

TESIS SIN PAGINACION



Universidad del Valle de México
Plantel Lomas Verdes

40
2Ej.

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

**EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO COMO
FRAUDE ESPECIFICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFONSO MIGUEL VAZQUEZ CANTELL
DIRECTOR DE LA TESIS LIC. JUAN ARTURO GALARZA
ASESOR DE LA TESIS LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

8848

40
2Ej.



Universidad del Valle de México
Plantel Lomas Verdes

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

TESIS SIN PAGINACION

**EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO COMO
FRAUDE ESPECIFICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFONSO MIGUEL VAZQUEZ CANTELL
DIRECTOR DE LA TESIS LIC. JUAN ARTURO GALARZA
ASESOR DE LA TESIS LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MIS PADRES:

A quienes todo debo y los que sin su comprensión, apoyo y cariño, no hubiera podido llegar a una sola de las metas logradas, ya que en mi camino siempre han puesto una luz que ha hecho más claro su recorrido, a más de que en los momentos en que pude haber caído, ellos estuvieron a mi lado para protegerme, ayudarme, levantarme y empujarme de nuevo para seguir adelante, por eso y por todo aquello que jamás podré pagarles, hoy les agradezco el amor que me han dado y con el que cada día he podido luchar por ser alguien en la vida, por todo lo que soy y pudiera ser, hoy les digo... que los amo.

A MIS HERMANOS:

Gabriel y Marcos

Que sin su constante apoyo, amistad y frater
nal cariño, en todos y cada uno de los momentos -
compartidos de nuestra vida familiar y personal, -
no hubiera logrado llegar a este momento.

Les agradezco y los quiero.

A MIS MAESTROS:

Que en su esfuerzo y dedicación en educar -
y enseñar, logran el presente trabajo. Gracias -
por la transmisión de sus conocimientos.

A LOS LICENCIADOS:

Juan Arturo Galarza

y

Abel Sánchez García

**Por su valiosa participación en éste el primer
logro de mi vida profesional.**

CAPITULADO

CAPITULO I.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

- I.1.- Código Penal de 1871.
- I.2.- Código Penal de 1929.
- I.3.- Código Penal de 1931.
- I.4.- Reformas al Código Penal del 31 de Diciembre de 1945.

CAPITULO II.- EL DELITO DE FRAUDE.

- II.1.- Concepto.
- II.2.- Elementos Constitutivos.
- II.3.- Bien Jurídico Tutelado.
- II.4.- Fraude Específico.
- II.5.- El artículo 17 Constitucional y el Fraude.

CAPITULO III.- DE LOS CONTRATOS.

- III.1.- Concepto.
- III.2.- Elementos del Contrato.
- III.3.- Clasificación.
- III.4.- Efectos de el Incumplimiento de los Contratos.

CAPITULO IV.- INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO COMO FRAUDE ESPECIFICO.

- IV.1.- Dolo Civil y Dolo Penal
- IV.2.- El Incumplimiento de Contrato como Fraude.
- IV.3.- Necesidad Jurídica del ejercicio de ambas instancias, tanto civil como penal.

Conclusiones.

Bibliografía.

***EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO
COMO FRAUDE ESPECIFICO***

EXPOSICION DE MOTIVOS.

La presente tesis se realiza con el objeto de esclarecer las deudas de carácter civil originadas por el incumplimiento de los contratos y que se encuentren contenidas en el Código Penal como fraudes específicos.

Es así, que el Código Penal vigente, en diversas fracciones del artículo 387 se mencionan incumplimientos de contratos como fraudes específicos, tomando en cuenta el dolo, mala fe, formas y matices con que se hayan cometido esos incumplimientos de contratos o fraudes específicos, siendo erróneo cuando Nuestra Carta Magna contempla que para deudas de carácter civil no habrá penas privativas de libertad.

De esta manera, queremos llegar a proponer la necesidad existente de poder ejercitar ambas instancia, tanto en materia civil como en materia penal sin dar importancia al dolo con que se haya cometido el fraude o el incumplimiento, para así obtenerse una justa retribución por el daño recibido, y no dejar al afectado sin indemnización y con el gusto único de tener al activo cumpliendo pena privativa de libertad, por ejemplo, o al revés, dejar sin castigo al delincuente por considerarse por las autoridades punitivas que se trata de una deuda de carácter civil.

METODOLOGIA

Para hacer posible la realización del presente trabajo, se harán fichas bibliográficas de distintas obras consultadas en seminarios y bibliotecas, que se irán estructurando y organizando en forma temática para constituir la tesis presentada.

Así igualmente se efectuará investigación de campo tendiente a establecer la incidencia del problema planteado.

CAPITULO 1

SISTEMA DEL CODIGO PENAL DE 1871

Desde mucho tiempo atrás, se ha venido estudiando y tratando de definir dentro del delito de fraude, al dolo penal y al dolo civil, motivo por el cual retomamos legislaciones penales anteriores con el fin de observar la forma en que este delito se tipificaba en otros tiempos, y partiendo de esto, llegar a la actualidad y obtener una conclusión respecto al dilema planteado.

A manera de introducción respecto al presente código, podemos citar a Carrancá y Trujillo Raúl, el cual nos dice: "El c.p. de 1871 tomó como ejemplo próximo al español de 1870, que como es sabido, se inspiró a su vez en sus antecesores de 1850 y 1848. Se trata de un código correctamente redactado, como su modelo el español. Se compone de 1151 artículos de los que uno es transitorio y fué decretado por el Congreso promulgado por el presidente Juárez."¹

Así pues, el código de 1871 nos daba la siguiente definición: "Hay fraude siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél." (artículo 413 del Código Penal de 1871).

Notamos que si comparamos esta definición con la definición de fraude actual, a la de 1871 le hacen falta elementos tales como las sanciones y multas. También observamos que tanto a la definición actual como a la del código de 1871 les hace falta mencionar la inducción a error, maquinaciones, ocultamiento de la verdad, etc.

¹

Derecho Penal Mexicano (parte general). 16a edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1988. pág. 126.

Francisco González de la Vega comenta: "De la restringida redacción del precepto, por el empleo de la frase "con perjuicio de aquél" resultaba que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado; no se preveía el caso en que se indujese a error, maquinaciones, ocultamiento de la verdad, etc."²

Respecto al comentario anterior, en nuestra opinión, posiblemente el legislador, al hablarnos de un aprovechamiento del error, quería dar a entender, ya sea que se haya inducido a caer en error, se halle en error o haya incurrido en él por cualquier causa; pero coincidiendo con González de la Vega, haría falta especificarlo y anexarlo a la definición.

En el artículo 414 y 415 del mismo ordenamiento se regulaba la estufa de la siguiente manera: "Artículo 414.- El fraude toma el nombre de estufa: 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 de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad."

"Artículo 415.- El estafador sufrirá la misma pena que atendidas sus circunstancias y las del caso se impondría si hubiera cometido un robo sin violencia."

De estos dos artículos, González de la Vega dice que: "La exclusión de la falsedad en la figura de estufa mereció severas críticas, por que en la

²

práctica la mayor parte de las maquinaciones y artificios consisten en la simulación documentaria.³

Apreciamos que dentro de la estafa o escroquerie francesa, el código nos habla de la obtención de un lucro indebido por medio de maquinaciones y artificios, pero no de falsedad, esto, erróneamente, ya que consideramos que al hablar del uso de maquinaciones o artificios para obtener de alguien un lucro indebido, se sigue falseando la verdad, cambiándole toda o en parte.

En el artículo 416 se habla de fraudes mas específicos, así como en los artículos siguientes hasta el 431. Haciendo notar que el artículo 416 no tipificaba al cheque.

"Como la norma anterior no contemplaba la institución denominada cheque, cuando se libraba el cheque sin fondos los jueces aplicaban la pena del fraude apoyándose en el artículo 432 del propio código.⁴"

Pensamos que fué correcto en su momento el haberse apoyado en el artículo 432 por parte de los jueces, ya que dicho artículo nos habla de los fraudes no especificados, aunque no estamos de acuerdo en pensar que no se incluyera dentro de alguna fracción del propio artículo 416 del mismo código.

"La penalidad del fraude en general se desenvolvía en dos diversas hipótesis: a) en los artículos del 416 al 431 se describían casos, si bien comprendidos ya en la definición general, especialmente mencionados tales como:

³ Idem, pág. 247.

⁴ Bazarte Cerdán, Willebaldo. El delito de librar cheques sin fondos (Jurisprudencia). Única Edición. Editorial Carrillo Hermanos e Impresores. Guadalajara México. pág. 20.

los fraudes de enajenación de cosas falsas; de enajenación de cosas con conocimiento de no tener derecho a ello; trampus en los juegos de uzar; giro de ciertos documentos que se sabe no han de ser pagados; venta doble de una cosa; etc.; estos casos de fraudes especificados se sancionaban, generalmente, con la penalidad del robo simple; b) en el artículo 432 de la misma codificación se determinaba que cualquier otro caso de fraude de los no especificados expresamente se castigaría con multa igual al veinticinco por ciento de los daños y perjuicios, sin que pudiera exceder de mil pesos. De esta manera, los fraudes no especificados, comprendidos simplemente en la definición genérica del fraude, resultaban sancionados con una pena pecuniaria insuficiente para la represión de la malicia del infractor.^{5*}

Del texto anterior, cabe señalar, que diversas fracciones del artículo 416 son la que ocupan dentro de este código, el propósito de este trabajo, ya que el contenido de dichas fracciones es casi igual al contenido de la fracciones del artículo 387 del código penal actual; o sea, se refiere a un fraude específico que en la ley civil, se refiere a un incumplimiento de contrato. En nuestra opinión, también el artículo 426 ocupa nuestro interés, en virtud de que nos habla del que haga un contrato simulado y las penas a que se hará acreedor. Ocupa nuestro interés, ya que la simulación puede ser el simular que se va a pagar el precio de la cosa enajenada, o bien, se puede simular la entrega de la cosa enajenada motivo de la compraventa; luego entonces caemos nuevamente en el incumplimiento de contrato o fraude específico según analizaremos mas adelante.

⁵

González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p. 247.

El artículo 433 versaba: "Son aplicables al fraude y a la estafa los artículos 373, 374 y 375."

Siendo el artículo 433 el último que se refería al fraude, para que inmediatamente después tipificara a la Quiebra fraudulenta.

Como última nota respecto a este código, podemos decir que se le conoce también como código de Martínez de Castro, en virtud de haber sido precisamente Martínez de Castro quien presidió la comisión reductora del código sustantivo penal, código que tuvo reformas en el gobierno de Porfirio Díaz.

SISTEMA DEL CODIGO PENAL DE 1929

Después de la revolución, siendo Presidente de la República Emilio Portes Gil, manda a expedir en septiembre de 1929 un nuevo código penal, del cual, en su comisión redactora se encontraba al frente José Almaráz, nombre por el cual se conoce también a este código. Este, constaba de 1233 artículos.

Legislación efímera y poco técnica, que introdujo reformas de nomenclatura, ya que al delito en general se le llamó estufa, siendo esto equívoco por ser la estufa el género y el fraude la especie. La reglamentación en términos generales conservó la casuística de la legislación anterior, quedando estipulada en el código penal en su título vigésimo, De los Delitos Contra la Propiedad, capítulo V.

Este código a pesar de ser más extenso que el de 1871, la única innovación que presentaba, era que abolía la pena de muerte, y, como dijimos antes, el cambio del nombre de fraude por el de estufa.

En el artículo 1151 nos habla de cuando se constituye la estufa de la siguiente manera: "Artículo 1151.- Hay estufa:

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

II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena

mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios."

En el artículo 1152 nos habla de las maquinaciones y artificios cuando constituyen un delito de falsedad, tratando a la falsedad como otro delito acumulable a la estafa.

En el 1153 se estipula la sanción para el estafador, y dependiendo de las circunstancias en que haya estafado, se le aplicará la sanción del robo sin violencia aumentado en una tercia parte.

Ya en el 1154 nos menciona los fraudes específicos en nueve fracciones, dentro de las cuales, volvemos a encontrar el incumplimiento de contrato o fraude específico según sea ley civil o penal, ya que la fracción VI versa de la misma manera que la fracción VI del artículo 416 del código de 1871 por ejemplo.

Vemos también que hay innovaciones en el artículo 1154 que no están dentro del código de 1871 como en la fracción VIII que nos habla del que aprovecha indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido, alterando medidores o indicaciones de esos aparatos.

Los artículos 1155 y 1156 mencionan enajenaciones cuando se entrega cosa distinta a la pactada o a la que enajena a precio mayor del real, y a ambos les impone una penalidad pecuniaria, y en el artículo 1156 habla de que se impone la penalidad sin perjuicio de las sanciones con arreglo al derecho civil.

El artículo 1155 nos parece también un incumplimiento de contrato, en virtud de que al hacerse una compraventa se pacta una cantidad de dinero y

una cosa, si alguna de estas dos se altera, entonces se está incumpliendo con el trato. Así como también, el último párrafo del artículo 1156 nos habla de otro incumplimiento de contrato para la ley civil, por que habla de compraventa de metales preciosos entregando uno distinto del pactado.

Otro precepto importante para nuestro tema es el contenido por el artículo 1158:

"El que sin valerse de pesas o medidas falsas engañe al comprador sobre la cantidad o peso de la cosa vendida, haciendo por cualquier medio que aparezcan mayores de lo que son, pagará una multa de cinco a veinte días de utilidad, a juicio del juez."

Volvemos a ver que existe un incumplimiento de contrato por que se entrega cosa en cantidad distinta a la pactada. Así como el 1161 nos habla de la venta de cosas adulteradas; el 1163 habla de contratos simulados y el 1168 en su fracción II nos habla de los comerciantes que con promesas de venta o por cualquier otro medio y sin entregar las mercancías se queden con las cantidades recibidas, u obliguen al que las hubiera entregado a recibir otros objetos en pago, aplicando una sanción del robo sin violencia.

Este código tuvo severas críticas por que decían que era irregular, contradictorio e incluso inaplicable, pero según José Almaraz estaba basado en la responsabilidad social.

SISTEMA DEL CODIGO PENAL DE 1931

En 1931 el presidente Emilio Portes Gil, determina la elaboración de un nuevo código penal, del cual, su comisión redactora la presida Alfonso Teja.

Este código fué expedido por Pascual Ortiz Rubio y consta de 400 artículos.

"En la reglamentación del delito de fraude, siguió un sistema distinto al de las antiguas legislaciones mexicanas,. . . en su redacción original, varió radicalmente el sistema de exposición reglamentaria del delito y ennumeraba diferenciada y autónomamente los fraudes en las fracciones de los arts. 386, 387 y 389 derogados. De ese sistema resultaba que cada uno de los tipos legales de fraude tenía como constitutivas, únicamente las que se expresaban en cada fracción o artículo aplicable, sin que existiera necesidad de hacer referencia a una definición global del delito.⁶"

En el título vigésimo segundo de los Delitos en contra de las personas en su patrimonio, capítulo III, el presente código mencionaba:

Primeramente, en su artículo 386 nos definía al fraude diciendo: "1.- El que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido; para posteriormente darnos casos de fraudes específicos, de los cuales nombraremos los que contenía el mencionado artículo: el fraude por no llevar a cabo la defensa de un procesado o de un reo habiéndose comprometido a ello, o si la abandona o renuncie sin

⁶

Idem, pág. 249.

causa justificada; la enajenación de cosa sin derecho a ello; fraude por documentos nominativos a la orden o al portador; al que se haga servir alguna cosa en establecimiento comercial y después no pague su importe; al que compre una cosa inmueble y después de recibirla no cubra su precio o no la devuelva; al que venda una misma cosa a dos personas; por que obtenga de otros ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los del mercado; por que sustituya a la moneda legal por otros objetos; por contratos o actos simulados; por aprovechamiento de energía eléctrica o cualquier otro fluido y alteración de medidores de energía eléctrica o las indicaciones de esos aparatos.

Como se puede observar, encontramos de nueva cuenta el incumplimiento de contrato en los siguientes puntos: el incumplimiento de la defensoría de algún procesado o reo, por hacerse servir alguna cosa en establecimiento comercial, la compraventa de alguna cosa mueble y después de recibirla no pagar su precio o no devolverla, por vender una misma cosa a dos personas, en los contratos simulados y al que por medio de promesas de venta o por cualquier otro medio se quede con las cantidades recibidas sin entregar la mercancía u objeto ofrecido; ya sea por incumplimiento de contratos de prestación de servicios, compraventa, promesa de venta, que como mencionamos anteriormente ya analizaremos mas adelante.

En el artículo 387 nos dá el fraude por violaciones diversas de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el código civil.

El 388 dice que si lo defraudado no excede de cincuenta pesos, se castigará el delito con multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de tres días a seis meses o ambas sanciones.

Artículo 389: Este dá la penalidad para el que por medio de maquinaciones, engaños o artificios, logra que le entreguen documentos, cantidades de dinero o cualquier otra cosa ajena mueble, de prisión de tres meses a siete años y multa de veinte pesos a mil pesos. Para terminar con el artículo 390 que nos dá referencia a otros artículos que intervienen en el fraude.

El presente código ha sufrido en cuanto a fraude se refiere, las siguientes reformas:

31 de Diciembre de 1945 (publicada en el Diario Oficial del 9 de Marzo de 1946.)

31 de Diciembre de 1954 (publicada en el Diario Oficial del 3 de Enero de 1955.)

2 de Diciembre de 1968 (publicada en el Diario Oficial de 1969.)

Hacemos notar que afortunadamente en este código regresa la palabra fraude y se deja de emplear la palabra de estafa que se encontraba en el código anterior a que hicimos mención, siendo este el código vigente actual con las reformas que se han sucedido en el tiempo.

REFORMAS AL CODIGO PENAL DEL 31 DICIEMBRE DE 1945.

En el año de 1945 surgieron reformas al código penal, tanto en materia del fuero común para el Distrito Federal como para toda la república en materia del fuero federal, y fué el presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en ese entonces, Licenciado Manuel Avila Camacho quien expidió el decreto que le fué dirigido por el H. Congreso de la Unión, reformando los artículos 13, 200, 238, 239, 240, 242, 247, 370, 382, 384, 386, 387, 395, 400, y adicionando los artículos 400 bis, suprimiendo el 389, reformando el 85 y suprimiendo la fracción quinta del artículo 366 adicionando en su lugar un párrafo. Siendo para nuestro tema los mas importantes:

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

Sentimos que adolece, al igual que el código de 1931, de la última parte con que contaban los códigos anteriores, y que es la que versa: con perjuicio de aquél, aunque todas las definiciones incluyendo la actual, adolecen o de este párrafo, y de no incluir el perjuicio a tercero.

"El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

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

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

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

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

Podemos notar que la definición de fraude en estas reformas no varía gran cosa de las definiciones anteriores; en lo que se podría decir que cambia, es en redacción y en el cambio o supresión de alguna que otra palabra, pero la esencia se ha mantenido hasta la actualidad.

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

I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, sino efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;"

La primera fracción nos habla de un incumplimiento de contrato de prestación de servicios.

"II.- Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;"

Esta fracción en nuestra opinión, y tal como lo marca la ley civil, sería una nulidad de contrato el cual veremos mas adelante.

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

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

La fracción anterior es un incumplimiento de contrato dentro de la ley civil, ya sea de prestación de servicios, de compraventa, de suministro, etc.

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

Dentro de esta fracción encontramos claramente el incumplimiento de contrato de compraventa.

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

En las reformas de 1945 aparece esta innovación, ya que en los anteriores códigos que estudiamos solo se contemplaba la fracción V, que estipula sólo responsabilidad del comprador de cubrir el precio o devolver la cosa, y en esta fracción se tipifica la responsabilidad de el vendedor también de entregar la cosa o devolver su importe.

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

Se dá el incumplimiento de contrato de compraventa en virtud de que que con alguna de las dos personas a las que se vendió, tendrá que quedar mal el vendedor e incumplir con la entrega de la cosa.

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

"IX.- Al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia como signos convencionales en sustitución de la moneda legal.

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

La simulación de contrato la analizaremos en el sentido de que en nuestra opinión, si hay simulación en el contrato, hay dolo, vicio del consentimiento, que lo nulifica, y éste será rescindido en materia civil, y deberá a este indemnizársele.

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

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

La promesa de venta, también es un contrato, además de que se estipula que por cualquier otro medio se obtengan cantidades de dinero ilícitamente, o sea que se incumpliría con contrato de promesa u algún otro.

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

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

Fracción que nos parece un tanto cuanto que sobra, ya que viene tipificado anteriormente y que nos parece un incumplimiento de contrato también.

"XIV.- Al propietario de una empresa o negocio, que lo venda o traspase sin autorización de los acreedores de la misma negociación, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos; siempre que aquél resulte insolvente."

Incumplimiento de contrato de compraventa contra el nuevo adquirente dentro de la ley civil.

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

"XVI.- Al que ejecute actos violatorios de derechos a propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el código civil."

Artículo 389.- Se suprime.

Las presentes reformas y derogaciones fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha nueve de marzo de 1946.

CAPITULO II

FRAUDE.

Después de haber analizado los códigos penales anteriores que dieron origen a la actual legislación en México respecto al fraude, podemos pasar el concepto actual dando algunas de las diferentes formas en que se ha definido y exponer algunas otras ideas de autores que consideran que no se puede definir específicamente.

En primer lugar, y tal y como lo menciona el Licenciado Jiménez Huerta: " El Código Penal de México le denomina fraude, siguiendo la tradición legislativa que iniciara el Código Toscano."⁷

Denominación que nos parece correcta ya que dicha denominación proviene del latín fraudus que significa mala fé, engaño. No como en el código penal mexicano de 1929 en donde se le denomina estafa, confundiendo el género con la especie.

Carrara nos recuerda que el legislador de las Siete Partidas descubrió que el delito en estudio no podía definirse. Cuestión con la que no estamos de acuerdo, aún y cuando podemos observar que no se ha dado correcta definición hasta la fecha.

Pavon Vasconcelos nos informa que " para Merkel el fraude o la estafa es la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño; mientras Sebastian Soler lo considera una

⁷

Jimenez Huerta, Mariano.- Derecho Penal Mexicano, Sexta edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1986, pág. 126.

disposición patrimonial, perjudicial tomada por un error determinado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido.⁸

La definición dada por Merkel nos parece un tanto cuanto incompleta, ya que únicamente nos habla del que se apropia de un bien patrimonial ajeno mediante el engaño y no estipula el error, o las maquinaciones, artificios, etc.; además de que nos habla de que se apropia del bien ajeno sin compensación, esto nos parece que se encuentra ya entendido en virtud de que si hubiera compensación, no caeríamos ya en el fraude genérico, sino en algún tipo de fraude específico o en algún tipo de incumplimiento de contrato.

El Código Penal vigente nos dá la siguiente definición en su artículo 386: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido."

Definición que como mencionamos en un principio dentro del código penal de 1871, adolece de deficiencias en razón a que en primer lugar no define lo que es un fraude, sino que nos habla de quien comete el mismo, después, le falta exponer dentro del mismo artículo a las maquinaciones, artificios ardides, inducción a error, tipificar el caso en que se procure a un tercero, etc., e inclusive, a la definición del código actual le faltaría incluir, como hemos dicho: en perjuicio de aquél.

"Ya en el párrafo 263 del Código Penal alemán de 1871, se consideró culpable de este delito a quien con la intención de procurarse o de

⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco.- Comentarios de Derecho Penal. Sexta edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1989. pág. 189.

procurar a un tercero una ventaja pecuniaria ilícita, perjudique, el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error, sea presentando como ciertos hechos que no lo son, sea deformando o disimulando los hechos verdaderos.^{9}*

Esta es la definición que nos parece mas correcta, ya que hemos podido ver, y podríamos seguir viendo otras definiciones, y creemos que ésta reúne los requisitos esenciales del fraude, aunque hacemos notar que en realidad tampoco lo define.

Francisco González de la Vega nos comenta: "Conforme a su noción doctrinaria penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos.

El fraude consiste ciertamente en el error producido por el empleo de ciertas maniobras . . . El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse el bien de otro; todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general de fraude.^{10}*

De la Vega nos dá por fin una definición de qué es un fraude, lo cual no hablamos tenido; definición que si preguntáramos a Carrara todavía no se logra ya que a la definición de De La Vega le faltan elementos, ya que no sólo es un error, sino también el estar engañado. El error es subjetivo ya que si a mi me

⁹ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. pág. 127 y 128.

¹⁰ González De La Vega, Francisco. Ob. Cit. pág. 243.

cometieron fraude, engañándome, para mí no estoy en un error sino en lo correcto por estar engañado.

De la definición que nos dá el código vigente, los Doctores en Derecho Raúl Carrancá Y Trujillo y Raúl Carrancá Y Rivas los cuales nos dicen que es "Texto vigente según el Decreto de diciembre 23, 1981 (D.O. de dic. 29, 1981)."¹¹

Por otro lado, y en referencia al concepto de fraude, o mejor dicho en referencia al título de fraude que se le dá a este tipo de delito patrimonial se dice: "Si llamamos fraude a este delito, nos veremos en la necesidad de decir, al discutir distintos casos: aquí hubo fraude (es decir mentira e intención de engañar), pero no hubo fraude (o sea, un artificio externo que pueda engañar a un hombre sensato), y por esto no se tiene fraude, esto es, aquél delito que el Código castiga como fraude.

Está claro que en este raciocinio la palabra fraude se emplea tres veces, en tres significados distintos: la primera vez expresa un elemento interno; la segunda, un elemento externo; la tercera, el ente jurídico que queremos definir como resultado de aquellos elementos.

Así pues, conservo el nombre de estelionato, pues prefiero siempre los vocablos que sirven mejor para la claridad, ya que considero el lenguaje como un instrumento tanto mas útil cuanto esté mas exento del peligro de llevarnos a

¹¹

Código Penal Anotado. 16a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1991. pág. 893.

oscuridades y confusiones. El estelionato es el delito; el fraude es su elemento esencial; pero este elemento no se compenetra ni se unifica con el delito, pues no creó que pretendía sostenerse seriamente que el estelionato es un delito formal.¹²

Respecto al comentario anterior que nos hace el Licenciado Marco Antonio Díaz de León, nosotros transcribimos en este momento las definiciones dadas por la Real Academia de la Lengua Española en referencia a las palabras "fraude" y "estelionato": "Fraude.- engaño, acto de mala fe, de que resulta perjuicio para otro. 2. For .delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, y aún de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos.

Estelionato.- por fraude del que encubre en contrato la obligación que pesa en sus bienes.¹³

*Como podemos observar, y a virtud de las definiciones anteriores, llegamos a la opinión personal de que el profesor Díaz de León se equivoca, además de establecer que la palabra "estelionato" proviene del latín *stellionatum* que significa estelión, ya que tal y como nos dice Pavón Vasconcelos "Al decir de Carrara, parece haber sido el estelión, animal de indefinibles colores, el que sugirió a los romanos el nombre de estelionato (*stellionatum*) como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena,*

¹² Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. 1a. Edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1986. pág. 761.

¹³ *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, 21a. edición. Editorial Impresora y Editora Mexicana S.A. de C.V. México D.F. 1982. p. 1383.

los cuales fluctuando entre la falsedad y el hurto no se identifican, sin embargo ni con la una ni con el otro.¹⁴

También el autor Marco Antonio Díaz de León menciona lo anterior de la siguiente manera: "2. Doctrina.- Carrara (Ob. cit. núms. 2236 y 2237) comenta: "El estelión o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que aunque participen de las condiciones de uno y de otro delito, no son propiamente ni el uno ni el otro."¹⁵

Es así como volvemos a afirmar el error de este nombre (estelionato), en consecuencia a lo anterior.

¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. p. 187.

¹⁵ Díaz De León, Marco Antonio. Ob. cit. p. 760

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FRAUDE

Una vez analizado el concepto de fraude y estando, si no con el conocimiento exacto de lo que es fraude, sí con una idea más clara sobre esta figura, procederemos a establecer los elementos que conforman al mismo:

"Los elementos materiales del delito de fraude son: a) el engaño a una persona o el aprovechamiento del error en que se halle; b) que por este medio se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido.¹⁶"

Los anteriores elementos son los que establecen los Doctores en Derecho Carrancá Y Trujillo y Carrancá Y Rivas a razón de que después separa mas los elementos y los examina, verbigracia examina al engaño, el aprovechamiento del error, la ilicitud, lucro indebido, a parte de examinar al fraude como delito, pero eso no es materia de este capítulo.

Otros autores como Jiménez Huerta nos dicen: "La definición del delito de fraude contenida en el párrafo primero del artículo 386 pone en relieve que sus elementos constitutivos son: a) una conducta falaz; b) un acto de disposición; y c) un daño y un lucro patrimonial.¹⁷" Así como el anterior autor, éste también estudia al fraude como delito posteriormente a haber dado sus elementos.

Creemos que haciendo una comparación entre ambos autores sobre los elementos que dan del fraude, caemos en la conclusión de que uno expone la

¹⁶ Carrancá Y Trujillo, Raúl y Carrancá Y Rivas, Raúl. Ob. cit. p. 893 y 894.

¹⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. pág. 134.

conducta falaz y el otro estipula el engaño y aprovechamiento del error y esto parecería ser lo mismo pero no es así, por lo menos no exactamente, ya que al decir o hablar de conducta falaz abarca todo tipo de maquinaciones, artificios, ardidés, logros de hacer caer en el error, etcétera, en lo que con la especificación de . . . engaño o aprovechamiento de error en que se halle, nos limita a dos posibilidades; y respecto a lo que sigue en los elementos dados, podemos afirmar de que sí hablan de lo mismo en la obtención de una cosa o un lucro indebido e ilícito.

En referencia a los elementos del fraude, Carrancá Y Trujillo y Carrancá Y Rivas establecen: "el engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad. Debe ser idóneo para producirla en personas del tipo medio intelectual, o sea que debe de ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarlo. El engaño debe de ser la causa de error en el pasivo. Por último, debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del mismo pasivo.

El engaño puede ser verbal o escrito, consistir en hechos o versar sobre la causa, el presupuesto, las condiciones, etc., de la prestación, o ser simple o calificado.¹⁸"

Respecto a que debe ser el engaño dirigido a personas del tipo medio intelectual, opinamos distinto, ya que puede cometerse engaño contra cualquiera, sea del tipo medio intelectual o no.

¹⁸

Carrancá Y Trujillo, Raúl y Carrancá Y Rivas, Raúl. Ob. Cit. pág. 893.

Después, hablan del aprovechamiento del error diciendo que va dirigido a obtener la prestación aprovechando la falsa representación de la verdad que tiene el pasivo; la ilicitud es el dolo con el que el agente activo se enriquece mediante un sistema operatorio indebido, ilegítimo; y el lucro indebido que es una ganancia ilícita.

El autor del que hablamos, al señalar los elementos constitutivos, se olvidó de tratar también a los sujetos, tanto al activo como al pasivo y establecer las situaciones de uno y de otro, como por ejemplo, quien es el engañado, quien el engañador, quien se aprovecha del error, quien está en el error, en que momento se convierte el activo en defraudador y el pasivo en víctima, etc., además de establecer la relación entre causa y efecto que en el caso sería: engaño-obtención de ganancia ilícita o de lucro indebido.

En fin, creemos que el elemento más importante es el engaño, que haya un engañado y un engañador, o un error y un aprovechado del error y un equivocado, dependiendo de la situación de que se trate; y de ahí, por supuesto, la obtención del lucro indebido en perjuicio patrimonial de la víctima y en enriquecimiento del sujeto activo.

Dentro de los comentarios emitidos por nosotros, hablábamos de la relación causa y efecto refiriéndonos a que el autor mencionado había olvidado tocar ese punto, así que a esto agregamos que como podemos ver, el fraude es un delito de resultado material, esto es, que la realización de la conducta (engaño, aprovechamiento del error, etc.) nos lleva al resultado material que es la disminución patrimonial, esto es que la relación se daría en dos momentos: uno

en la conexión psicológica de la conducta engañosa y el causar el error; y el segundo sería la conexión material entre el error causado y la obtención del lucro indebido; o bien podríamos referirnos a dos fases o etapas más simples: engaño o error – obtención del lucro ilícitamente.

En atención a que encontramos que los autores dedicados a escribir sobre el fraude no tratan ampliamente a los sujetos que intervienen en el mismo, nosotros haremos una breve referencia sobre éstos:

1) Sujeto Activo: Engañado, persona causante del error, el que intriga o falsea la verdad, y quien se enriquece indebidamente en perjuicio de otro.

2) Sujeto Pasivo: engañado o persona que se encuentra en error, o que ha sido influenciada de tal manera que, inclusive, da la prestación de forma voluntaria y que por lo tanto sufre un deterioro en su patrimonio.

3) Tercero, (Al cual mencionamos por no parecernos incorrecto el que por ejemplo lo incluyera en su definición el Código Penal): Persona para la cual son los beneficios del fraude, o conducta delictuosa, pero sin, a nuestro parecer coadyuve con el activo, aunque en determinado momento lo podría ser tal vez encubriéndolo.

Nos preguntábamos sobre si podría ser también el afectado, y pensamos que no, ya que si fuera afectado tomaría parte directa en el delito, y por consiguiente en un juicio como sujeto pasivo, lo mismo que si coadyuvara en la realización del delito con el activo.

En conclusión, y para nuestro concepto, nos parece que el autor que mejor detalla los elementos del fraude es Zamora Pierce, Jesús quien los establece

como a continuación se indica y al hablar de la definición vigente en nuestro Código Penal: "De esta definición resulta que el tipo de fraude tiene los siguientes elementos:

- 1) *Cualquier conducta engañosa,*
- 2) *Que produzca en el engañado un estado subjetivo de error,*
- 3) *O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento de error en el que el paciente del delito se halla,*
- 4) *Provocando así un acto de disposición patrimonial,*
- 5) *Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,*
- 6) *Una relación causal entre los elementos anteriores y, por último, un elemento subjetivo consistente en,*
- 7) *El ánimo de lucro, o sea la intención de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial."*

y; continúa dándonos lo siguiente:

"FRAUDE, ELEMENTOS DEL DELITO DE. La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 del Código Penal pone en relieve que sus elementos constitutivos son: a) *Una conducta falaz;* b) *Un acto de disposición;* c) *O aprovechamiento del error,* y d) *Un daño y un lucro patrimonial en beneficio del sujeto activo. De acuerdo con la descripción del tipo del delito en estudio, una conducta falaz es el punto de partida del proceso*

ejecutivo en dicha figura delictiva. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. Así pues, la conducta falaz del sujeto activo y las maquinaciones o artificios empleados por el sujeto para obtener la entrega de la cosa, a que hace mención el párrafo último del artículo 386 del Código Penal o el aprovechamiento de error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, ya son suficientes para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude. Amparo directo 6247/62. Víctor Manuel Solís López. 13 de agosto de 1965. 5 votos.¹⁹

¹⁹

Zanora Pierce, Jesús. El Fraude. 1a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1992. pág. 156.

BIEN JURIDICO TUTELADO.

Este punto es importante en virtud de que todo tipo penal protege determinadas derechos o bienes de todo mexicano, y en este caso el bien tutelado es el patrimonio, el cual se vé en peligro debido a su deterioro sufrido por la sustracción que hace del mismo el sujeto activo.

"Tanto el artículo 386 del Código Penal, que tipifica el fraude genérico, como el 387, que tipifica los fraudes especiales y los espúrios, se encuentran ubicados en el capítulo III del título vigésimosegundo del libro segundo del código. Ese último se denomina " Delitos en contra de las personas en su patrimonio." Es, pues, el patrimonio el bien jurídico tutelado por el delito de fraude."²⁰

Del párrafo anterior que nos dá Zamora Pierce podemos dar las siguientes definiciones sobre lo que son bienes, bienes litigiosos y patrimonio, siguiendo dentro de la línea de determinar al bien jurídico tutelado:

"Bienes: Cosa material o inmaterial susceptibles de producir algún beneficio de carácter patrimonial.

Bienes Litigiosos: Aquéllos que constituyen la materia u objeto de un proceso pendiente de resolución.

Patrimonio: Suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona. Conjunto de derechos y obligaciones que pertenecen a un solo titular."²¹

²⁰ Idem. pág. 156.

²¹ De Pina Vara, Rafael y De Pina Rafael. Diccionario de Derecho. 13a. Edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1985. págs. 122, 125 y 380.

Hicimos la indicación de los bienes litigiosos a efecto de manifestar que una vez que se comete el delito de fraude y se le denuncia o demanda, los bienes objeto del juicio serán los bienes litigiosos.

Respecto al patrimonio es requisito esencial de que pueda ser valorado pecuniariamente.

Por otra parte en derecho penal no existe definición concreta sobre el patrimonio, sino que únicamente existe en Derecho Civil. Así pues se han tratado de hacer diversas teorías respecto del patrimonio en la materia penal, pero lo único logrado es duplicar el concepto civilista que está integrado por dos elementos:

a) Obligaciones y derechos.

b) Susceptibles de valorización pecuniaria.

Existe una relación directa entre el valor de lo defraudado y la gravedad de la pena, y es por esto que necesita el poder valorarse en forma pecuniaria, y el monto del daño debe de establecerse con un criterio objetivo. Dicha valoración debe ser de acuerdo al momento de cometerse el delito, tal y como nos lo marcu el artículo 369 bis del Código Penal vigente, conforme al cual, al establecer la cuantía que corresponda a los delitos patrimoniales, será en base al salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en que se cometió el delito.

A continuación y como ejemplo de lo descrito anteriormente, transcribimos la siguiente jurisprudencia:

"FRAUDE, PENALIDAD EN EL DELITO DE .- Para la aplicación del artículo 386 del Código Penal Federal, que establece la penalidad para el delito de fraude en proporción directa del monto de lo defraudado, debe atenderse al daño patrimonial causado al pasivo y no a la cantidad obtenida por el activo; siendo por ello que si, en la especie el monto del daño fué precisamente la cantidad de \$ 21,647.44, la sentencia reclamada no entraña violación de garantías, por que en la misma se impuso una pena comprendida dentro de los extremos (mínimo y máximo) señalados por la fracción III del citado precepto legal, que resulta ser exactamente la aplicable al caso cuestionado. Amparo directo 5863\1976, Leovigildo Sotelo Castro. Agosto 24 de 1977. 5 votos. Ponente: Mtro. Antonio Rocha Cordero. 1a. Sala. Informe 1977 Segunda parte, Tesis 14, pág. 28."

En conclusión, el fraude, a diferencia del robo, por ejemplo, no tiene precepto alguno que sancione la defraudación de bienes que carezcan de valor pecuniario; y sobre los que se puede determinar su valor, la penalidad será de acuerdo al daño patrimonial que se ha causado.

FRAUDE ESPECIFICO

Este, o estos tipos de fraudes, los enmarca en sí el artículo 387 del Código Penal vigente, pero de una manera en la cual para nuestro punto de vista no es la correcta, ya que como hemos estudiado anteriormente en el presente trabajo, es casi imposible el poder especificar todos y cada uno de los fraudes que se pueden dar en la vida práctica, inclusive, sería muy difícil encuadrar la mayoría de éstos, así que, como dijimos antes, sería preferible el que la definición del artículo precedente se perfeccionara de tal manera que pudiera abarcar todos los tipos de fraude que se pudieran dar, tal y como propusimos al inicio de este capítulo, ya que inclusive, el mismo artículo 387 no nos da definición de lo que es un fraude específico, pero que quizá se pueda sacar en conclusión tal y como lo haremos a continuación, para después mencionar las fracciones que contiene dicho artículo.

A nuestro criterio, y tratando de establecer lo que es un fraude específico daremos la siguiente definición:

Fraude Especifico.- Es la falta de verdad o la utilización de maquinaciones, artificios, engaños, intrigas, provocamiento del error o cualquier otro medio que sirva para falsear o representar la verdad de manera que no es, y con el propósito de obtener alguna ganancia ilícita o lucro indebido ya sea para sí o para un tercero y de forma voluntaria por la víctima, constituyéndole a esta última un daño en su patrimonio aplicándose a un hecho concreto que se da en la cotidianidad y que por consecuencia es ilícito.

Después de haber intentado proponer la definición anterior, daremos el contenido del artículo 387 del Código Penal, mencionando las fracciones que contiene sin detallarlas, ya que la materia de nuestro estudio en este momento, nos remite a sólo a algunas de ellas:

El artículo en cuestión contiene los siguientes fraudes:

Fraude de abogados; por disposición indebida; por medio de títulos de crédito; contra establecimientos comerciales; por incumplimiento de contrato (del vendedor, o del comprador, por doble venta, por simulación del mismo, o por calidad o cantidad diferentes de lo estipulado.); por usura; por sustitución de la moneda legal; por sorteos; en las construcciones; por enajenación de bienes en perjuicio de acreedores; por medio de espíritus, adivinaciones o curaciones; por violación de derechos de propiedad literaria, dramática o artística; por pago de salario inferior al correspondiente (que sería un incumplimiento de contrato a la materia laboral); y por desvirtuar los fines de subsidios y franquicias.

Del artículo 387 del Código Penal vigente en la entidad se dice que: "Por su parte, el a. 387 del C.P., a través de 21 frs. contiene el mismo número de hipótesis de fraudes específicos, lo que ha originado múltiples críticas, porque muchas de ellas implican una reiteración del contenido del fraude genérico y sólo la minoría podrían estimarse como verdaderamente específicos, por contener ingredientes diferentes, a los requeridos en la fórmula de fraude genérico. De acuerdo con esto último, es decir, refiriéndonos a aquellos casos en los que los fraudes específicos carecen de los ingredientes configurativos del fraude, Mariano Jiménez Huerta los denomina "espurios" y de manera concreta señala los

derivados de las frs. VIII, IX, XIV a XX del a. 387 del CP y pfo. primero del a. 389 del mismo ordenamiento.

La fr. VIII en cita se refiere al extremo de que el agente obtenga ventajas usurarias explotando las malas condiciones económicas de la víctima; la fr. IX contempla el extremo de que se circulen fichas, tarjetas, planchuelas, etc., en substitución de la moneda; la fr. XIV regula el caso de que se traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos; siempre que estos resulten insolutos; la fr. XVI refiérese a los actos violatorios del derecho de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas; la fr. XVII alude al caso en el que los patrones cubran por concepto de salario una cantidad inferior al mínimo, por lo que se conoce como usura laboral; la fr. XVIII regula los casos en los que se distraen las mercancías de su destino siempre que éstas se hayan recibido a virtud de subsidios o franquicias; lo mismo acontece por lo que toca a las frs. XIX y XX que contemplan la necesidad de que se cumplan o satisfagan ciertos requisitos en torno a la enajenación y construcción de bienes inmuebles, sin cuya satisfacción se estima producido el fraude; por último, el a. 389 describe el caso en que aprovechándose de sus relaciones, el agente a cambio de prometer o proporcionar una plaza laboral en una empresa, reciba dinero, valores, dádivas, obsequios, etc. (lo que indudablemente no constituye fraude).²²

²²

Instituto de Investigaciones jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 3a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1989. págs. 1470 y 1471.

De lo transcrito anteriormente damos la definición de espurio (a) que según el Diccionario Enciclopédico Sopena significa falso, contrahecho o adulterado. Por lo demás, el autor al final y entre paréntesis estipula que la última figura no constituye fraude, siendo que si analizamos la definición de fraude tal y como lo hemos venido haciendo a través del presente trabajo, y sobre todo tomando en cuenta lo de realizar conducta falaz para obtener un lucro indebido, vemos que si se promete dar empleo y después no se dá, y más aún, le daña su patrimonio de alguna de tantas maneras por la promesa hecha, estoy realizando las conductas típicas contenidas en el artículo 386 del Código Penal vigente en esta entidad; tal y como podemos poner de ejemplo la resolución de la Suprema Corte de Justicia: "El delito de fraude por que fué sancionado el reo, se realizó mediante la concurrencia de los elementos que lo constituyen: a) un engaño o el aprovechamiento de un error; b) que el delincuente se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido; y c) relación de causalidad entre la actividad engañosa y la finalidad de obtener el lucro"²³. . ."

Así, desde el Código de 1871 que fué el primero en que se dió una definición genérica de fraude, los juristas mexicanos no han perfeccionado los logros del mencionado código ni han enmendado sus errores, verbigracia, el Código de 1931 tipificaba a más del fraude genérico, trece especíales, los cuales a la fecha se han aumentado a veinticuatro, contenidos en las fracciones I al XXI del artículo 387 y en los artículos 388, 389 y 389 bis. Esto es, que tal y como ya lo hemos mencionado, en vez de que se haya dado a la fecha, una definición de

fraude que pudiera contener todos los casos en que se pudiera cometer dicho delito, por el contrario, la tendencia es de seguir tipificando uno a uno lo que pudiera constituir un fraude.

Daremos a continuación una clasificación que hace un autor sobre los delitos que contiene el artículo 387 del Código Penal y algún comentario sobre la clasificación que el propio autor hace:

"a) Son fraudes especiales los tipificados en las fracciones: I, II, III, IV, VII, XI, XII, XIII, XV y XXI. Son, pues, meros ejemplos de la conducta sancionada como fraude genérico, y por ello, podrían y deberían ser derogados por inútiles.

b) Son delitos autónomos, en cambio, los delitos tipificados en las fracciones V, VI, VIII, IX, X, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX..... delitos por completo independientes, cuyos elementos no coinciden con los elementos del fraude, y cuya única relación con este último consiste en que le son aplicables las mismas penas.²⁴"

Como último diremos que los autores llaman como fraude genérico a todo aquél que no esté especificado dentro del artículo al cual aludimos en este título y del cual pusimos la comparación entre ambos fraudes que hacen diversos autores.

EL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL Y EL FRAUDE.

Creemos en la importancia de tratar el fraude desde el punto de vista de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en razón a que como nuestra máxima ley, no podía dejar de contemplar al fraude, aunque para el presente trabajo nosotros escogimos el artículo que nos pareció el más adecuado al tema:

Artículo 17 Constitucional: " Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil. "

Artículo del cual, la única parte que nos interesa es la última, en la cual se establece que nadie podrá ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil, en donde como vemos, podrían estar muchos casos de fraude.

En la última parte del artículo 161 se consagra una garantía de seguridad que nació del principio de "nulla poena, nullum delictum sine lege" que significa que no se puede aplicar una pena a un hecho que no sea reputado por

la ley como delito, ya que en épocas anteriores antes de calificarse un hecho como delito, e inclusive cualquier acto era considerado como delito y se le castigaba con una pena hasta de privación de la libertad.

De lo anterior podemos expresar: "La primera garantía de seguridad que encontramos en el artículo 17 Constitucional está concebida en los siguientes términos: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Esta garantía no viene a ser sino la corroboración o confirmación del principio jurídico de *nullum delictum, nulla poena sine lege*. En efecto, de acuerdo con él, solamente un hecho reputado por la ley como delito puede ser considerado como tal y, en consecuencia, ser susceptible de sancionarse penalmente. Por ende, una deuda proveniente de un acto o relación jurídicos civiles en sí mismos, esto es, no estimados por la ley como delictuosos, no puede engendrar una sanción penal (como es la privación de la libertad), ya que esta se reserva a los delitos.²⁵ . . .

Si analizáramos lo anterior también caeríamos en otro principio jurídico que es el de la exacta aplicación de la ley en el sentido de que sólo podrá aplicarse una pena a un hecho tipificado por la ley como delito.

Por otro lado, estamos de acuerdo en que las deudas de carácter civil no se les considere como delito merecedor de una pena, pero también, habría primero que atender a la situación de que su origen de dicha deuda civil no sea de procedencia delictiva por que entonces sí se le podría considerar como delito merecedor de una pena, tal es el punto que queremos definir en la presente

²⁵

Burgos, Ignacio. Las Garantías Individuales. 24a. Edición. Editorial Porrúa, Méx. D.F. 1992. p.634.

opinión emitida en esta tesis, ya que un incumplimiento de contrato puede tener su origen o procedencia de un aspecto que lo convertiría en delito, como por ejemplo, del engaño, que entonces le daría el carácter delictivo de fraude, pero dejaremos la duda de la cual hemos venido hablando: ¿ como saber si la intención subjetiva e interna del sujeto activo es la de engañar o no ?

Por último y como dato extra, diremos que la garantía aquí expuesta, deriva un derecho subjetivo público y que el gobernado puede no dejarse privar de su libertad a virtud de una deuda de carácter puramente civil, siendo esto una situación de obscuridad de la ley, siendo esto por lo que muchos de los delincuentes, una vez que han sido apresados, declaran estableciendo una deuda de carácter civil en base al dolo, aún y cuando esté tipificada en el código penal, ya que oscuridad en establecer cual es el dolo civil y el dolo penal.

CAPITULO III

CONTRATO CIVIL

CONCEPTO

Habiendo ya dejado en claro lo que es un fraude, tanto genérico como específico, ahora analizaremos la otra parte en esta disertación sobre la que tratamos, a efecto de poder dejar en claro también lo que es un contrato y lo que es el incumplimiento del mismo.

Empezaremos diciendo que las fuentes principales de las obligaciones (que definiremos mas adelante) son los contratos y los convenios.

El Código Civil nos da una definición de contrato en el libro cuarto, primera parte del título primero en el capítulo I artículo 1793 diciendo lo siguiente: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." Pero de acuerdo al artículo anterior tendremos que recurrir al artículo 1792 que es el que nos da la definición de convenio: "Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones." De esto, El Licenciado Rafael Rojina Villegas nos dice: "El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios."²⁶

Con la definición antes dada, Rojina Villegas no hace mas que prácticamente reproducir la definición del Código Civil y posteriormente trata el

²⁶

Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV. 21a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1991. p. 7.

asunto de la diferenciación entre los contratos y los convenios, los cuales se distinguen por la simple y sencilla razón de que los convenios son el género y los contratos la especie.

Existen dos tipos de definiciones para los convenios: en sentido amplio y en sentido estricto, siendo que este último se deriva del primero, ya que en sentido estricto o especial sería: "...se entiende por convenio al acuerdo de voluntades mediante el cual modifican o extinguen obligaciones y derechos..... la novación, la revocación de un contrato."²⁷

Hacemos la observación de que en nuestro Código Civil no se define al convenio mas que en sentido amplio, tal y como podemos ver en el artículo 1792 ya antes mencionado; así como también se apunta que la definición de convenio en sentido estricto habla de modificar o extinguir obligaciones y derechos, mientras que la del contrato habla de producir y transferir los mismos, es decir, a nuestro parecer el complemento de el concepto estricto o especial de convenio sería luego entonces el concepto de contrato, lo cual no es correcto y apoyáramos la idea de que el sentido estricto de convenio desapareciera.

Encontramos entonces que legalmente hay identificación del convenio con el contrato, es decir, que finalmente según la ley, el contrato es un convenio, estando, a nuestro entender, equivocados aquellos autores que establecen que nuestra ley distingue a uno y a otro.

A manera de comparar sobre la terminología de contrato y convenio, podemos decir que igualmente en la definición del Código italiano, en su artículo

²⁷

Peniche López, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 22a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1991. p. 219 y 220.

1321 existe identificación entre el contrato y el convenio ya que versa definiendo al contrato como " el acuerdo de dos o mas personas para conseguir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial."

A nuestro entender la definición anterior está errónea desde el momento en que habla únicamente de relación jurídica patrimonial, ya que también se consiguen, regulan o extinguen otro tipo de relaciones jurídicas, vg. contrato de matrimonio, pero si establecemos que hay identidad entre el contrato y el convenio.

Apoyando nuestra teoría, "COLIN y CAPITANT" entienden que aunque el Código Civil de Napoleón (art. 1101) parece distinguir entre contrato y convenio, haciendo de éste el género y de aquél la especie, esta distinción sólo tiene carácter terminológico, ya que las mismas reglas generales se aplican a ambos u hasta en algunos casos dicho código emplea indiferentemente una y otra palabra.

Por eso, al definir el contrato escriben que "contrato o convenio es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos."²⁸

También expondremos la teoría de Josseland, quien decía que por ejemplo una remisión de deuda no era un contrato sino un convenio ya que extingue obligaciones y no las crea, pero a nuestro punto de vista, si con la palabra remisión se refiere a transferir la deuda, de todos modos se crearían

²⁸

De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo III. 7a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1989. p. 266.

obligaciones y derechos aunque con persona distinta y con el mismo deudor por que para tal transmisión se necesitaría el consentimiento de la otra parte; y si se refiere a eximir de la deuda, entonces, por lo menos se crearían derechos y obligaciones, que serían el derecho a no pagar aunque con posterioridad se le exigiera, y la obligación de no exigir el pago con posterioridad al convenio o contrato. Además el mismo Jossierand exponía la situación de encontrarse con uno de los tipos de convenio al hablar de contrato, esto es, contrato es convenio.

Por otro lado, de la definición del Código Civil de Napoleón encontramos que "es casi una reproducción de la de Pothier, acudiendo a éste veremos que un convenio cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas para formar entre ellas alguna obligación o para destruir una precedente o para modificarla."²⁹

Vemos que en esta definición de convenio también cabría la de contrato, ya que inclusive un contrato también extingue obligaciones en un momento dado, y que esto sería al momento de cumplimentarse el mismo.

Dejaremos el problema de la definición en virtud de no ser materia de nuestra tesis, y pasaremos a la idea de contrato y a seguir analizando el demás contenido de la definición, estableciendo por último, que todos los autores de una de otra manera aceptan que el contrato es un tipo de convención, o sea, un convenio.

²⁹

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 12a. Edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1991, p. 112.

Dentro de la definición de contrato se encuentran las palabras derechos y obligaciones, las cuales definiremos a continuación:

"Derechos.- Conjunto de las facultades otorgadas o reconocidas por las normas del derecho objetivo.

Obligación.- La relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (llamada deudor), queda sujeta para otra (llamada acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor.³⁰"

Rojina Villegas también nos habla de los tipos de derechos que comprende la mencionada definición expresando que son los reales y los personales, manifestando que prefiere llamar a éstos últimos como personales y no patrimoniales, ya que puede haber derechos personales de sentido extrapatrimonial como los de tipo político, públicos, subjetivos, los de potestad y los del estado civil.

Respecto a la idea de contrato, veremos que por los diferentes autores se ha expuesto que es un acto jurídico o norma jurídica o ambos, como Kelsen, quien expone lo siguiente: "... en su obra denominada El Contrato y El Tratado Analizados Desde el Punto de Vista de la Teoría pura del Derecho, que el contrato lo podemos estudiar de dos maneras diferentes: como acto jurídico y como norma jurídica."³¹

³⁰ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Ob Cit. P. 229 y 366.

³¹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, Tomo V. 6a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1992. p. 183.

Lo manifestado en el párrafo próximo pasado lo apoya su autor diciendo para todos los civilistas que el contrato es un acto jurídico, pero que se han olvidado de estudiarlo o proponerlo como norma jurídica individualizada, que al igual que las normas generales tienen cuatro ámbitos: el material, el temporal, el espacial y el personal.

Otro autor como lo es *Rojina Villegas* también acepta la teoría expuesta y dice: "Si sólo nos concretamos al proceso, estudiaremos al contrato como acto jurídico, veremos sus elementos constitutivos y hasta allí daremos por terminado el estudio; pero si además de estudiar el proceso de formación, analizamos el resultado, entonces nuestro estudio ya recaerá sobre la norma creada por el contrato."³² Esto lo dice por la regla de conducta que se crea una vez que se han satisfecho todos los requisitos de validez y esenciales, y habla de que habrá cuestiones que se tengan que analizar en un contrato como norma y no como acto, como por ejemplo el alcance que tiene, materias sobre las que se puede contratar, etcétera.

Por el contrario, *Rafael De Pina* expone: "El contrato no es a nuestro entender, una norma jurídica, en el mismo sentido en que lo son la ley y la costumbre, por ejemplo, sino un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas."³³

³² Idem.

³³ De Pina, Rafael. Ob. Cit. p. 265.

Acordamos nosotros con esta última hipótesis en razón a que consideramos al contrato como acto jurídico regulado por leyes o normas, por que si analizáramos otros hechos que se suscitan dentro del derecho, todo sería norma jurídica y nada estaría regulado por las mismas, esto es, que una cosa es establecer una sanción penal regulada en una norma en un contrato, y otra que dicha norma o sanción constituya todo el contrato, ya que los contratos son libres y dentro de los mismos se puede establecer si se tiene que cumplir o no inclusive.

ELEMENTOS DEL CONTRATO

Siguiendo con nuestra línea de esclarecer lo que es el contrato, y ya teniendo la definición o concepto del mismo con los elementos de dicha definición, además de analizar al mismo contrato, continuaremos ahora con sus elementos de validez y de esencia para posteriormente clasificarlos en el siguiente capítulo.

"Denominanse elementos del contrato a los requisitos o condiciones que en éste deben concurrir para su existencia.

Constituyen, pues, estos elementos, las partes esencialmente integrativas del contrato.

Los elementos del contrato se clasifican corrientemente en esenciales, naturales y accidentales.

Llámanse esenciales aquellos sin los cuales el contrato no puede producirse; naturales los que le acompañan normalmente, como derivados de su índole peculiar, y se sobreentienden por la ley, pero pueden ser excluidos por la voluntad de las partes, y accidentales los que sólo existen cuando los contratantes los agregan expresamente para limitar o modificar los efectos normales del acto.³⁴

El Código Civil vigente en su artículo 1794 y 1795 nos dicen: "Para la existencia de un contrato se requiere:

1.- Consentimiento y

³⁴

De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. págs. 277 y 278.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

Y en su artículo siguiente:

Artículo 1795.- "El contrato puede ser invalidado:

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

II.- Por vicios del consentimiento;

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

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

Así como relativos al tema también lo son los artículos del 1796 al 1834 en donde consta la manera legal de su perfeccionamiento y después expone por secciones a la capacidad, representación, consentimiento, vicios del consentimiento, objeto, motivo o fin y la forma en los contratos.

El artículo 1794 creemos que adolece de no tener a la capacidad entre sus elementos esenciales, estando nosotros de acuerdo con Códigos relativos de otras entidades, {francés, español e italiano}.

Existen además de los ya expresados, otros elementos específicos para cada contrato en particular, aunque muchos autores los consideran como aspectos especiales del consentimiento y del objeto, pero intentaremos ver algunos más adelante.

Procederemos a analizar cada uno de los elementos comenzando por el consentimiento:

"Consentimiento: m. Acción de consentir.

Consentir; v. tr. Permitir que se haga una cosa o condescender que se haga.³⁵

Una vez sabiendo lo que es consentimiento, diremos que el consentimiento tiene las siguientes características:

"I. Concurso de voluntades. El consentimiento es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.

II. Oferta y aceptación. Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato; esto es lo que se llama oferta o pollicitación. Si el otro se muestra conforme con ellas, les da su aceptación, queda conformado el consentimiento.

....Otras veces, tratándose de contratos complicados, generalmente, se redacta primero un proyecto de contrato que las partes estudian y discuten y modifican hasta que se llega de común acuerdo a una redacción definitiva.

III. Ausencia de consentimiento. Hay veces en que el consentimiento es aparente, pero no existe en realidad, sino que hay una mala inteligencia. Esto acontece principalmente en dos hipótesis: a) Cuando hay un error sobre la naturaleza del contrato.....b) Cuando hay error sobre la identidad del objeto.....La ausencia del consentimiento hace que el contrato sea inexistente.³⁶

³⁵

Manual Sopena. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Única Edición. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona España. 1979.

³⁶

(36).- Burja Soriano, Manuel. Ob. Cit. pág. 121.

De lo transcrito anteriormente, a nuestro parecer hicieron falta datos tanto en el punto marcado con el número 1, como en el punto tres, estableciendo por ejemplo en el primer punto que al decir en su última parte "...siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior," hace falta mencionar la manera en que se manifiesta exteriormente ya que puede revestir determinada formalidad, como por ejemplo, que sea por escrito, o que se dé ante notario, etc. Por lo que se refiere al punto tres, hace falta mencionar el dolo o la mala fé que pueden o no estar intrínsecas en las dos hipótesis dadas.

De lo anterior inclusive, otros autores hacen secciones en sus obras para hablar por separado del consentimiento y del objeto, ya que el contrato según la ley, se forma por el consentimiento de las partes en donde dos personas tienen que ponerse de acuerdo sobre alguna cuestión en específico y estar conforme ya sea con alguna acción de dar, hacer, no hacer o no dar, es decir: "Para que haya consentimiento jurídicamente, se precisa la concurrencia de dos elementos esenciales; 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 unidos por la más exacta conformidad, en cuanto a las personas, las cosas y la naturaleza y modalidades del contrato que se intenta celebrar.

Esriche define el consentimiento como la adhesión de uno a la voluntad del otro o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno consentimiento.³⁷"

El autor propuesto en los párrafos inmediato anteriores menciona dos elementos esenciales dentro del consentimiento, los cuales son: la oferta y la aceptación: Oferta.- La cual hace una persona a otra unilateral y voluntariamente, estableciendo en su oferta que si es aceptada, entonces éste quedará obligado. La oferta se hace expresamente mediante signos externos, sensibles, y se dirige directa o indirectamente a la otra parte. Cuando hablamos de signos externos puede ser por medio de la palabra, por medio de mandatario, por carta, teléfono, etcétera.

La oferta no obliga al proponente hasta que se dé la aceptación, y puede ocurrir que la oferta se haga con restricciones, o que no haya llegado a su destinatario, o en su caso, que se revoque.

La oferta puede ser revocada debida o indebidamente pero: "Según Pothier (Vente, núm. 32) la oferta aunque indebidamente revocada, debe sin embargo tenerse por revocada. No habrá pues contrato; pero la culpa del proponente permitirá al aceptante, si la revocación le causó un perjuicio, demandarle la consiguiente reparación."⁵⁸

Aceptación.- La aceptación al igual que la oferta debe hacerse de manera expresa, bajo signos externos, dirigida directa o indirectamente al proponente, debe hacerse inmediatamente al recibimiento de la oferta sea por cualquier medio que se hubiere recibido y debe ser voluntaria. "Puede, por otra parte, presentarse en múltiples formas. Puede aún ser tácita y tenerse por

⁵⁸

Gaudement, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. 2a. Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1984. pág. 54.

expresada sin siquiera manifestación verbal de voluntad por parte del aceptante, a virtud de la interpretación de ciertos actos. Cuando, por ejemplo, a una propuesta de contrato el aceptante nada contesta, pero cumple, ese cumplimiento vale como aceptación (en materia de mandato, art. 1985, párrafo 2o.).³⁹

La aceptación cierra el contrato, lo convierte en un acto jurídico definitivo, es decir, lo perfecciona, y desde este momento quedan obligadas ambas partes; una a cumplir con la oferta en los términos precisos en que la hizo, y la otra a dar el precio y cumplir con su aceptación íntegramente.

También dentro del consentimiento está el principio de la autonomía de la voluntad, el cual consiste en que cada uno de los contratantes se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, decide libremente sobre si quiere contratar o no, y si decidiere contratar lo hará en un plano de igualdad y estando de acuerdo ambas partes.

Este principio de autonomía lo limita el orden público surgiendo la duda: "¿El principio de autonomía de la voluntad es efectivo? No, porque contra la observancia de la ley no puede alegarse costumbres, desuso o práctica en contrario; además de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."⁴⁰

Lo anterior es con el fin de dejar en claro la situación de que a pesar de que los contratos son libres y están regidos por el consentimiento de las partes,

³⁹ *Idein*, pág. 57.

⁴⁰ Bailon Valdovinos, Rosalfo. *El Derecho Civil*. 1a. Edición. Editorial Pae, S.A. de C.V. México D.F. 1992. pág. 151.

no se puede estipular cláusulas que no estén conforme a la ley, o no pueden tener la validez legal necesaria sin que se realice de acuerdo a las formas en que marca la misma ley, o que contenga cuestiones que la ley marque como situaciones de invalidez o inexistencia del mismo, tal como lo es "VICIO DE VOLUNTAD. Efecto que el error, la violencia o el dolo producen en el consentimiento, consistente en la invalidez del acto a cuya formación han concurrido."⁴¹

Estos vicios de la voluntad o del consentimiento, y el que la voluntad no se haya manifestado de acuerdo a la forma en que la ley lo establece, entran dentro de las causas que invalidan un contrato, y la falta de consentimiento u objeto serían la causa de inexistencia del mismo.

El artículo 1795 del Código Civil vigente en la entidad, en su fracción II y IV nos dice: "Art. 1795 El contrato puede ser invalidado:

I

II Por vicios en el consentimiento

III

IV Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Y el artículo 2224 del mismo ordenamiento dice: "Art 2224 El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

⁴¹

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. pág. 483.

Para terminar con el consentimiento, hablaremos de sus vicios y de cuando no es manifestado conforme a derecho.

Los vicios del consentimiento están regulados en los artículos 1812 a 1823, en donde en el primer artículo nos marca que los vicios del consentimiento son el error, la violencia y el dolo, aunque algunos autores consideran que también debería entrar la lesión y la simulación, con lo que no estamos de acuerdo en que entrara la lesión, pero sí la simulación, aunque creemos que ya se encuentra implícita en el dolo o tal vez en el error, o en ambos. La lesión no, por la cuestión de que consideramos es una circunstancia que surge a consecuencia de otros factores y entre ellos de los mismos vicios del consentimiento.

"Error. Conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de un derecho, que invalida el acto producido con tal vicio."⁴²

"Error.-Este es una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico."⁴³

De la definición anterior hacemos el comentario de que el autor pudo haberla dirigido al derecho.

"Considera el Código Civil tres especies de error: el de derecho, el de hecho y el de cálculo. El error de derecho o de hecho invalida el contrato

⁴² Idem. pág. 254.

⁴³ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. T.1 pág. 139.

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 que por las circunstancias del mismo contrato que se celebró esté en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

El error de cálculo sólo dá lugar a que se rectifique.⁴⁴

Rojina Villegas en su "Compendio de Derecho Civil" nos habla también de grados de error estableciendo el error destructivo de la voluntad, que dá la inexistencia del contrato; el error que simplemente vicia la voluntad y dá nulidad relativa; y el error indiferente. De lo que éste último nos parece que sobra ya que si es indiferente no cuenta.

La violencia puede ser a través de miedo, fuerza o intimidación, "... es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada.⁴⁵"

Tal y como todos sabemos el dolo es la conducta con carencia de probidad, es la sorpresa, fraude, fingimiento que se hace para engañar a alguien. Nuestro Código Civil distingue entre lo que es el dolo y lo que es la mala fe, estableciendo al dolo como sugestión o artificio que se use para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y entiendo por mala fe la disimulación del error de alguno de los contratantes, cuando éste error es ya conocido.

⁴⁴ De Pina, Rafael. Ob. Cit. T.III pág. 288.

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. T.III pág. 138.

En este sentido, opinamos que la simulación de un error que ya es conocido, podría confundirse e inclusive podría ser lo mismo que mantener en el error a alguna de las partes.

El Objeto. Los artículos 1794, 1795, del 1824 al 1831, el 2224 y el 2225 del Código Civil vigente en nuestra entidad, también nos habla del objeto tratándolo a manera de requisito esencial en los contrato, como efecto para acarrear nulidad o invalidez, así como en el aspecto de lo que puede ser parte del objeto, etcétera.

"El objeto del contrato es la obligación y el objeto de ésta es la prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Cuando el Código Civil habla del objeto del contrato, en realidad quiere referirse al objeto de la obligación. La cosa objeto de una obligación de dar debe llenar los siguientes requisitos: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. El hecho positivo o negativo, objeto de las obligaciones de hacer o no hacer, debe ser posible y lícito (artículos 1825 y 1827 del Código Civil)."⁴⁶

El párrafo anterior es lo mismo a lo que se refiere Rafael Rojina Villegas al expresar que se debe distinguir entre el objeto directo e indirecto y que así se hace a nivel doctrinario. "Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el

⁴⁶

Lic. Puente Y F., Arturo y Lic. Calvo M., Octavio. Derecho Mercantil. 38a. Edición. Editorial Banca y Comercio. Naucalpan de Juárez Estado de México. 1991, pág. 264.

objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta.⁴⁷

Por esto entendemos, que el objeto en un contrato no es simplemente la cosa o el hecho de dar, hacer o no hacer (incluyendo cosas o hechos futuros), tal y como lo menciona el artículo 1824 del ordenamiento correspondiente; sino que, hasta cierto punto, esto surge como consecuencia del objeto principal de los contratos, que es el de crear y transmitir derechos y obligaciones.

Por último, en relación al objeto, diremos que la falta del mismo dentro de un contrato, trae como resultado la propia inexistencia del acto jurídico, esto, de acuerdo al artículo 2224 del Código Civil; y la ilicitud, causa la nulidad o invalidez, de acuerdo a los artículos 1795 y 2225 del mismo Código.

Existen otros elementos del contrato de tipo menos importantes que los de existencia y validez del contrato, y que incluso, como ya habíamos hecho mención al principio de este capítulo son inherentes con los principales, tales como: capacidad (que nosotros propusimos que debería ir entre los elementos esenciales), y que su falta también acarrea invalidez en el acto jurídico establecido en la fracción I del artículo 1795 del Código Civil; la representación, que es el contratar a nombre o por medio de otro, y que sin la autorización debida para hacerlo es nulo el acto; la forma, que es la manera que reviste la ley para la

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

Son varias las clasificaciones que exponen los diferentes autores; empezaremos por analizar nosotros alguna de ellas, e ir aumentando algunas otras propuestas de otros autores.

Los contratos se clasifican de la siguiente manera:

"a) Unilaterales, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta le quede obligada;

b) Bilaterales, cuando las partes se obligan recíprocamente;

c) Onerosos, cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos para las partes;

d) Gratuitos, cuando el provecho es solamente para una de las partes;

e) Comutativos, cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste;

f) Aleatorios, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.⁴⁸

Autores como Peniche López, dentro de su clasificación trata también a los:

⁴⁸

celebración de los contratos, y que es libre con las restricciones de ley; y por último y dentro de los que considera nuestra ley, está la solemnidad que es aquél contrato que reviste todas las formalidades exigidas por el legislador, para poder obtener su validez.

"NOMINADOS E INNOMINADOS. Contrato nominado es aquel que tiene un nombre especial dado o confirmado por el derecho, como el mutuo, el como dato y la compraventa. Contrato innominado es el que no tiene un nombre especial dado o confirmado por el derecho.

PRINCIPALES Y ACCESORIOS. Contrato principal es aquel que existe independientemente de cualquier otro como el mutuo, mandato, etc. Contrato accesorio es aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación que engendra el contrato a que se une y por tanto no tiene una existencia propia, por ejemplo: la fianza y la hipoteca.

CONSENSUALES Y REALES. Son contratos consensuales aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes como en la compra y el arrendamiento. Son contratos reales aquellos que además del consentimiento exigen para su perfeccionamiento la entrega de la cosa objeto de la obligación, como el comodato, el depósito, el mutuo, la prenda, etc.

SOLEMNES Y NO SOLEMNES. Se distingue entre contratos solemnes y no solemnes según que su eficacia esté o no subordinada a la observancia de ciertas formalidades, independientemente del conocimiento indispensable para la existencia de todo contrato.⁴⁹

Así mismo el Licenciado Peniche nos da otra clasificación de la siguiente manera:

"Finalmente, algunos autores clasifican los contratos por los efectos que producen reduciendolos a las cuatro clases siguientes:

⁴⁹

Peniche López, Edgardo. Ob. Cit. pág. 221.

1o. *Traslativos de la propiedad: como la compra, la permuta, el mutuo, la renta vitalicia, la donación.*

2o. *Traslativos de uso: como el arrendamiento y el comodato.*

3o. *Que tienen por objeto una garantía, como los seguros, la fianza, la prenda y la hipoteca, y*

4o. *Que tienen por objeto la prestación de servicios, como el mandato y el depósito.⁵⁰*

Con las clasificaciones expresadas, hacemos notar que las mismas, las hacen los diferentes autores doctrinarios tomando en cuenta diferentes factores, tales como el clasificarlos ya sea por los efectos que producen, por su forma de celebración, por el objeto, por transmitir propiedad, por usarla, porque estén especificados en la Ley o por que no lo estén; sintiendo por nuestra parte, que a los autores anteriores les haría falta contemplar otras clasificaciones como las de los contratos con y sin representación, los contratos con cumplimiento a plazo, a favor de terceros, preparatorios, formales, mixtos y de efecto inmediato y diferido.

Los contratos formales son aquellos para los cuales se requiere una forma especial, como aquellos que necesitan la intervención de un notario.

Se llaman mixtos aquellos que son en parte nominados y en parte innominados.

En atención a su eficacia, son de efecto inmediato o diferido. Los de efecto inmediato quedan realizados en el momento mismo de su perfección, en

tanto que los de efecto diferido tienen una realización posterior. Existen también las clasificaciones que mencionan los de cumplimiento instantáneo, cuando la realización de las prestaciones que incumben a cada parte se lleva a cabo en un instante dado; los de cumplimiento sucesivo se dan cuando las dos partes o una de ellas quedan sujetas a prestaciones repetidas a intervalos convenidos, por tiempo determinado o indeterminado.

Se califican como preparatorios a los que crean un estado de derecho como preliminar necesario y aplicable a la celebración de otros contratos posteriores.

Los contratos sinalagmáticos imperfectos son aquellos que en el momento de su celebración, solo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes, aunque con el tiempo pueden haber obligaciones a cargo de la otra parte.

Contrato con representación es aquel que se celebra por medio de otra persona llamada representante. Esta figura de la representación supone dos condiciones:

- Que el acto jurídico se ejecute por el representante, en nombre del representado.
- Que el acto jurídico se realice por cuenta de el representado.

Después de las clasificaciones que hemos analizado, esperamos haber dejado en claro que existe una gran gama de ellas, y que inclusive los mismos autores les dan diferentes denominaciones a figuras contractuales iguales.

EFFECTOS DE EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

Antes de empezar con el estudio de este tema, tomaremos en cuenta que es uno de los mas importantes dentro de nuestro trabajo en general, así que esperamos ponerlo muy en claro y poder aportar tanto en este capítulo como en las conclusiones, algún dato importante.

Como es sabido, el cumplimiento de las obligaciones o de los contratos, es hacer, no hacer, dar o no dar lo prometido o comprometido en el mismo contrato, tal y como se puede comprobar de acuerdo al artículo 2062, el cual versa: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."

Y el pago o cumplimiento de las obligaciones, debe hacerse en los términos establecidos en el propio contrato, aunque también, en ocasiones se puede cumplir por un tercero interesado o no interesado, o bien, cumplir mediante representante, por un tercero ignorándolo el obligado e inclusive en contra de la voluntad del mismo, salvo pacto expreso en contra que conste en el contrato.

Debe cumplirse a la misma persona con quien se obligó o a su representante legítimo, y la obligación queda extinguida en el momento en que se paga o se cumple haciendo, no haciendo, dando o no dando lo prometido.

De acuerdo al Código Civil: el incumplimiento de las obligaciones o del contrato trae como consecuencias según el artículo 2104, el que sea responsable de los daños y perjuicios, entendiéndose por daños, la pérdida o

menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; y se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, y estos daños y perjuicios deben de ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

Para establecer el monto de los daños y perjuicios se recurre a peritajes, y lo determinará finalmente el juez, o bien, será regulado por convenio entre las partes.

En referencia al valor estimativo de la cosa, éste no será tomado en cuenta, a no ser que se compruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; y será determinado por el juez de acuerdo al artículo 1916, que será mediante una indemnización en dinero con independencia del daño material, tanto contractual como extracontractualmente. Para la determinación del monto de la indemnización por daño moral, el juez tomará en cuenta los derechos del lesionado, grado de responsabilidad, situación económica del responsable, y de la víctima, así como circunstancias del caso.

Situación que se nos hace inútil, ya que el querer establecer cuanto daño se le ha hecho a una persona de manera espiritual o interna es una situación demasiado subjetiva, en virtud de que jamás (a nuestro parecer) se podrá, por un lado, comprobar si se hizo tanto o cuanto daño a una persona, y por el otro, mucho menos una persona externa a la víctima, sabrá si ésta última ha sido dañada en su interior o no.

Ahora bien, ya puntualizado lo que son daños y perjuicios, y que a falta de cumplimiento de un contrato se tiene derecho a la indemnización, veremos ahora la manera de ser solicitada por la víctima dicha indemnización; luego entonces, autores nos dicen: "La norma general para la resolución de un contrato bilateral es en el sentido de que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante autoridad judicial y que, por tanto, en principio, dicha resolución no opera de pleno derecho." A lo que el mismo autor agrega en contraposición: "En desacuerdo con lo anterior, Gutiérrez y González afirma que el pacto comisorio implícito opera ipso iure en Derecho Mexicano, basándose para ello en que los Códigos civiles de 1870 (art. 1537) y de 1884 (art. 1421) expresamente exigían acudir a la autoridad judicial para obtener la resolución por incumplimiento del contrato bilateral, en tanto que el Código actual de 1928 (art. 1949) ya no impone ahora expresamente tal exigencia."⁵¹ Por lo que, ante tal comentario, procedemos a transcribir el texto del artículo a que hace mención el maestro Gutiérrez y González: artículo 1949: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos

⁵¹

Sánchez Medel-Urquiza, José Ramón. La Resolución de los contratos por incumplimiento. 4a. Edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1989. pág. 56 y 57.

casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

La anterior contradicción es en el sentido, y a nuestro parecer, por que el Código actual (vigente), de acuerdo a la libertad contractual, permite el pacto comisorio, esto es, que autoriza a prescindir de la intervención judicial por pacto comisorio expreso o por plazo esencial concedido a una de las partes para cumplir con el contrato.

Es así, como cuando existe o se dá incumplimiento por alguna de las partes, nacen en ese momento a favor de la otra, dos acciones: la acción para pedir la ejecución forzada del contrato y la acción para obtener la resolución del mismo contrato. Acciones que tienen idéntica duración para que prescriban.

Presupuestos para pedir la resolución de un contrato serían:

- a) Que exista un contrato de prestaciones recíprocas.*
- b) Que haya cumplimiento previo de las obligaciones a su cargo por el acreedor que ejercita el derecho de resolución, a menos que tales obligaciones no sean exigibles todavía.*
- c) Que exista incumplimiento del deudor contra quien se ejercita el derecho de resolución.*

Por lo que a nosotros respecta, podrán también ser presupuestos para pedir el cumplimiento forzado, tal y como dispone el propio Código Civil al decir que el perjudicado puede escoger entre exigir cumplimiento o resolución, es decir, la resolución es dejar sin efecto la relación jurídica contractual, ya sea por disenso de las partes, por incumplimiento de una de ellas, por ser imposible, o

por demasiada onerosidad en el cumplimiento; por lo que podrían ser presupuestos para cumplimiento forzoso por que de alguna manera cuando se pide, también se ha dejado sin efecto una relación jurídica contractual, hay un incumplimiento anterior por el sujeto culpable, se debe haber cumplido con lo que se promete y debe haber contrato con prestaciones recíprocas, con la única diferencia ante la resolución de que aquí si tiene que ser posible el cumplimiento, o bien, si después de haber solicitado el cumplimiento forzoso, y éste se hace imposible, la ley otorga la facultad de solicitar su resolución.

Finalmente hablaremos de la mora y de en que momento se hace exigible el cumplimiento de las obligaciones en los contratos. "La mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación. . . Por lo tanto, se dice que el deudor incurre en mora cuando injustificadamente no cumple en forma puntual su obligación que ya se hizo exigible. . . En efecto, toda obligación de dar o de hacer en la que se fije un plazo de cumplimiento, se hace exigible por la simple llegada del día prefijado, sin que sea menester una interpelación judicial o extrajudicial, y desde ese momento comenzarán a causarse los daños y perjuicios moratorios."⁵²

Entendemos con el párrafo anterior, que para las obligaciones que no tienen señalada fecha para cumplimiento, se necesitará interpelación judicial o extrajudicial para que se hagan exigibles.

Las consecuencias de la mora son:

⁵²

Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. págs. 358, 359 y 360.

1.- *Constituye al deudor en responsable de los daños y perjuicios. (arts. 2104 y 2105).*

2.- *Arroja el riesgo de la cosa sobre el deudor, pues por encontrarse en mora se estima que se halla en culpa.*

3.- *Obliga al deudor a pagar los gastos judiciales conforme al artículo 2118 del C.C.D.F. Este precepto se utiliza tanto para los casos de condena por indemnización compensatoria como en la indemnización moratoria. Esto, en razón a compensar por que nunca se cumple con las obligaciones del contrato, y otra muy diferente a que exista retardo a mora en el cumplimiento. (Una cosa es morosidad, retraso, y otra incumplimiento total del cual ya hablamos anteriormente.).*

Para completar el tema lo mejor posible, creemos harta falta mencionar que nadie está obligado a lo imposible, es decir, nadie está obligado al caso fortuito o fuerza mayor, que es un acontecimiento inusual que razonablemente no se haya podido prever y que hace imposible el cumplimiento de la obligación. (art. 2111 C.C.D.F.).

CAPITULO IV.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO COMO FRAUDE ESPECIFICO.

DOLO CIVIL Y DOLO PENAL.

Esta cuestión ha sido debatida durante largo tiempo sin poderse establecer o distinguir entre uno y otro, luego entonces, trataremos de llegar de alguna manera, a tomar resoluciones o sacar información respecto de este punto dentro del tema.

Existen diversos criterios al respecto:

"a) El de aquellos que estiman existen diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal, y

b) El de los que opinan que no existe entre ambos una diferencia esencial.

Carnignani, que creó una teoría diferenciadora para la cual la distinción del fraude penal y el fraude civil se hallaba en una impostura grande y evidente (la magna et evidens calliditas, de Ulpiano, fr. 7. D. 4. 3), apta para eludir la perspicacia de las personas mas sagaces, la cual, como lo hizo notar Impalloment, choca contra los principios mismos del derecho penal, que protege con mayor severidad la menor defensa individual.

Carrara, quien influenciado por la corriente francesa que estimaba que el fraude no debía consistir únicamente en simples palabras mentirosas, sino que requería además un hecho exterior que hiciera posible integrar el daño,

expresó que la mise en scène completaba los elementos, tanto objetivo como material del delito. Completa el elemento subjetivo –expresa el célebre maestro– por que muestra una mayor astucia, una mayor pertinacia, un hombre más temible a la sociedad. Completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores arquitecturadas para acreditar la palabra mendaz, hace mas excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediato que no surgirla respecto de quien hubiese creído las simples palabras del primer llegado.⁵³”

Cuestión con la que no vamos del todo de acuerdo, en razón a que sentimos que no forzosamente tiene por que haber un hecho exterior o un acto externo para caer en el fraude, o para ser engañado y otorgar lo que se esté defraudando, sino que en muchas ocasiones con la sola mentira o palabra mendaz, vgr. se pide dinero prestado con promesa de pagar en un mes, sabiendo que en un mes no tendrá el pago de dicho dinero.

Impallomeni, afirmó la existencia del fraude criminal cuando el error de la víctima recae sobre el ser o la identidad del objeto; en tanto que la del fraude puramente civil se dá cuando el error recae sobre las cualidades accesorias del objeto. El propio autor desconoció mas 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.

Criterio éste último, que sostenemos y que seguiremos sosteniendo hasta el final y como motivo de la presente tesis, en virtud, de que a nuestro

criterio y que es lo que tratamos de fundamentar con el presente trabajo, no hay distinción entre el fraude civil y el fraude penal, pudiéndose emplear uno u otro indistintamente.

"Maggiore expresa, que entre el fraude civil y el fraude penal, no hay ninguna diferencia cualitativa, solo existe una diferencia cuantitativa en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos.

Cuando existe este elemento, establecido por la ley positiva para acriminar al fraude, este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia que hace que el hecho caiga bajo sanciones penales mas bien que civiles-, el fraude no cambia de naturaleza.⁵⁴"

En primer término, encontramos que se vuelve a confundir con este autor a la estafa y a el fraude ya tratado por nuestra parte cuando hablamos de los antecedentes y del concepto; y en segundo lugar, notamos que dice que la ley penal sólo interviene para reprimir al fraude, cuando se dá con aquella intensidad que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos, siendo esto a nuestro parecer una situación que tampoco distingue al fraude civil del fraude penal, ya que tanto en uno como en otro, se utilizan artificios y embustes idóneos.

Por lo que hace al segundo término, estamos completamente de acuerdo con el último autor de los mencionados, sobre todo cuando establecen que no hay diferencia cualitativa entre el fraude civil y el fraude penal, pero no

estamos de acuerdo en la parte que menciona que sí hay diferencia cuantitativa, por los motivos expuestos en el párrafo anterior.

Entre nuestros penalistas, Jimenez Huerta acudiendo a los textos legales, nota la mayor exigencia de la ley civil, en el fraude contractual, en consonancia con los requisitos necesarios para configurar el fraude genérico simple en la ley penal, pues en tanto para éste basta el engaño, aquél requiere alternativamente de la sugestión, el artificio; igualmente respecto al error, en tanto que la ley civil exige el mantenimiento del error, la ley penal se conforma con el simple aprovechamiento del mismo. El delito de fraude, por ende -concluye el autor-, constituye un fraude civil.

Concepto que en sí, estimamos correcto ciento por ciento, por que haciendo el análisis de dicho concepto, aunque para la ley penal sólo baste el engaño, creemos que si la ley civil menciona artificios y sugerencias, finalmente éstos últimos son también un engaño o una manera de engañar, y el objetivo es el mismo; y por otro lado, si para la ley civil se tiene que mantener en el error, para la ley penal se tiene que aprovechar del mismo únicamente, siendo que en lo penal se mantiene el error también por lo menos hasta que se llegue a la conclusión del fraude, o del acto de defraudar, por que es muy lógico que si se dá cuenta de su error hasta de que se le defraude, corregirá el mismo de inmediato y no se le alcanzará a defraudar. Por lo anterior pensamos también en consecuencia que el delito de fraude constituye un fraude civil.

La tendencia que se manifiesta como prevalente para distinguir entre el fraude civil y el fraude penal desde los romanos hasta nuestros días, considera

que esta indagación no es absolutamente de derecho, sino que implica, casi exclusivamente, una apreciación de hecho.

La quiebra patente de todas las diferenciaciones que se han querido hacer, y el fracaso convicto de cuantos esfuerzos dialécticos se han hecho para fijar la distinción entre el llamado fraude civil y el denominado fraude penal, evidencia la imposibilidad de establecer una separación ontológica entre éstas pretendidas provincias del amplio territorio de lo ilícito.

"También desde puntos de vista pragmáticos, Manzini y Soler niegan: la distinción entre fraude civil y penal no sólo es superflua y arbitraria sino también productora de confusiones perjudiciales, pues induce al error de hacer creer que no obstante concurrir en un hecho todos los requisitos del delito de estafa, puede el hecho ser considerado, con base en una de sus innumerables teorías formuladas al respecto, como un mero fraude civil. Y el segundo concluye que distinguir el fraude civil del fraude penal significa preocuparse de un falso problema.

La diferenciación se hace imposible conforme al ordenamiento vigente, habida cuenta de que los elementos estructurales del llamado fraude civil y del denominado fraude penal son semejantes, como se comprueba si se relacionan y comparan los artículos 1815 del Código Civil que describe el fraude contractual y el párrafo primero del artículo 386 del Código Punitivo.

El delito de fraude constituye contemporáneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito, ningún interés o valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico,

elaboradas para dividirl, metafísica y artificiosamente, en regiones diversas el ámbito de lo ilícito.⁵⁵

Lo que expone el maestro Díaz de León, es en resumen, el decir que todos, o la gran mayoría de los estudiosos del Derecho, llegan a la conclusión de que es inútil el tratar de establecer una diferencia entre el fraude civil y el penal.

A continuación, y a manera de poner una ejemplificación respecto a este tema, se expresa:

FRAUDE, CUERPO DEL DELITO DE.— *Si de las constancias procesales se concluye que el inculpado, en calidad de contratista se comprometió por determinada suma de dinero, a llevar al cabo una construcción y empleó cantidades en cantidad inferior a la estipulada y que además la obra resultó de menor calidad que la convenida, se tipifica el delito de fraude a que se refiere la fracción XIII del artículo 310 del Código Penal de Sonora y la sentencia que así lo declara no es violatoria de garantías.*

Amparo directo 5139/1961. Jesús Nuñez Fores. Resuelto el 15 de marzo de 1961, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Rivera Silva. Srio. Lic. Fernando Castellanos.

Es por esto que en el capítulo de conclusiones de la presente obra, volveremos a insistir sobre este punto para llegar por fin a la meta fijada para la terminación de la misma.

EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO COMO FRAUDE.

El incumplimiento de contrato como fraude específico.....tema principal de esta tesis, y que se relaciona en gran medida con el anterior, ya que en éste, trataremos de unir y encontrar el punto en cuestión que nos preocupa y que será base para establecer la "no" diferencia entre un fraude específico contenido en el artículo 387 del Código Civil vigente, y el incumplimiento de contrato y obligaciones, contenido en el Libro cuarto, Título cuarto, "De los efectos de las obligaciones entre las partes", Capítulo I.

Estudiando todos y cada uno de los fraudes específicos contenidos en el artículo 387 del Código Penal vigente, podemos ver que algunas de las fracciones nos hablan claramente de incumplimientos de contrato, como la fracción I que nos habla del que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado, y no lo hiciere por causa injustificada. Con esto, es claro que en primer lugar, se trataría en su caso y dentro del derecho civil, de un contrato de prestación de servicios, en el cual, existe el incumplimiento por no haber hecho lo que se comprometió al estipularse y aceptar el contrato, luego entonces, caeríamos en un incumplimiento de contrato de prestación de servicios; pero también sería fraude por que existe el engaño y ilicitud en la forma o medio de alcanzar un lucro indebido u obtener una cosa, ya que existe primero el engaño con una promesa de hacer algo, promesa la cual, es o se hace de la manera que influya en el ánimo de la víctima haciendo que este la crea, para obtener de él algún lucro ilícito e indebidamente. Algunos autores

dicen que faltaría afirmar, si desde el principio tenía el sujeto activo el ánimo de no cumplir, o si no se tenía ese ánimo, pero tal y como lo analizamos anteriormente, esto es demasiado subjetivo y fuera de importancia como ya hemos dejado en claro, ya que nunca se podrá saber a ciencia cierta si el activo cumpliría o no, aún teniendo capacidad para hacerlo pero no la intención.

Así como este ejemplo anterior, también encontramos otros incumplimientos de contratos tales como: la fracción IV que sería un incumplimiento de contrato de servicios, o de suministro, o algún otro relativo además de fraude; fracción V que se trata de un incumplimiento de contrato de compraventa y de un fraude, al igual que las fracciones VI, VII. De la fracción VIII se dice: Fraude de Usura. Está sancionado civilmente: Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligue, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser esta imposible, la reducción equitativa de su obligación (lo que no sería en sí un incumplimiento de contrato; en la fracción X sucede una cuestión en particular, que es la de que nos menciona al que simular un contrato, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido. Por simulación de contrato se entiende cuando en él, alguna o ambas partes, dolosamente, confiesan hechos o convenios falsos, lo que daría derecho a una rescisión de contrato, aunque no por incumplimiento sino por dolo, mala fé, o se haría nulo por ser falso, simulado o no válido por contener cuestiones en contradicción de la ley; la fracción XII nos habla de un fraude específico y de un incumplimiento de

contrato de.....por ejemplo, prestación de servicios por obra a precio alzado; XIII y XIV son incumplimientos de contrato de compraventa.

Para Mariano Jiménez Huerta, se confunde la esencia del fraude con la naturaleza del medio empleado, pero no es el fraude en sí mismo. En el fraude civil se requiere alternativamente la sugestión y el artificio, y además se necesita mantener en un error al agente pasivo; sin embargo en el fraude penal basta el simple engaño o el aprovechamiento del error, es decir, basta la actitud astuta; esto nos lleva a la conclusión de que se requieren más elementos dentro del fraude civil.

De lo dicho por Jiménez Huerta se define que, en nuestro concepto, tanto en uno como en otro fraude se necesitan los mismos elementos, ya que para poder engañar se necesita astucia, sugestión y artificio, para poder influir en la conciencia del sujeto pasivo y lograrse el propósito deseado por el activo, tal y como lo menciona Francesco Carrara, que nos lleva al convencimiento de que el engaño requerido para el fraude penal, no es sólo aquél desprendido de la mentira o el discurso, sino el que se acompaña de un artificio proporcionando las condiciones objetivas del delito para apoyar la falacia. (mise en scene).

Es natural que en los contratos, se oculten circunstancias que ponen obstáculos a la celebración; pero hay un límite que hace el contrato rescindible por lesión o nulo porque vició el consentimiento. Nuestros Códigos, Civil y Penal, como hemos dicho a través de esta tesis, dan el mismo criterio para definir el engaño al que llaman fraude cuando resulta en perjuicio patrimonial.

"El dolo en los contratos, anula el contrato si ha sido la causa determinante del acto jurídico. Para la existencia del fraude, es indispensable además, que el engaño actúe como causa intencional, previa determinante de error. La diferencia con el delito, es que en el primer caso la sanción es sólo nulidad.⁵⁶"

La diferencia entre fraude civil y fraude penal, o entre fraude específico e incumplimiento de contrato, (que en sí es lo mismo), si podría ser en base a su sanción, ya que uno, al ser delito, se sanciona con privación de la libertad y multa, y en cambio el incumplimiento de contrato se sancionaría con una rescisión del mismo, con el cumplimiento forzoso, o en su caso, con su nulidad.

"En materia civil, el fraude consiste en ocasionar intencionalmente perjuicio a un particular o a una colectividad por medio de un acto ilícito, con conocimiento de que lo es.⁵⁷"

Con el comentario anterior podemos decir que quizá otra cosa únicamente que pudiera distinguir entre el incumplimiento de contrato, que es un fraude en nuestro concepto, y el delito de fraude sea específico o no, sería el que el primero se puede tomar como el género, y el segundo como especie.

Inclusive, la terminología de los artículos 386 y 387 que tipifican el delito de fraude tiene relación con artículos del Código Civil, así el 1812, 1815

⁵⁶ Arroyo Alba, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico sobre el delito de Fraude. Única Edición. Facultad de Derecho de la UNAM, México D.F. 1962, pág. 63.

⁵⁷ Idem, pág. 64.

y 1816 con el primero, sin ser los únicos, el artículo 2606 y siguientes con la fracción I del 387; el 2119 en adelante, con las fracciones II, XII y XIV del 387. La ley de Títulos y Operaciones de Crédito con la fracción III; el 2605; 2616. 2646 y 2676 del Código Civil con la fracción IV; los artículos 2243 a 2322 con la fracción VI; el 2180 y siguientes con la X y los artículos 1882 y siguientes en relación con la parte del 386 que se refiere al aprovechamiento del error.

Así, ejemplificamos la relación que existe entre los conceptos y figuras del Código Civil y los términos y figuras de los artículos del Código Penal encontradas en los artículos 386 y 387 y demás relativos al fraude. Lo anterior es para establecer entonces, que en nada nos encontramos equivocados al decir que el fraude específico y el incumplimiento de contrato, son lo mismo, o sea que, el pasivo, a criterio propio, debería poder tener la elección entre rescindir un contrato, obligar al activo a que cumpla forzosamente, a nulificar el contrato, y a proceder en la vía penal correspondiente de fraude.

NECESIDAD JURIDICA DEL EJERCICIO DE AMBAS INSTANCIAS,

TANTO LA CIVIL COMO LA PENAL.

Del capítulo anterior, sacamos en conclusión que es necesario el poder emplear ambas instancias, ya que como hemos dicho, muchas veces la sanción que establece una u otra de las instancias, es insuficiente o no aplica al activo el rigor o peso de la ley que se debería aplicar, además de que, pudiéndose aplicar ambas instancias, se permite al pasivo el que obtenga alguna compensación en contra del activo, ya sea por que la compensación sea remunerativa en dinero, en que le cumplan con lo ofrecido, o bien, que en dado caso que sea imposible el cumplimiento de algún contrato, ya sea pagando o realizando algún acto o hecho que satisfaga al perjudicado, se pueda hacer que pague su fechoría con la propia libertad de su persona, y por el tiempo en que el Juez penal correspondiente crea que es necesario a fin de que se readapte a la sociedad y no vuelva a cometer delito patrimonial alguno, y menos el delito de fraude.

En la práctica, aún y cuando se encuentra regulada el incumplimiento de contrato en el Código Penal como fraude específico, nunca, o casi nunca se dan las denuncias por este tipo de situaciones, es decir, si en una compraventa verbal, el comprador paga con cheque a sabiendas de que éste no tiene fondos, y el vendedor al enterarse de esta situación recurre a formular su denuncia de hechos, ésta será desechada de plano en la alegata de tratarse de una deuda de

carácter civil (mercantil), e inmediatamente las autoridades penales lo turnarán a las autoridades civiles, sin importar el engaño (elemento psíquico del fraude penal), ni si hubo intención siquiera de engañar, o si el incumplimiento de contrato esta estipulado como fraude civil, o no, o si debería o no castigarse al responsable con pena privativa de libertad.

Es decir, el que incumple en un contrato, bien asesorado por algún abogado, sabe que habiendo defraudado a alguien, sea persona moral o física, y habiendo puesto todo a nombre de alguien más, o sacado dinero del país, o inclusive huyendo y escondiéndose de la ley, o quien sabe cuantas formas más habrá, es difícil que mediante un proceso civil o mercantil se le pueda cobrar, aún y cuando existan las llamadas medidas precautorias, o sabe, por lo menos que en un juicio de ese tipo tardará mucho en que se le pueda cobrar.; en sí, lo que queremos dejar en claro, es que no hay una situación realmente efectiva que comine al delincuente o incumplidor a no cometer delito.

Sabemos que es hasta cierto punto peligroso lo que manifestamos, en virtud de que posiblemente puede haber casos en que no se quiso, o no hubo la intención de incumplir con el contrato, pero esto es una cuestión que como lo estudiamos en todo este trabajo, es de tipo subjetivo o psíquico, es decir no se podrá comprobar ni por el pasivo ni por el activo nunca, el que en un principio sí se quería cumplir y posteriormente por alguna circunstancia no se pudo, aún y cuando el incumplidor pueda decir y comprobar que tuvo una crisis económica posterior, ya que esto, si lo vemos desde un punto de vista concreto, puede no significar nada para el perjudicado, por que él no sabe si sí se le quiso engañar

o no, lo único que sabe es que él sigue perjudicado, por que aún y que se le restituya la cosa (por ejemplo en una compraventa) la cosa ya no es la misma por el deterioro, uso, etcétera que pueda contener al momento de la restitución.

O sea, estamos hablando de que haya sido con intención o no, existe culpa, y por esa culpa tiene que pagar de alguna manera, tal y como Ulpiano dió la definición de culpa: "Falta de diligencia que en sus cosas ordinariamente tienen los buenos padres de familia.

Según él, esa desidia o negligencia era reprehensible según derecho.⁵⁸"

Hablando de la culpa, y de que el pasivo, haya o no haya habido intención de incumplirle, queda perjudicado, a más de ser un hecho injusto totalmente.

Von Liszt dice que cuando el hecho es injusto y la sanción civil insuficiente, la ley debe establecer una sanción penal; y en este caso, es un hecho injusto, y la sanción civil insuficiente a nuestro parecer.

Manzini al hablar de la confusión entre el dolo civil y dolo penal, el cual ya hemos estudiado, dice: "..... no obstante la concurrencia en un determinado hecho de todos los requisitos esenciales del delito de fraude, el hecho mismo puede considerarse, sobre la base de una de las innumerables teorías, a propósito escogida, como un mero fraude civil. Error extraño y enorme en el cual no fué raro que cayeran ilustres escritores; y la propia jurisprudencia, incluso llega, finalmente, a admitir escapatórias para los delincuentes. Ninguna

*doctrina, opinión o costumbre se puede contraponer a la voluntad de la ley. Y mientras no se demuestre que una determinada norma jurídica considera, en un caso concreto, el hecho constitutivo esencialmente del delito de estafa, como una trasgresión meramente civil, todos los argumentos que se aducen para sostener la combatida distinción no pueden tener, de iure conditio, mas que el valor de vanas palabras.*⁵⁹

Vemos pues, que apoyando a lo ya antes descrito por nuestra persona, Manzini viene a reforzarnos diciendo que hasta los juzgadores admiten escapatorias para los delincuentes, lo cual es inadmisibile. Luego, propone una solución diciendo que en tanto no se demuestre que una norma jurídica considera, en un caso concreto, el hecho constitutivo esencialmente del delito de estafa, como una trasgresión meramente civil, todos los argumentos para establecer la distinción, serán vanas palabras; la solución precisamente no es la de la demostración de la norma jurídica, sino el de hacer normas en las que se conjuguen o quepan las dos posiciones.

CONCLUSIONES.

1.- La definición del Código Penal de 1871 al igual que el de 1929 contienen en su última parte: "con perjuicio de aquél," cuestión que es correcta y que desaparece posteriormente en los Códigos subsecuentes.

2.- En los Códigos de 1871 y 1929 existió el error de no establecer penalidades y sanciones propias al fraude, e incluso se le dió la penalidad del robo simple y sanciones pecuniarias, siendo insuficientes ambas sanciones.

3.- En el Código Penal de 1929 se confunde la figura de la estufa con la del fraude, siendo incorrecto por ser el primero el género, y el segundo la especie.

4.- El Código Penal de 1931 utiliza de nueva cuenta la palabra fraude eliminando a la de estufa, y posteriormente enumera una serie de fraudes específicos dentro del mismo artículo dándole una forma mas parecida al Código actual.

5.- Las reformas al Código en comento dadas en el año de 1945, establecen la forma en que se encuentra nuestra ley actual, incluyendo además, penas y sanciones propias y adecuadas al delito.

6.- En las legislaciones antes mencionadas, ya se establecían los incumplimientos de contrato dentro del fraude específico, confundiendo desde entonces y desde épocas remotas al fraude civil con el fraude penal.

7.- Hasta nuestros días el código penal no ha logrado dar la definición de la figura de fraude, sino que lo que expone, son los elementos por

los cuales se configura el mismo, y la exposición que hace el artículo 386 del Código Penal, se encuentra incompleta y no enmarca en forma global a todo tipo de fraude que pudiera darse en la cotidianidad, por lo que existe la tendencia de seguir enumerando casos específicos del delito, situación que continuará hasta en tanto no se logre definir a la figura de fraude en primer término, y en segundo, se tipifiquen los elementos necesarios para configurar en forma global al mismo.

8.- Cualquier conducta falaz, que se produzca en el engañado error y haya aprovechamiento de este error, sujetos (activo y pasivo) y momento en que adquieren tal calidad, relación causal, ánimo de lucro para sí o para tercero y perjuicio o detrimento patrimonial son elementos configurativos del fraude que no se encuentran especificados en la definición dada por la ley penal comentada.

9.- La conducta falaz (engaño) es el punto de partida del proceso ejecutivo del fraude, por lo que es el elemento constitutivo del mismo más importante, además del dolo con que se comete dicha conducta falaz.

10.- El Código Penal tipifica el delito de fraude específico en diversas fracciones omitiendo de antemano dar definición a éste, ya que el artículo 386 de la ley comentada únicamente se refiere al fraude genérico.

11.- Es un error por parte del legislador el llamar fraude genérico a todo aquél que no se encuentre especificado expresamente dentro del artículo 387 del Código Penal vigente.

12.- Es imposible especificar todos y cada uno de los fraudes susceptibles de realización en la vida práctica.

13.- Si el artículo 17 Constitucional habla en su última parte de que nadie puede ser apasionado por deudas de carácter civil, habría entonces que corregir diversas fracciones del artículo 387 del Código Penal vigente, en razón, a que decididamente existen en este artículo situaciones tanto de carácter civil como penal, bajo el principio también de que "solamente un hecho reputado por la ley como delito será considerado como tal," siendo así, que el expresado artículo de la ley punitiva considera como delito situaciones del orden civil.

O en su caso, aclarar en nuestra Carta Magna, por cuales deudas de carácter civil sí podrá ser apasionado un individuo.

14.- Existe la necesidad de la desaparición de la definición de convenio en sentido estricto, ya que éste se complementa con la conceptualización de contrato, existiendo identificación entre ambos conceptos, siendo el primero el género, y el segundo la especie.

15.- Los conceptos convenio y contrato al mencionarlos el Código Civil en diversidad de artículos, y los propios tratadistas del derecho, los confunden utilizándolos como sinónimos, por lo que habría que establecer claramente su diferenciación, empenzando quizá por los propios artículos 1792 y 1793 del Código Civil.

16.- Al estudiarse el contrato, se debe hacer no nada más como acto jurídico en base a su proceso de formación, sino también como norma jurídica en base a su resultado, es decir, establecer al contrato como acto jurídico regulado por normas jurídicas.

17.- *Se propone el incluir a la capacidad como elemento esencial de un contrato, ya que un incapacitado no podrá dar el consentimiento necesario para conformarlo.*

18.- *Los contratos deben darse de buena fé, evitando caer en el dolo (civil o penal), que traería como consecuencia la nulidad, inexistencia, rescisión por incumplimiento, o bien, un fraude específico.*

19.- *Las simulaciones de contrato, y la enajenación de cosa sin derecho u ello, no se deben considerar como incumplimientos de contrato, sino como nulidades del mismo, esto, en virtud de que existiría dolo (vicio del consentimiento), y falta de capacidad legal, que según el artículo 1795 del Código Civil vigente, trae como consecuencia la invalidación.*

20.- *A pesar del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos, éstos están regidos por la ley, lo que significa que no se podrán estipular cláusulas contrarias a la misma o que no estén de acuerdo a ella.*

21.- *El dolo en un contrato, sea civil o penal, constituye un fraude en su más estricto sentido literal.*

22.- *El Código penal no nos da una definición acerca del dolo, cuando el Código Civil por el contrario sí nos la da en su artículo 1815.*

23.- *A través del tiempo y hasta la época actual ni los grandes tratadistas, ni los grandes legisladores, se han puesto de acuerdo sobre la diferenciación del dolo civil y el dolo penal, o el fraude civil y el fraude penal, por lo que determinamos que se debe poder ejercitar por parte del afectado ambas*

vías, o una u otra a elección del mismo, vías que pueden ser tanto en materia civil, penal, mercantil, etcétera, dependiendo del caso de que se trate.

24.- De manera, que tal y como lo manifiesta Impallomeni cuando reconoce que no hay diferencia entre el fraude civil y el fraude penal, la acción penal puede ejercitarse aún cuando también lo sea la acción civil.

25.- La distinción entre el fraude civil y el fraude penal, es en realidad no una indagación de derecho, sino una apreciación de hecho.

26.- Es así como es un error el distinguirse al fraude civil del fraude penal, ya que si un hecho reúne todos los requisitos del fraude penal, se puede estimar como fraude civil.

27.- Si se comparan los artículos 1815 del Código Civil, y el artículo 386 del Código Penal, se comprobará la imposibilidad de diferenciación entre el fraude civil y penal, ya que ambos contienen elementos estructurales semejantes. Es entonces como es natural el haber establecido por parte del legislador al incumplimiento de contrato como fraude específico.

28.- La única diferenciación posible, se podría establecer en razón a la sanción, o bien, en razón a que el fraude civil sería el género (por contener mayores elementos configurativos) y el fraude penal la especie.

29.- Se descubre que fracciones contenidas en el artículo 387 del C.P., contienen en sí los llamados incumplimientos de obligaciones y/o contratos para la ley civil, sin importar si ha habido dolo civil o penal, ya que éste es muy subjetivo. A más de establecer que no encontramos dentro de la ley penal, concepto alguno sobre el dolo, tal y como lo hemos ya comentado.

Se descubre, por que para que el C.P. estipule incumplimiento de obligación al decir por ejemplo en la fracción V del artículo 387 de la ley mencionada, que comete el delito de fraude al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio y rehúse después de recibirla hacer el pago o devolver la cosa; se trata en sí de un contrato de compraventa tan sólo al decir "al que compre," es decir se pactó una compra por una parte, y una venta por la otra, y se dá el fraude por el engaño (dolo) de recibir dicha cosa y después no pagarla.

30.- En razón a lo expresado en el punto inmediato anterior, insistimos en la necesidad de poder utilizar por el afectado ambas vías para poder obtener de manera justa y equitativa la compensación que le corresponde, ya que si no se puede ejercer ambas acciones (civil y penal), el sujeto activo se demuestra insolvente y paga con cárcel, mientras que el lucro obtenido quede reservado para disfrute de los suyos, o bien, quede reservado para una vez que haya pagado con su libertad durante determinado tiempo.

31.- Las autoridades penales deberán acreditar la instancia de fraude específico, si un incumplimiento de contrato reúne los elementos del tipo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Carrancá Y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. (parte general)*. 16a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1988.
- 2.- González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 24a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1991.
- 3.- Bazarte Cerdán, Willebaldo. *El delito de librar Cheques sin Fondos. (Jurisprudencia)*. Unica Edición. Editorial Carrillo Hermanos e Impresores S.A. Guadalajara México.
- 4.- Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. 6a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1986.
- 5.- Puvón Vsconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal*. 6a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1989.
- 6.- Carrancá Y Trujillo, Raúl y Carrancá Y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. 16a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1991.
- 7.- Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. 1a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1986.
- 8.- Zamora Pierce, Jesús. *El Fraude*. 1a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1992.
- 9.- De Pina Vara, Rafael y De Pina Rafael. *Diccionario de Derecho*. 13a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1985.
- 10.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 13a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1989.
- 11.- *Semanario Judicial de la Federación*. 6a. Epoca. Tomo XL.

12.- *Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. 24a. Edición Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1992.*

13.- *Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. 21a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1991.*

14.- *Peniche López, Edgardo. Introducción al Estudio del Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 22a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1991.*

15.- *De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. 7a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1989.*

16.- *Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 12a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1991.*

17.- *Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones. Tomo V. 6a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1992.*

18.- *Gaudement, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. 2a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1984.*

19.- *Bailón Valdovinos, Rosalfo. El Derecho Civil. 1a. Edición. Editorial Pac, S.A. México D.F. 1992.*

20.- *Lic. Puente Y F., Arturo y Lic. Calvo M., Octavio. Derecho Mercantil. 38a. Edición. Editorial Banca y Comercio S.A. Naucalpan de Juárez Estado de México. 1991.*

21.- *Sánchez Medul-Urquiza, José Ramón. La Resolución de los Contratos por Incumplimiento. 4a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1989.*

22.- *Arroyo Alba, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico del Delito de Fraude. Unica Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1962.*

23.- *Dr. Jiménez de Azúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. 3a. Edición. Editorial Lozada. Buenos Aires Argentina. 1976.*

24.- *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. 21a. Edición. Editorial Impresora y Editora Mexicana S.A. México D.F. 1982.*

25.- *Manual Sopena. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Unica Edición. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona España. 1979.*

Códigos y Leyes:

Código Penal de 1871.

Código Penal de 1929.

Código Penal de 1931.

Reformas al Código Penal de 1945.

Código Penal vigente en el D.F.

Código Civil vigente para el D.F.