970. Unanimidad de 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios.

Fuente: Colegiados. Página: 31. Vol. Tomo: 32. Epoca: 7ª.

CONCLUSIONES

1) Por la ley de evolución criminal planteada por Alfredo Nicéforo, aceptamos que el crimen no desaparece, sino se transforma, adquiriendo nuevas expresiones que no afectan su esencia, ni los fines queridos por el delincuente, sino los medios o instrumentos de que comunmente se vale, dando cabida por esto al delito de fraude contractual.

2) En ninguna de las diferentes épocas históricas, ni en los sistemas implantados para conceptuarlo, se ha establecido en forma precisa la definición de fraude contractual. Señala la doctrina que se le concibe dentro de la descripción genérica del fraude y la única citación que de la figura en comento se ha realizado es la efectuada al través del contrato de compraventa en diversos códigos punitivos de la República Mexicana, como lo es el artículo 387, fracciones V, VI y VII del actual Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República Mexicana en materia federal.

3) El acto de disposición en el fraude permite individualizarlo respecto del los otros delitos contra la propiedad, puesto que en este tipo penal el sujeto pasivo de la conducta, hace voluntaria entrega al defraudador de la cosa objeto del delito; entendiéndose pues que se trata de una resolución de la voluntad que lo determina a hacer o no hacer

algo (puesto que el fraude también puede revestir carácter omisivo como permisividad o tolerancia) y que recaerá sobre un elemento del patrimonio.

Por el carácter multiforme de la forma criminosa, el acto de disposición rebasa los estrechos límites del Derecho Civil y no precisa satisfacer las exigencias formalistas de ese ámbito del Derecho. En la figura propuesta, el contrato será el medio por el cual se efectúa el acto de disposición por parte del sujeto pasivo de la conducta y se traduce a su vez en el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto.

4) Aún cuando parezca imposible que el contrato, como acto jurídico por el cual se manifiesta exteriormente la voluntad, sirva como medio para realizar un fraude, no debemos caer en la errónea creencia de que por ser un acto nacido en el ámbito civil del Derecho, sólo dentro él producirá consecuencias, puesto que es bien sabido que la conducta humana puede estar regulada en forma indistinta, por diversas ramas del ordenamiento jurídico.

La esencia del fraude contractual es la perspectiva del sujeto activo de viciar la voluntad de la contraparte, emitiendo una declaración negocial que evidencia la intención de obligarse en determinadas condiciones, sabiendo él que dicha

declaración no corresponde a la realidad, pues representa una situación de la cual se conoce su inexistencia.

5) La propuesta que se efectúa es la creación del tipo penal de fraude contractual, la cual se precisa así: **"Existe fraude contractual cuando en la celebración de un contrato alguna de las partes que concurren al mismo, engaña a él o los otros contratantes o se aprovecha del error en que este se encuentra, derivando de ello un perjuicio patrimonial a éste o a un tercero, con el correspondiente lucro para el sujeto activo del ilícito.**

Si el engaño o aprovechamiento del error sufrido por el sujeto pasivo no es la causa determinante del perjuicio logrado, por ser éste derivado de motivos surgidos en forma anterior o posterior a la celebración contractual, el asunto queda desplazado de la esfera penal y es la jurisdicción civil la llamada a conocer del incumplimiento de las obligaciones pactadas".

6) La creación del tipo penal mencionado en líneas precedentes se justifica en base a diferentes criterios:

A) Dentro de la escala general de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal encontramos al patrimonio, al que se le brinda protección en situaciones carentes de resguardo en la rama civil del Derecho; ya que este ámbito del

Derecho puede no ser suficiente para su protección y requiere la tutela penal para cuidar ciertas formas en que puede afectársele; así es como llegamos al tipo penal de fraude, el que contempla una variedad de formas en su ejecución.

B) Por el término civil que contempla la figura del fraude contractual, es necesario establecer las limitantes para su existencia, poniendo énfasis en el concepto de dolo, el cual consideramos un concepto unitario, siendo imposible separarlo, aún cuando por razones de especialización se le ha dividido en civil y penal; así el dolo que en materia civil se conoce con el nombre de malo intencional o coetáneo es el que penalmente toma relevancia para la configuración del fraude contractual.

Si en la celebración de un contrato se ha inducido a otra persona a error por medio de actos cuya finalidad es obtener por sorpresa su consentimiento respecto de una obligación, o se han aprovechado de aquél en el que ya se encontraba impidiendo que su voluntad, elemento esencial del acto jurídico, se forme de manera plenamente consciente de la realidad, es evidente que de no haberse empleado tales engaños o artificios no se hubiera obtenido el consentimiento, ya que el contratante que funge como sujeto activo del ilícito pudo conocer lo no permitido de la conducta y buscar desde el inicio causar un daño, por tanto actúa con dolo.

La única diferencia entre ambos conceptos son las consecuencias que producen en cada una de las ramas del Derecho encargadas de regularlas; así el incumplimiento del contrato derivado del propio actuar ilícito, permite solicitar su cumplimiento, una indemnización, el pago de daños y perjuicios, la anulación del contrato, o incluso una indemnización moratoria.

Dentro del ámbito penal la consecuencia será el sancionar la conducta por el ilícito cometido, debiendo soportar el agente del delito, las consecuencias de la conducta efectuada, esto es, la correspondiente sanción.

C) El Estado debe hacer uso de penas cuando la conservación del orden jurídico no se pueda obtener con otros medios de reacción, como pueden ser los propios del Derecho Civil, es necesario tipificar al fraude contractual para evitar un mal mayor a la sociedad por su no contemplación.

Es necesario recordar que la prisión por deudas es sólo una garantía para los gobernados que permite asegurar que ninguna persona será sancionada penalmente por deudas que tengan características de meros incumplimientos obligacionales civiles, esto es, que no se ajusten a las descripciones que los diferentes tipos penales dan, al no contener los elementos integrantes de ellos, como serán los propios del fraude contractual, entonces será preciso que al momento de comprobar

el delito propuesto se este a lo preceptuado por los artículos que establecen las reglas para esta comprobación en los diferentes Códigos de Procedimientos Penales.

D) Razón fundamental del presente trabajo la constituyeron las experiencias que en la práctica se han encontrado, al tener ante mí Ministerios Públicos que no aceptan la realización del fraude por medio de un contrato y que en cuanto leen dentro de la denuncia de hechos la mención del acuerdo de voluntades, proceden a declarar el no ejercicio de la acción penal sin analizar detalladamente las circunstancias que rodean a los hechos denunciados.

Es por ello y por su falta de capacidad que me atrevo a aseverar su pensamiento en el sentido de que mientras no exista una definición legal del fraude contractual, no realizarán consignaciones ante hechos de ese tipo, así pues propongo el nuevo tipo penal para evitar que los defraudadores contractuales sigan escapando de la sanción penal que les corresponde, y poder decir a estos funcionarios: "Tiene una descripción típica, entonces puede haber delito, investiguelo y deme así acceso a la impartición de justicia".

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA CIVIL

AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO, Contratos Civiles, Doctrina General del Contrato, Primera Parte; México, Hagram, 1964, 307 p.p.

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL, Obligaciones Civiles, 3ª Ed., México, Harla, 1984, 621 p.p.

BORJA SORTIANO, MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, 12ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1991, 732 p.p.

CORNEJO CERTUCHA, FRANCISCO M., "Contrato", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 691-693.

CRUZ PONCE, LISANDRO, "Consentimiento", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 648-651.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO, "Dolo Civil", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 1204-1206.

_____, "Vicios del Consentimiento", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 3233 a 3236.

GAUDEMET, EUGENE, Teoría General de las Obligaciones, Trad. Pablo Macedo, México, Porrúa, S.A., 1974, 534 p.p.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, 7ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1990, 1083 p.p.

LOPEZ MONROY, JOSE DE JESUS, "Error Civil", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 1297.

_____, y ALICIA PEREZ DUARTE y N., "Obligación", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 2246 y 2247.

MARTINEZ ALFARO, JOAQUIN, Teoría de las Obligaciones, México, Porrúa, 1989, 382 p.p.

MUÑOZ, LUIS, Teoría General del Contrato, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1973, 369 p.p.

PENICHE LOPEZ, EDGARDO, Introducción al Estudio del Derecho y Lecciones de Derecho Civil, 18ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1984, 322 p.p.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, 5ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1985, T. V Obligaciones, Vol. I, 613 p.p.

_____, Derecho Civil Mexicano, 5ª Ed, México, Porrúa, S.A., 1985, T. V Obligaciones, Vol. II (Segunda Parte), 763 p.p.

_____, Teoría General de las Obligaciones, 11ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1982, 531 p.p.

SANCHEZ MEDAL, RAMON, De los Contratos Civiles (Teoría General del Contrato), 13ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1994, 617 p.p.

SOTO ALVAREZ, CLEMENTE, Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, 2ª Ed., México, Limusa, 1979, 390 p.p.

T. AZUA, SERGIO, GALINDO GARFIAS, IGNACIO, ET AL, Código Civil Comentado, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1987, T. IV (De las Obligaciones), 286 p.p.

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL, Contratos Civiles, México, Porrúa S.A., 1981, 329 p.p.

BIBLIOGRAFIA PENAL.

ACEVEDO BLANCO, RAMON, Manual de Derecho Penal, Bogotá, Colombia, Temis, 1983, 450 p.p.

ANTON ONECA, JOSE, "Estafa", Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, España, Fco. Seix, S.A., 1985, T. IX, pág. 57 a 90.

BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO, Delitos contra el Patrimonio, Colombia, Temis, 1963, 348 p.p.

BRAMONT ARIAS, LUIS A., "Fraude Civil y Fraude Penal", Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill S.A., 1987, pág. 691-697.

BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, El enjuiciamiento Penal Mexicano, 2ª Ed. México, Trillas, 1985, 993 p.p.

BUNSTER, ALVARO, "Dolo", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 1203-1204.

_____, "Error", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 1295-1296.

_____, "Responsabilidad Penal", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 2842.

CABANELLAS, GUILLERMO, Diccionario de Derecho Usual, 4ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Heliasta S. de R.L., 1962, T. II, pág. 222 y 223.

CARRANCA Y RIVAS, RAUL, Código Penal Comentado, 17ª Ed., México, Porrúa, 1993, 1029 p.p.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1980, Vol. IV, 457 p.p.

DICCIONARIO JURIDICO PENAL, Gil Miller (Editor), Bogotá Colombia, Ed. Librería del Profesional, 1981, 381 p.p.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1975.

ESCRICH, JOAQUIN (Compilador), Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Bogotá, Colombia, Temis, 1960, T. II, 878 p.p.

ETCHEVERRY, ALFREDO, En Derecho Penal en la Jurisprudencia, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1968, T. III, 472 p.p.

FLORES GOMEZ, FERNANDO, "La reforma penal en torno a las consecuencias jurídicas del delito", Revista Mexicana de Justicia, Vol. VII, Julio-Septiembre 1989, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-P.G.R.-P.G.J.D.F., 1989, pág. 59 a 64.

FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 11ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Aboledo Perrot, 1987, T. VI, 525 p.p.

GILES F.T., El Derecho Penal Inglés y su regulación (The Criminal Law), Trad. Enrique Jordi, Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, 1957, 287 p.p.

GONGORA PIMENTEL, GENARO, "Lucro", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 2059 a 2062.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, El Código Penal Comentado, 7ª Ed., México, Porrúa S.A., 1985, 527 p.p.

HENDLER, EDMUNDO S., El Derecho Penal en los Estados Unidos de América, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, 155 p.p.

JENKS, EDWAR, El Derecho Inglés, 3ª Ed., Trad. de Paniagua Porras, Madrid, España, Ed. Reus, 1930, 494 p.p., (Colec. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros).

JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, 5ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1987, 443 p.p.

LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO y LUIS O. PORTE PETTIT MORENO, El Delito de Fraude (Reflexiones), México, Porrúa, S.A., 1994, 138 p.p.

MAGGIORE, GUISEPPE, Delitos en Particular (Parte Especial), 4ª Ed., Trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Colombia, Temis, 1989, Vol. V, 535 p.p.

MANZINI, VICENZO, Tratado de Derecho Penal, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Torian, 1953, T. IX, 425 p.p.

MARTIN LOPEZ, ANTONIO JOSE, Estatutos Penales Colombianos, Parte Especial, Bogotá, Colombia, Librería del Profesionista, 1986, T. II, 824 p.p.

PAULINO NAVARRETE, MIGUEL, Derecho Penal (Parte General), 12ª Ed., Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1990, T. I, 579 p.p.

PALLARES, EDUARDO, Prontuario de Procedimientos Penales, 9ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1984, 337 p.p.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Comentarios de Derecho Penal (Robo, Abuso de Confianza y Fraude), 6ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1989, 287 p.p.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones Sobre el Patrimonio, Daños y Leyes Especiales, 2ª Ed., Madrid, España, Ed. Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, T. II, 1079 p.p., (Serie C: Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público).

Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones sobre el patrimonio, daños y leyes especiales, 2ª Ed., Madrid, España, Ed. Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, T. III, 1021 p.p., (Serie C: Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público).

RANIERI, SILVIO, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, de los Delitos en Particular, 2ª Ed., Trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Colombia, Temis, 1975, T. VI, 502 p.p.

RODRIGUEZ DEVESEA, JOSE MARIA, "Fraude", Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, España, Ed. Fco. Seix, 1985, T. X, pág. 141 a 148.

SOLER, SEBASTIAN, Derecho Penal, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1945, T. IV, 666 pág.

TAMAYO Y SALMORAN, ROLANDO, "Responsabilidad", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 2824 a 2825.

VALLE MUÑIZ, JOSE, El Delito de Estafa. Delimitaciones Jurídico Penales con el Fraude Civil, Barcelona España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1987, 303 p.p.

VIDAL RIVEROL, CARLOS, "Fraude", Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª Ed., México, Porrúa, S.A.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pág. 1469-1471.

ZAFARONI EUGENE, RAUL, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, 857 p.p.

ZAMORA PIERCE, JESUS, El Fraude, 3ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1993, 383 p.p.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL, Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las Teorías de la Pena y la Ley Penal (Introducción Teórico-Práctica a sus Problemas Básicos), 3ª Ed., Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 1993, 366 p.p.

BIBLIOGRAFIA DIVERSA

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales, 21ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1988, 772 p.p.

MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal (Estudio Constitución del proceso Penal), 5ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1993, Pág. 50-51.

RABASA O., EMILIO y GLORIA CABALLERO, Mexicano Esta Es Tu Constitución, México, Cámara de Diputados LI Legislatura, 1982, 287 p.p.

RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, JESUS, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 4ª Ed., México, 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Pág. 76-79, (Colec. Popular Ciudad de México, Serie A: Textos Jurídicos, Fuente: b) Textos y Estudios Legislativos, número 59).

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.
CODIGO DE DEFENSA SOCIAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA MEXICANA EN MATERIA FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COLIMA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE DURANGO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE ESTADO DE MEXICO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MICHOACAN.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE YUCATAN.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, México, 1993, Colec. Popular Ciudad de México, Serie: Textos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.-P.G.J.D.F., 4ª Ed., art. 17, comentario: Jesús Rodríguez y Rodríguez, Serie: A, Fuentes.- b) Textos y Estudios Legislativos, número 59, pág. 76-79.

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.
CODIGO DE DEFENSA SOCIAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA MEXICANA EN MATERIA FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COLIMA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE DURANGO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE ESTADO DE MEXICO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MICHOACAN.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE YUCATAN.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, México, 1993, Colec. Popular Ciudad de México, Serie: Textos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.-P.G.J.D.F., 4ª Ed., art. 17, comentario: Jesús Rodríguez y Rodríguez, Serie: A, Fuentes.- b) Textos y Estudios Legislativos, número 59, pág. 76-79.