

881309
15
203



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

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

**EL ESTUDIO TEORICO - PRACTICO
DEL DELITO DE FRAUDE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LIZBETH ILLEANA PALMERIN MUÑOZ

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURO GALARZA
REVISOR DE LA TESIS: LIC. SERGIO SALINAS CARMONA

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA MUJER MAS EXCEPCIONAL

MI MADRE

*GRACIAS POR SER COMO ERES, POR TU APOYO, COMPRENSION Y
EJEMPLO QUE SIEMPRE ME HAS DADO, SIN LOS CUALES YO NO
HUBIERA LLEGADO A SER QUIEN SOY.*

TE AMO

A MI HERMANA AGLAEE

CON TODO MI AMOR PARA QUE
SIEMPRE SIGAS ADELANTE CON
TUS PROYECTOS Y ASI LLEGUES A
LA CULMINACION DE TODO LO
QUE TE PROPONGAS.

A BRUNO

MI PEQUEÑO SOBRINO CON
TODO MI AMOR PARA
QUE SIEMPRE BUSQUES
LA SUPERACION

A MI PADRE

CON TODO MI AMOR

A MIS QUERIDAS HIJAS

YOLA Y MA. ESTELA

*CON PROFUNDO CARÍÑO
AGRADEZCO EL APOYO Y
AMOR QUE SIEMPRE ME
HAN BRINDADO.*

A MIS COMPAÑEROS Y MAESTROS

*A MIS AMIGOS
CON TODO MI CARINO*

*A LA LICENCIADA MERCEDES ARCE
CON RESPETO Y ADMIRACION.*

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	I
<u>CAPITULO PRIMERO</u>	
<u>EVOLUCION LEGISLATIVA DEL FRAUDE</u>	
1.1.- LEGISLACION EXTRANJERA:	
1.1.1 CODIGO DE HAMMURABI	1
1.1.2 LEYES DE MANU	4
1.1.3 ROMA	5
1.1.4 EL MEDIOEVO ESPAÑOL	11
1.1.5 FRANCIA	12
1.1.6 ALEMANIA	13
1.1.7 SUIZA	14
1.2.- LEGISLACION NACIONAL:	
1.2.1 CODIGO PENAL DE 1871	15
1.2.2 CODIGO PENAL DE 1929	17
1.2.3 CODIGO PENAL DE 1931	18

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL TIPO DE FRAUDE

2.1.- ENGAÑO:

2.1.1 CONCEPTO	21
2.1.2 EL ENGAÑO COMO ELEMENTO SUBJETIVO	23
2.1.3 FORMAS DE ENGAÑO	27
2.1.4 EL ENGAÑO NO CONSTITUTIVO DE DELITO	35

2.2.- ERROR:

2.2.1 CONCEPTO	40
2.2.2 SUJETO PASIVO DEL ENGAÑO Y EL ERROR	41
2.2.3 APROVECHAMIENTO DEL ERROR	42

2.3.- EL LUCRO:

2.3.1 CONCEPTO	44
2.3.2 BIEN JURIDICO TUTELADO	49
2.3.3 LA ILICITUD DEL LUCRO	50
2.3.4 NEXO DE CAUSALIDAD	54

CAPITULO TERCERO

EL FRAUDE CONTRACTUAL

3.1. - FRAUDE PENAL Y CIVIL:

3.1.1. FRAUDE PENAL	66
3.1.2. FRAUDE CIVIL	70

3.2. - EXISTENCIA DE CREDITO:

3.2.1. CONCEPTO DE CREDITO	80
3.2.2. CREDITO NO CONSTITUTIVO DE FRAUDE	82
3.2.3. SUBSISTENCIA DE ADEUDO	84

CAPITULO CUARTO

EL FRAUDE POR LA EXPEDICION DEL CHEQUE

4.1. - ELEMENTOS DEL TIPO:

4.1.1. CONCEPTO DE CHEQUE	87
4.1.2. CAUSAS POR LAS QUE NO ES PAGADO EL CHEQUE	90
4.1.3. NEXO DE CAUSALIDAD	95

4.2.- DISTINCIONES FUNDAMENTALES:

4.2.1 EN BASE AL NEXO CAUSAL	101
4.2.2 EN BASE AL LUCRO INDEBIDO	101
4.2.3 ENGAÑO Y APROVECHAMIENTO DEL ERROR	102

<u>CONCLUSIONES</u>	104
----------------------------	-----

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	109
----------------------------	-----

INTRODUCCION

Partiendo de la idea de que el Derecho Punitivo debe ser la última ratió, es decir el último recurso de que el legislador debe de echar mano para resolver los conflictos que surgen entre los particulares, surgió la preocupación de analizar el delito de fraude, mismo que debido a que desde el punto de vista legislativo y práctico se ha venido convirtiendo en un saco sin fondos, en donde se pretende tipificar todas aquéllas conductas que por obstáculos o pereza no se ventilan por la vía Civil o Mercantil.

Aunado a lo anterior, la falta de conocimiento y manejo de la Teoría del Tipo y del delito, hace que un gran número de postulantes y autoridades Judiciales del ramo penal ventilen por esta vía asuntos que son de naturaleza eminentemente civil o mercantil, causando con ello una saturación de expedientes penales que generan a su vez la distracción de esfuerzos que bien pudieran aplicarse a asuntos que realmente requieren de esa última instancia.

Los postulados han convertido el Ministerio Público y a los Jueces Penales en auténticos cobradores de adeudos o medios de presión de deudores morosos, cual si fueran monigotes que con el carácter de "servidores públicos" deben cumplir con los caprichos inoperantes e improcedentes del pueblo.

La división del Derecho Público y Privado, tiene su razón de ser, el Derecho Civil y Mercantil deben estar perfectamente separados del Derecho penal y por ello el presente trabajo tiene como fin el establecer las reglas a seguir para diferenciar el Fraude Penal del Fraude Civil, principalmente en lo tocante al cheque sin fondos.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION LEGISLATIVA DEL FRAUDE

1.1.- Legislación Extranjera:

1.1.1.- Código de Hammurabi.

1.1.2.- Leyes de manú.

1.1.3.- Roma.

1.1.4.- El Medievo Español.

1.1.5.- Francia.

1.1.6.- Alemania.

1.1.7.- Suiza.

1.2. Legislación Nacional:

1.2.1.- Código Penal de 1871.

1.2.2.- Código Penal de 1929.

1.2.3.- Código Penal de 1931.

El remontarnos a los antecedentes legislativos de una figura delictiva, permite encontrar su origen verdadero y sentar las bases de su naturaleza actual, pues todo lo que crea el hombre con el paso del tiempo se va perfeccionando gracias a la serie de tropiezos que se le van presentando en su aplicación; en tal virtud, en este capítulo realizaremos un breve recorrido por la historia legislativa del Delito de Fraude.

1.1.- Legislación Extranjera. - Desde el momento mismo que el hombre inicia a tener posesiones o propiedades surge la preocupación de crear reglas que protegieran dichas propiedades de otros, que con mínimos esfuerzos pretendían apoderarse de esos bienes; de ahí que desde tiempos muy remotos por el afán de tutelar el patrimonio se han creado leyes (aunque primitivas) para alcanzar ese objetivo.

1.1.1 Código de Hammurabi.

En La Historia del Derecho Penal, la primer limitación que encontramos a la venganza privada es la

famosa "Ley del Tali3n" cuya formula se consagr3 como "ojo por ojo y diente por diente" dejando en manos del ofendido la facultad de ejercer la sanci3n. "La Ley del Tali3n" constituy3 el fundamento del c3digo de Hammurabi que data del siglo XXIII Antes de cristo y del cual fueron rescatados algunos fragmentos tales como:

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierde el ojo suyo.

Art. 197.- Si alguno rompe el hueso del otro, rompasele el hueso suyo.

Art. 206.- Si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure "no le heri con intenci3n" y pague al m3dico.

Art. 229.- Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, d3se muerte a aquel Maestro.

- Art. 230.- Y si mata al hijo del dueño, dase muerte al hijo del Maestro de obras.
- Art. 251.- Si el buey de alguno es peligroso y el propietario, no le Hace los cuernos y deja de atarle y el buey hiere a un libre y le mata, pague el dueño media mina de plata.
- Art. 266.- Si en el establo ocurre golpe de Dios o asaltale el león jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo.

Esta codificación ha sorprendido al mundo por su notable equidad, distinción entre culpa y dolo, así como la graduación de la pena de acuerdo a la peligrosidad del Agente. Sansionaba ya la falsificación de las pesas y medidas, al igual que la venta de objetos que habian sido robados, conducta que actualmente constituye una forma del el Delito de Fraude.

1.1.2. Leyes de Manú.

Las leyes de manú, pertenecen a la etapa de la venganza divina, contemplando la famosa "ley del talión", el poder divino era depositado en el rey quién tenía la facultad de aplicar las sanciones en nombre de Dios en forma ilimitada.

La pena o sanción constituía la forma de alcanzar el perdón divino y lograr la vida eterna.

Al igual que el Código de Hammurabi, las leyes de Manú ya consideraban como conductas ilícitas la alteración del objeto vendido como lo era, por ejemplo: vender grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal de roca colorado por piedra preciosa, hilo de Algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc. conductas, todas ellas que actualmente constituyen el ilícito de Fraude.

1.1.3 Roma.

"En la Roma antigua, poena significaba tanto como composición: pena est noxae vindicta (Dig. Frag. 131.). En las XII tablas (siglo V a.j.c.) se ven consagrados la venganza privada, el Talión, y la composición. Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto (VIII)". Por la Fractura de un hueso o un diente a un hombre libre, pena de trecientos ases, a un esclavo ciento cincuenta ases. Si injuriam faxit alteriviginti quinque aeris poena sunta (VIII).

Posteriormente se distinguió entre delicta pública y delicta privata, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y por sus funcionarios o en interés de los ofendidos y por estos, diferenciándose además, entre la disciplina doméstica, la común y la militar. En un grado superior de la evolución pasaron extra ordinem a vivir en la órbita de la pena pública de los delitos.

En la época clásica las Instituciones Justinianas, los Digestos, los Códigos y las novelas desarrollaron abundante material penal no inferior en sabiduría Jurídica plasmada en realismo positivo, a la Justicia civil (Ferri), por mas que Carrara haya llamado a los Romanos "gigantes en el derecho civil, pigmeos en el derecho penal". Lo más importante está contenido en los dos terrible libri del Digesto (50 a.j.c.), o sean los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantivas y adjetivas.

"Del viejo tronco romano parten muchos de los principios que luego habían de recoger las escuelas clásica y positiva. Así, sobre tentativa, sobre legitima Defensa, sobre locos e incapaces. En el Derecho Romano se encuentran muchas de las palabras que hoy son universalmente repetidas: delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, la iniuria, furtum. Según Marciano no bastaba que de la investigación resultara que el delito no existió para que procediere la acción por calumnia, pues el juzgador debe investigar "respecto al designio del acusador, por qué procedió la acusación y si

verdaderamente hallase justificado su error lo absuelve y si lo hallare en evidente calumnia le impone pena legítima".

"Según Papiniano una mujer que oyera que había muerto su marido y se casara con otro, y después volviera el primer marido, no es digna de castigo salvo si se probare "que la fingida muerte del marido dió pretexto para celebrar las nupcias, hecho con el que padece su honestidad". Para Paulo "si alguno hubiere matado a un ladrón nocturno solo lo hará impunemente si no pudo perdonarlo sin peligro suyo propio". El emperador Antonio resuelve que "es más extinguir a un hombre con veneno que matarlo por la espalda" Ulpiano-resuelve el caso del conyugicidio por adulterio en que el marido deja ir al cómplice diciendo: "por qué debió airarse contra su mujer". En el Digesto Lb. 48 tit. 3. Ulpiano se refiere a la "calidad del Delito que se imputa, ala honorabilidad, a las grandes facultades, o a la inocencia de la persona o la dignidad del que es acusado". En el código libro I tit.4, se considera especialmente a la mujer delincuente, que en caso de crimen es enviada a un monasterio o a una

casa de ascetas o entregada a mujeres para ser custodiada. Aulo Gelio en las noches aticas "refiriendose a la mutabilidad de las leyes según las necesidades a que han de atender, dice: "ignora acaso que las leyes son remedios cuyo mérito depende de la oportunidad y que deben de cambiar según las costumbres de los tiempos" y pugna por la humanización de las penas". (1)

Para los Romanos el "furtum" o fraude, se consideraba como el uso del dolo malo, astucias, falacias o maquinaciones empleadas, para burlar o engañar a otro; la persecución de esta conducta delictiva podía substanciararse mediante acciones de carácter civil, siempre y cuando hubiese sido una astucia grande y evidente.

El concepto "furtum", no solo comprendía lo que hoy conocemos como fraude, si no que bajo ese nombre también se sancionaban conductas distintas tales como:

(1).- Carrancá y Trujillo Raúl.- "Derecho Penal Mexicano" parte general Editorial Porrúa, S. A. 1967- pag. 57 y 58.

apropiación y sustitución indebida de cosas, las violaciones a la posesión mediante engaño, el que utilizando el mismo medio antes señalado se hiciere entregar dinero, la simulación de acreedor, lesiones a la fé publica, etc.

"En el segundo siglo de la era cristiana, aparece el "stellionatus", como crimen, mediante el cuál se sancionaban multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro. El digesto menciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente; El empleo insidioso de locuciones oscuras en las negociaciones y contratos; vender la cosa ya vendida a otro, sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrandose indebidamente con el precio, dar en prenda cosas no propias; Y en general se consideró como "stellionatus" todo género de actos de improvidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro Delito.

De lo expuesto resulta que en Roma, había una superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos; los cuales eran considerados, en ocasiones como *furtum*, otras veces como *falsum* o bien como "*stellionatus*"; a más de poder ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*. Esta falta de límites claros entre la materia civil y la Penal, va a marcar la problemática del estudio del fraude hasta nuestros días".

(2)

En efecto, la tendencia Romana de incluir en el Fraude o "*stellionatus*" (llamado así por la propiedad de mimetismo que presenta un reptil que le permite cambiar de color adoptando el del medio que lo rodea evitando ser presa fácil llamado "*stellius*"), toda conducta engañosa cual si fuera un saco sin fondo, aun se conserva en nuestra legislación Mexicana ocasionando graves problemas de interpretación, confusión y aplicación, sin

(2).- Zamora Pierce, Jesús.- "El Fraude".- Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición, México, 1992.- pags. 3 y 4.

que hasta el momento se hayan podido establecer reglas determinantes entre el delito de fraude y otras figuras de carácter civil, situación que podemos apreciar a simple vista al contar con un fraude genérico y 21 fraudes específicos.

1.1.4 El Medioevo Español.

En España tampoco se encontró una solución para establecer diferencias concretas entre falsedad, el robo, el Abuso de confianza, el Fraude y la Estafa; seguían considerando como fraude el dolo malo; es decir los engaños o falaceas hechas por palabras mentirosas.

Sin embargo, en las Partidas se crea por primera vez otra forma de comisión del Fraude, que es el aprovechamiento del error, el callar la verdad para así obtener un beneficio, marcando de esta forma un fraude por omisión y otro por acción que era el utilizar palabras engañosas o mentirosas.

Es hasta principios del siglo XIX que el fraude es separado de la falsedad, consagrándolo como un delito que afecta al patrimonio.

1.1.5 Francia.

La ley Francesa de 1791 tipificaba al fraude bajo el nombre de escroquerie el que consistía en: "Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes,, promesas, recibos o descargos y por cualquier otro medio, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro.

En la anterior descripción típica, podemos apreciar que el legislador francés mencionó únicamente tres medios comisivos a saber: Hacer uso de falsos nombres, falsas

calidades o emplear maniobras fraudulentas; sin que por ello lograra establecer un fraude genérico que no dejara escapar conducta alguna que pudiera ser considerado como tal.

1.1.6.- Alemania.

A mediados del siglo XIX El Código Penal Alemán de 1871 en su artículo 263 estableció como conducta fraudulenta la que realizaba aquel que con la intención de procurarse a si mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando un error, bien por simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos.

Como podemos apreciar que como medio comisivo señala la conducta fraudulenta que podía realizarse simulando hechos o desfigurando la verdad lo que en la actualidad podemos identificar como engaño y aprovechamiento del error, así también establece que esa conducta debe tener como fin, la obtención de un lucro ilícito, mismo que

perjudica el patrimonio de otro; es pues, en Alemania donde por primera vez se logra un concepto de Fraude verdaderamente genérico.

1.1.7. Suiza.

"El Código Suizo, en su artículo 146, establece que comete el expresado delito el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero". (3)

1.2.- LEGISLACION NACIONAL.

En México, el delito de Fraude, también tuvo que recorrer un camino lleno de modificaciones, mismos que a continuación analizaremos.

(3).- Idem. pag. 6

1.2.1.- Código Penal de 1871.

"En la reglamentación del Código Penal de 1871 se establecía una definición general del "fraude contra la propiedad", así: Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél (art. 413 del código penal de 1871). 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 indujese a error a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta".

"La penalidad de ese fraude en general se desenvolvía legalmente en dos diversas hipótesis: al en los artículos del 416 al 431 se describían casos, si bien comprendidos ya en la definición general especialmente mencionados, tales como: los fraudes de enajenación de cosas falsas; de enajenación de cosas con conocimiento de no tener derecho ello; trampas en los juegos de azar;

giro de ciertos documentos que 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; bl en el artículo 432 de la misma codificación se determinaba que cualquier otro caso de fraude de los no especificados expresamente se castigaria con multa igual al 25% 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".

"Además, el mismo código, en su artículo 414, crea un especial delito muy semejante a la escroquerie francesa, en los siguientes términos: El fraude toma el nombre de estafa cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena, logra que se la

entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad. La exclusión de la falsedad en la figura de estafa mereció severas críticas, porque en la práctica la mayor parte de las maquinaciones y artificios consisten precisamente en la simulación documentaria". (4)

1.2.2.- Código penal de 1929.

Influenciado por las teorías extranjeras el código penal de 1929, conocido como código de Almaráz por haber sido el presidente de la Comisión Redactora, estableció figuras y criterios novedosos que venían a chocar con las tendencias clásicas de la Constitución Política de nuestro país; no obstante en cuestión del delito que nos ocupa, su atrevimiento no fue más allá de cambiar solo el nombre por el de "Estafa" conservando la descripción típica del código penal de 1871 quedando como sigue:

(4) González de la Vega Francisco.- "Derecho Penal Mexicano". Los delitos decimoséptima edición.- editorial Porrúa México, 1981,.- pags. 245 y 246.

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

Designando con ello erróneamente el género por la especie.

1.2.3.- Código penal de 1931.

El Código penal de 1931 hizo un cambio radical de la estructura típica del fraude, en virtud de que el fraude genérico pasó a ser la fracción I del artículo 386, mismo que se componía de trece fracciones. Por fortuna, con las reformas hechas al código penal por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el diario oficial el día 9 de marzo de 1946, se le disuelve al fraude genérico su carácter básico al consagrarlo en el artículo 386 y estableciendo una serie de fraudes específicos en el artículo 387.

Lo anterior suponía que todo fraude específico debía reunir además de las características propias, las genéricas del fraude, es decir tener como medios comisivos el engaño o el aprovechamiento del error, el nexo de causalidad consistente en que por medio de estos medios se obtubiera el lucro y que se causara un detrimento patrimonial.

No obstante lo anterior por separado consagraba el Fraude Calificado que era el que se llevaba a cabo mediante maquinaciones o artificios, siendo derogado este posteriormente por decreto del 30 de diciembre de 1975.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL TIPO DE FRAUDE

2.1.- Engaño.

2.1.1.- Concepto.

2.1.2.- El engaño como elemento subjetivo.

2.1.3.- Formas de Engaño.

2.1.4.- El Engaño no constitutivo de delito.

2.2.- Error.

2.2.1.- Concepto.

2.2.2.- Sujeto Pasivo del Engaño y el Error

2.2.3.- Aprovechamiento del Error

2.3.- El Lucro.

2.3.1.- Concepto.

2.3.2.- Ben Jurídico Tutelado.

2.3.3.- La Ilícitud del Lucro.

2.3.4.- Nexó de Causalidad.

De acuerdo a lo que establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales reformado por decreto del 10 de enero de 1994 y que entrara en vigor el 1º de febrero del mismo año, es necesario para integrar un tipo realizar el estudio de sus elementos, de ahí que en el presente capítulo realizaremos un estudio profundo de los elementos del tipo de fraude para poder estar en condiciones de diferenciarlo del llamado "Fraude Civil".

Para dar inicio al estudio de los elementos del fraude resulta indispensable plasmar su descripción típica; así el artículo 386 constitucional del Código Penal vigente establece:

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

2.1.- Engaño.

De la descripción del tipo de fraude encontramos que el ENGAÑO es la primera hipótesis de medio comisivo del delito de fraude.

2.1.2.- Concepto.

De acuerdo al concepto que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, el engaño es dar a la mentira una apariencia de verdad, es inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad.

Para engañar a una persona se debe emplear una actitud mentirosa que hace que el sujeto pasivo del delito se coloque bajo una creencia falsa de la realidad una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

Al manifestar el artículo 386 del Código Penal "... engañando a uno ... ". "Proyéctase esta frase sobre todo comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete, y que encierra una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en un error y despertarle una creencia ilusoria., Su contenido conceptual abarca no sólo la

puesta en marcha de un medio idoneo para poner ante el entendimiento del sujeto pasivo una notoria desvirtuación de la verdad sino también la causación de este resultado; esto es, el error en que queda inmerso el sujeto pasivo como efecto de la conducta engañosa que le determina a efectuar el acto de disposición patrimonial. Y consiguientemente, tanto los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la conducta como aquellos otros en que el agente refuerza y aviva el error ya surgido y activamente impide que en la mente del errante se haga luz. En uno y otro caso el comportamiento del sujeto activo produce o refuerza el error y, desde el punto de vista causal, ambos antecedentes devienen idóneos para calificar la conducta de engañosa, aunque como es lógico revistan diversa intensidad desde la atalaya valorativa. Se actúa "engañando" siempre que se engendra o refuerza en el sujeto pasivo del engaño un convencimiento o un sentimiento erróneo que ilusoriamente le determina a la disposición patrimonial. La expresión "engañando" ha de ser, pues, entendida como un influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento del sujeto pasivo".

"Sería también empresa que superaría las posibilidades humanas, reseñar o describir las innumerables formas en que el engaño puede manifestarse en la vida real. Empero, como en la entraña del engaño yace siempre, como base fáctica, una alteración o falseamiento de la realidad exteriorizada, estipulada, prometida u ofrecida, posible es distinguir los engaños que se exteriorizan en hechos de aquellos otros que se manifiestan en falsas peticiones o promesas expresas o en tácitos e inequívocos ofrecimientos, aunque con la previa salvedad de que frecuentemente confluyen e un mismo engaño, hechos, actitudes y palabras". (5)

2.1.2.- El engaño como elemento Subjetivo.

El tipo de fraude, es eminentemente doloso y premeditado, sin embargo, el fraude no solo requiere de un dolo generico, sino también de un ánimo o dolo específico que constituye la intención de obtener una cosa o un lucro indebido.

(5).- Jiménez Huerta, Mariano.- "Derecho Penal Mexicano" Tomo IV La Tutela Penal del Patrimonio - Segunda Edición- Editorial Porrúa, S. A., México, 1973.- pag.- 150

El artículo 386 al preceptuar: "... se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido" hace alusión a ese ánimo especial distinto al dolo, pues con ello denuncia la finalidad o tendencia interna que ha de existir desde antes de realizar la conducta durante esta y hasta que se obtiene el resultado, ánimo que se ve materializado al obtener una ventaja patrimonial indebida.

Decimos que el ánimo especial distinto al dolo debe preceder a la conducta en virtud de que el fraude es un delito eminentemente premeditado, planeando cuidadosamente la acción.

El engaño debe ser precedente a la consecución de la cosa o del lucro indebido, ya que es medio comisivo, de tal forma que el engaño posterior a la obtención de la ventaja patrimonial de ninguna manera constituye fraude.

Por otra parte, el dolo supone el conocimiento y la voluntad del sujeto activo del delito, ante la ausencia de cualquiera de estos elementos no podrá configurarse el fraude.

Así lo ha establecido nuestro máximo tribunal al establecer por jurisprudencia:

FRAUDE, ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL.- Tratándose del delito de fraude a que se refiere el artículo 386 del Código Penal Federal, el engaño existe por los efectos demostrados de la causalidad adecuada en la obtención de la prestación, comprobándose tanto los elementos materiales como los subjetivos, o sea el propósito de violar la ley penal, con la existencia del dolo, si consta un acto de voluntad del agente de obtener un enriquecimiento patrimonial valiéndose de medios operatorios ilícitos.

Amparo directo 809/74. Guillermo Serafin Maya. 23 de octubre de 1974.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. séptima época; vol. 70, segunda parte, pag. 19.

En conclusión, "el engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad. Debe ser idoneo para producir en personas del tipo medio intelectual, o sea que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y enbaucarlo. El engaño debe ser la causa de error en el pasivo. Por último, debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del mismo pasivo. Si por ignorancia, no hubiera relación de causalidad entre ésta y el engaño".

"Tampoco habría fraude sino robo en el caso por ejemplo, de los empleados de un comercio que por medio de maniobras eludieran el control de las existencias y se apoderaran de las mercancías".

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

"Ni el silencio disimulador ni la simple mentira constituyen engaño a los efectos de la causalidad adecuada de la obtención de la prestación". (6)

2.1.3.- Formas de engaño.

El engaño puede darse de dos formas: las simples mentiras verbales y el uso de maquinaciones o artificios.

La primer forma de engaño, que constituye la simple mentira verbal, ya fué estudiada en el inciso anterior, en dicho inciso hicimos referencia a que el engaño podía ser calificado; pues bién, el engaño será calificado cuando para realizarlo o reforzarlo se utilizan artificios o maquinaciones, es decir la llamada estafa.

(6).- Carranca y Trujillo Raul y Raúl Carranca y Rivas.- "Código Penal Anotado", editorial Porrúa S. A. quinta edición, 1974 México, D.F..- pag. 702, 703.

"El concepto maniobra, cuya etimología nos remite a cualquier operación material que se ejecuta con las manos, llevó a la jurisprudencia francesa a concebir al defraudador como alguien que pone una obra teatral en escena, no para divertir, sino para estafar a los espectadores, y a emplear el término de mise en scène para referirse a su conducta".

"El artículo 389 del Código Penal Mexicano de 1931, conforme a su texto original, imponía prisión de tres meses a siete años y multa de veinte mil pesos, o solo la prisión al que, para 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 cualquier otra cosa ajena mueble, logre que se entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios. Este tipo, llamado estafa en la legislación de 1871 y en la doctrina obviamente inspirado por la escroquerie del Código napoleónico, fué posteriormente ubicado como último párrafo del artículo 386, el cual disponía: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata

a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

La estafa desapareció en la reforma de 29 de diciembre de 1981. Se trataba de un fraude calificado, que agravaba ligeramente las penas fijadas para el tipo básico por el artículo 386, en virtud de que el estafador, para defraudar lo ajeno, no se conforma con la simple mentira, sino que utiliza maquinaciones o artificios, es decir, apoya su mentira en falsas comprobaciones exteriores que le dan mayor apariencia de verosimilitud".

"La desaparición de la estafa en nuestra legislación positiva no hace atípica la conducta de quien defrauda mediante maquinaciones y Artificios, pues ambos quedan comprendidos en el concepto genérico de engaño, del que son manifestaciones objetivas. Subsiste también, el fundamento para sancionar más gravemente al defraudador que se vale de maquinaciones y artificios ya que, al

montarle un teatrito a su víctima, demuestra tener mayor capacidad delictiva y la coloca en más acentuada indefensión".

"Fundándose en la jurisprudencia francesa sobre la mise en scene Carrara afirmó que únicamente los artificios materiales tienen carácter fraudulento, en tanto que los artificios verbales quedan reservados al Derecho Civil. El fraude- dijo no debe consistir en simples palabras mentirosas, sino que requiere algo material, una especie de aparato escénico, de mise en scene, un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. Según esta doctrina, no bastaría, por ejemplo, que alguien afirmara ser caballero, sino lleva la insignia en el ojal; ni bastaría que uno, al darle a otro un pedazo de cobre como si fuera oro, le afirmara que era oro, si no hubiera usado algún artificio para que ese trozo de cobre imitara el colorido del oro; ni bastaría que alguno asegurara ser un rico señor, si no acreditara ese embuste vistiéndose con ropa ajena o haciéndose acompañar de supuestos criados. En resumen, hay que distinguir entre mentira y

artificio. La mentira no es delito, porque ninguno debe crear fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectua algo que compruebe las afirmaciones falsas".

"La doctrina de Carrara sobre este punto se fundaba en un exámen incompleto del derecho Francés. El día de hoy, la doctrina universal afirma que los engaños son fraudulentos aún cuando no se hagan acompañar por dramáticas maniobras. En todo caso, tal doctrina es inaplicable al derecho Mexicano, para el cual revisten carácter fraudulento no solamente los engaños verbales, sino incluso el mero aprovechamiento del error".

"En verdad, la tesis de Carrara estaba viciada de origen. La doctrina y la jurisprudencia francesas, al estudiar el artículo 405 de su Código Penal, concluyeron que tipificaba tres medios engañosos: hacer uso de falsos

nombres, hacer uso de falsas calidades y emplear maniobras fraudulentas.

"La creación jurisprudencial de la expresión mise en scene se refiere, exclusivamente, al caso en que se emplean maniobras fraudulentas. Los falsos nombres y las falsas calidades integran el delito aun si consisten en meros engaños verbales. En ese sentido, David nos informa que: "Basta el empleo de un nombre falso para tipificar la estafa cuando ha tenido como resultado defraudar o intentar defraudar la fortuna de alguien. Basta que un individuo, abstracción hecha de toda maniobra fraudulenta, se haya atribuido un nombre falso, y, valiéndose de él, se haya hecho entregar fondos, etc., para que se le aplique el artículo 405. Igualmente por lo que hace a la falsa calidad y valiéndose de ella, se haya hecho entregar fondos, etc., para que se aplique el artículo 405".

"En la actualidad en Italia, el artículo 640 dispone que la conducta del estafador puede consistir en artificios o engaños (artifici o raggiri). La doctrina

italiana entiende, por artificios, la representación material hábilmente compuesta para crear, con actos y con palabras, la apariencia de un hecho verosímil, pero no verdadero; y por engaños, entiende el abuso de particulares estados de ánimo y de condiciones personales o resultantes del medio o de las costumbres, para sorprender la buena fe de alguien. Es decir, afirma que: "Los medios engañosos pueden ir desde la verdadera y propia mise en scene (de la que hablaba Cerrera) hasta la simple mentira".

"En México, el fraude mediante maquinaciones y artificios, el fraude mediante mise en scene, ha sido, tradicionalmente, un tipo agravado: la estafa, a la que arriba nos referimos. Eliminadas las maniobras calificativas, que da el tipo simple de fraude, constituido por mentiras que no se hacen acompañar de convincentes escenarios. De hecho, el estudio de los fraudes especiales enumerados por el artículo 387 del Código Penal, nos permite establecer que basta una mentira sin apoyo de maniobras, para tipificar el fraude de defensores (Frac. I), el fraude de servicios (fracción

IV), el fraude por sorteos (frac. XI) y el fraude de adivinos (frac. XV.) La jurisprudencia de los tribunales nacionales ha distinguido siempre entre el fraude maquinado y el fraude por simples mentiras y ha reconocido el carácter delictivo de ambos". (7)

En efecto el último párrafo del artículo 386 del Código Penal, contemplaba la estafa como un mero Fraude Calificado al establecer:

"Cuando 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 "artículos" (correctamente fracciones) anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

No obstante. por decreto del 26 de diciembre de 1981, publicado en el diario oficial del día 29 del mismo

(7).- Zamora Pierre, Jesús.- Op. Cit. Págs. 82, 83, 84 y 85.

mes y año, entrando en vigor al siguiente y corregido según fe de erratas en los Diarios Oficiales de fecha 13 y 15 de enero de 1982, se deroga ese párrafo, desapareciendo con ello el Fraude Calificado.

2.1.4.- El engaño no constitutivo de delito.

Es común que en la propaganda comercial se exageren las cualidades o efectos de determinado producto o servicio; ello, con el afán de obtener mejores ventas; tal actitud la vivimos día tras día por todos los medios de comunicación, ya que en ellos los productos se ofrecen como "los mejores del mundo", "como los que aportan juventud y belleza" "como los que den una atracción total del sexo opuesto", "riqueza", etc.

Al respecto, podemos afirmar que aún cuando este tipo de propaganda resulta falsa, no es factible de engaño a nadie, pues ya tenemos conocimiento de todas esas falacias que solo llevan el propósito de obtener mejores ventas, pero que sin lugar a duda no existe la obtención de un lucro indebido.

FRAUDE.- "La circunstancia de que un negocio no gozara del crédito que se le había atribuido, no puede conceptuarce un engaño o el empleo de maquinaciones o artificios, constitutivos del fraude, si los perjudicados estuvieron en aptitud de inquirir todo lo conveniente al negocio que iban a comprar, para cerciorarce de los Informes que sobre su bondad se les proporcionarán".

Ruiz Ochoa, José, página 3384. 2 de marzo de 1945. 4 votos. Tomo LXXXIII.

En las operaciones a crédito en el que se incumpla con el pago del saldo, tampoco existirá engaño constitutivo de delito.

"Es admisible que por la falta de cumplimiento de un contrato civil pueda darse por comprobado el engaño, pues independientemente de que se haya celebrado o no entre las partes ese contrato es indispensable acreditar en todo caso los actos por los que uno de los contratantes

engaño al otro y que fueron la causa determinante de la entrega de la cosa, y el solo, hecho de que exista un saldo a cargo de una de las partes, no implica que haya empleado el engaño para con su contratante".

T.S., 6ª Sala, enero, 30, 1941.

"Es indudable que al referirse la ley penal al elemento engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error de índole civil que no da lugar al ejercicio de la acción penal si no sólo a la rescisión del contrato, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. para que exista el engaño o error de naturaleza penal es necesario que exista en la mente del autor de aquél una dañada intención que tienda, no sólo a inducir a otro a celebrar un contrato, sino a la obtención ilícita de una cosa o al alcance de un lucro indebido; es decir, que entre la dañada intención del acusado, de defraudar, y el beneficio ilícito, debe haber una relación inmediata de causa a efecto; pero si no se demuestra de una manera plena, como lo exige el artículo 19 constitucional, que el engaño o el error en que

incurrió el denunciante haya sido de índole penal (a menos que de haberlo sido hubiera constituido la causa inmediata del beneficio ilícito obtenido por el inculpado), el enriquecimiento sin causa que así obtiene el demandado debe considerarse como una cuestión de carácter civil y plantearse ante las autoridades civiles correspondientes, lo mismo que en el caso de que se trate del derecho para elevar a la categoría de contrato formal el celebrado verdaderamente".

A.J., T. XXI página 265.

"El hecho de que se ocurra a la autoridad judicial civil ejercitando una acción sobre pago de dinero cuando ya se ha cubierto con anterioridad la totalidad o parte del reclamado, no tiene carácter delictuoso, y únicamente genera las correspondientes excepciones, pues no puede considerarse que la mala fe o el error de que se derive la acción intentada civilmente constituya el engaño esencial de un acto fraudulento ni que el lucro inherente a tal clase de actos, dimanare directamente en el caso de tal engaño, ya que la contienda que establece toda acción

que se ventila ante la correspondiente autoridad, ofrece a aquel a quien se quiere hacer víctima la amplitud necesaria para defender sus derechos y el resultado final del litigio, si es provechoso al actor, ya no sería un lucro ilícito que haya tenido como causa inmediata y directa un engaño o un error, si no que provendría de una resolución judicial que fue precedida de la apreciación legal de las probanzas aportadas"

A. J. T. XVI, ,pág. 545.

A reserva de analizar más casos en los que el engaño no resulta ser de carácter penal; concluiremos, que éste debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe ser una verdadera alteración de la verdad.
- Debe ser suficiente para lograr convencer a la víctima de entregar la cosa.
- Debe existir un nexo de causalidad entre el engaño y la obtención de la cosa o lucro indebido, sin que exista transcurso de tiempo alguno, que dé a entender la existencia de un crédito.

- Debe existir en el autor el Dolo Directo de obtener la cosa o el lucro por medio del engaño.

2.2.- Error.- El aprovechamiento del error en que el sujeto pasivo del delito de fraude se encuentra, es la segunda forma de comisión del delito; hipótesis que a diferencia de la primera que es de acción, constituye una forma de conducta omisiva, es decir de comisión por omisión.

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

error" es el estado mental en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude" (8)

"Es elemento esencial para la comprobación del delito de fraude que exista el engaño, o sea, que existan un engañador y un engañado, o que hubiere error en el sujeto pasivo del delito, así como que el sujeto activo se aproveche de ese engaño o de ese error para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido; si falta cualquiera de estos elementos, no existe el delito en cuestión".

A.J.T. XIV, pág. 527.

"Para que se produzca el engaño en el delito de fraude no es menester que el agente activo produzca o vierta materialmente la mentira o falsedad y que éstas sean de tal importancia que induzcan al engaño a la víctima, sino que puede derivarse la falsía, de la

(8).- González de la Vega, Francisco. ob Cit. página 250.

intriga o de la sola malicia, al no revelar las circunstancias verdaderas para que otros abandonen una negociación, o la actitud maliciosa en hechos y en palabras, tendientes a lograr que la víctima incurra en el error".

S. J. T.XXVI, página 3709.

2.2.3.- El aprovechamiento del error, para que sea constitutivo del delito de fraude requiere:

- Que sea efectivamente una alteración de la verdad
- Que ese error no sea evidente para el común de las personas.
- Que sea el medio por el cual se obtiene la cosa o un lucro indebido.

El hecho de que sea efectivamente una alteración de la verdad, se refiere a que la realidad sea totalmente distinta. Por ejemplo: si alguien pretende vender un vehículo y a pesar de que el vehículo presenta algunas fallas (hablamos de un vehículo usado) el comprador

decide adquirirlo y dicho vehículo ya no funciona al día siguiente, no existe fraude, pues el comprador sabía perfectamente que se trataba de un vehículo usado y este tenía algunas fallas.

El hecho de que el error no sea evidente para el común de las personas; significa que hay un error fácilmente vencible, pues bastaba con un poco de atención. Nadie por poca cultura que tenga adquiriría el Palacio de Bellas Artes por N\$10.00.

Por lo que respecta a que sea el medio de obtención de la cosa o del lucro indebido se refiere al Nexo de Causalidad que veremos posteriormente.

2.3.- El lucro.- Al Derecho penal solo le interesa aquellas conductas que causan o pueden causar (tentativa) un perjuicio al sujeto pasivo, ello debido a la obtención de una cosa o un lucro indebido del sujeto activo.

2.3.1.- Concepto.- "la disposición patrimonial efectuada por el engañado, deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero y correlativamente, un provecho en perjuicio de su propio patrimonio o en el de un tercero y, correlativamente, un provecho el patrimonio del engañador o en el de otra persona"

"Este perjuicio ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo de delito. Estamos, por tanto, ante un delito de resultado y, dentro de esta categoría entre los de resultado material, pues su perfección exige la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y no solamente su puesta en peligro". (9)

El fraude requiere de un perjuicio patrimonial y ese perjuicio, obviamente es la disminución de los valores económicos correspondientes a una persona.

(9).- Valle Muñiz, José Manuel.- "El delito de estafa".- Bosch, casa editorial S.A., Barcelona, 1987.- 1ª edición.- Pag. 226.

Lucro significa obtener una ganancia o provecho que se obtiene de una cosa, no obstante, el lucro en si no es perjudicial, pues para que pueda considerarse como tal requiere que el lucro obtenido sea indebido, ilícito, ello por los medios (engaño o aprovechamiento del error) que se utilizaron para tal efecto.

Por cosa entendermos cualquier objeto material susceptible de apropiación, valuada en dinero. Desde luego, el obtener una cosa, te representa una ganancia o lucro y lo que hace ilegítima la obtención de la cosa también lo son los medios empleados.

FRAUDE, PARA SU COMPROBACION NO ES INDISPENSABLE CITAR LOS NOMBRES DE LOS DEFRAUDADOS.- "La figura delictiva adquiere fisonomía no solo por la actitud del sujeto pasivo del delito sino por la conducta antijurídica del agente al exteriorizar su dañada intención de menoscavar el patrimonio ajeno, por lo que para la integración del delito de fraude basta que se demuestre que a consecuencia de un engaño o del

aprovechamiento de un error, el inculpado se hizo ilícitamente de alguna cosa u obtuvo algún lucro indebido, independientemente de que en el proceso llegue a acreditarse o no cual fué la persona o personas que directamente resintieron el perjuicio patrimonial derivado del fraude, si cualquiera que sea el perjudicado, es indudable el daño que en su patrimonio ocasionó el acusado mediante esos actos fraudulentos".

Montes Colima, Ramón. página 901. Tomo. CXXII, 15 de febrero de 1955 5 votos. Sala auxiliar.

Fuente: penal. página: 15 volúmen.

Tomo: XLII. Epoca: 6ª

FRAUDE.- "Para la configuración del delito de fraude se requiere el resultado material consistente en el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo y en el enriquecimiento, para sí o para otro, logrado por el sujeto activo, valiendose del engaño o error del ofendido".

Amparo directo 5788/60 Mario Humberto Carrera Gana, 2 de diciembre de 1960 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Fuente: Penal: 16 Vol. Tomo CXXII. Epoca 6ª.

FRAUDE, INEXISTENTE DEL DELITO DE.- "Si el dinero que recibió el reo fue por su participación en la obtención de los documentos relativos a un vehículo, los cuales resultaron falsos, pero ningún lucro obtuvo por engañar a los ofendidos o aprovecharse del error en que éstos se encontraban, no se configura el delito de fraude que al respecto se le impute".

Amparo Directo 7416/65. Isidro Fragoso Palacios. 9 de agosto de 1967. 5 votos. Ponente: Jose Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Fuente: Colegiados. página 31. Vol Tomo: 32 Epoca: 7ª.

FRAUDE, LUCRO INDEBIDO EN EL DELITO DE LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE CHIAPAS.- "En términos del artículo 249 de la ley represiva del Estado de Chiapas, la configuración del delito de fraude genérico requiere que se justifique el lucro indebido que obtiene el activo, o sea el enriquecimiento para sí o para otro. El lucro indebido y el perjuicio en el patrimonio del pasivo constituyen el resultado material, logrado por el engaño o por el error, del delito cuestionado o por lo que la simple demora en el cumplimiento de una relación de carácter civil, como en el caso de un mecánico que se compromete a reparar un vehículo de motor, y retarda la devolución a pesar de haber recibido anticipos económicos, no da lugar a encuadrar su conducta en el expresado delito de fraude".

Tribunal Colegiado del Decimo Circuito.

Amparo en revisión 2/71. Arturo Castillo Lopez. 4 de agosto de 1971. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Saloma Portal.

Fuente: Colegiados, página 23. Vol. Tomo: 57, Epoca: 7ª.

2.3.2.- Bien Jurídico Tutelado.-

El título en el que se encuentra consagrado el delito de Fraude, ha sido denominado como "Delitos en contra de las personas en su patrimonio". Por lo que, es el patrimonio el objeto jurídico del Fraude.

El renombrado tratadista del Derecho Civil, Rafael Rojina Villegas, conceptúa al patrimonio como "Un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derechos (universitas juris). Esto es: el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y además por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir que sean objeto de una valorización pecuniaria". (10)

(10).- "Derecho Civil".- Las Obligaciones.- Editorial Porrúa.- Segunda Edición.- México 1968, pág. 7.

Como podemos apreciar, el concepto civilista de patrimonio, contempla tanto el activo como el pasivo, al decir "derechos y obligaciones"; bién, al derecho penal solo le importa el activo del patrimonio, en otras palabras el haber, ya que un perjuicio patrimonial no puede causarse en el pasivo del patrimonio, que es el deber.

2.3.3.- La ilicitud del Lucro.- Como ya lo explicamos, la ilicitud del Lucro o de la cosa obtenida, se deriva precisamente de los medios comisivos del delito, engaño o aprovechamiento del error; ahora bién, toca analizar si es posible el fraude en actos ilícitos.

El maestro Pavón Vasconcelos señala que "el hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido son términos "completamente incesarios, pues los dos califican de antijurídico el resultado, siendo que la

antijuridicidad es esencia de todo delito, sin necesidad de que la ley lo declare expresamente en su texto" (11)

En efecto, todo tipo al ser considerado como tal, lleva implícita a la antijuridicidad, sin embargo, al ser el Fraude una figura típica tan complicada, creo que no está por demás expresarlo en el texto.

"Actualmente, la mayoría de la doctrina es de opinión que si puede cometerse fraude en los actos ilícitos. Tesis en cuyo favor se argumenta: "Que, si bien es cierto que el hecho objeto del contrato debe ser lícito, y que es ilícito si es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Código Civil, artículos 1827 y 1830), y por consiguiente, quien efectúa una prestación en el seno de una negociación con causa ilícita no tiene un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación, también es cierto que el Derecho Penal

(11).- "Comentarios de Derecho Penal".- Editorial Jurídica Mexicana.- Segunda Edición México, 1964.- pág. 168.

no tiene como fin la protección de los derechos privados, ni garantizar el cumplimiento de los contratos, si no garantizar los intereses colectivos ante el defraudador, así la víctima sea tan execrable como aquel. Que la ilicitud del contrato no hace desaparecer la antijuridicidad penal del hecho, a condición, desde luego que éste reúna todos los elementos del fraude. Y que la opinión contraria sólo podría sostenerse si existiese una norma jurídica que permitiese, a los ciudadanos, erigirse con propio lucro, en censor y represor de la inmoralidad ajena. En nuestra opinión, el fraude en negocios ilícitos reúne todos los elementos de un fraude: El estafador, por medio del engaño, obtiene un lucro típico que no está amparado por ninguna causa de justificación ad hoc no resiste la crítica, razón por la cual aquél que obtuvo el lucro debe sufrir la pena de fraude".

"... Todos estos autores (Carrara, Cuello Colón, David y Maggiore) parten de la equivocada premisa de que el fraude lesiona el derecho de propiedad. Si ello fuera

así, sería lógicamente imposible el fraude de cosa propia. Si afirmamos, en cambio correctamente, que los bienes jurídicos protegidos por el fraude son todos aquellos que integran el patrimonio y no únicamente la propiedad, entenderemos que comete fraude quien obtiene la posesión del bien del cual es propietario si, al obtenerla lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa. Así: "comete fraude el propietario que priva de la posesión al usufructuario, al arrendatario, al acreedor prendario, etc., porque, por medio del engaño, causa un acto de disposición patrimonial lesivo al patrimonio de aquel que gozaba de la posesión del bien. En cambio no hay fraude cuando se recupera mediante engaños: del ladrón, lo robado; del depositario gratuito, lo depositado; del comodatario, el bien dado en comodato, si para su devolución no se ha estipulado término, etc. En los casos citados, y en todos los casos semejantes que pudiesen presentarse, encuentra aplicación la regla conforme a la cual no comete fraude quien recupera la cosa propia mediante engaño, a condición de que no

lesione los derechos patrimoniales que sobre esa cosa pueda tener un tercero". (12)

En nuestra opinión, la ilicitud del lucro versa sobre el análisis de la obtención de éste, quien engaña para recuperar algo que ilícitamente perdió, no obtiene lucro y por ende no hay fraude; tal situación también se dará, por ejemplo; cuando se paga un adeudo con un cheque sin fondos, aquí ni el engaño trajo como consecuencia el lucro o la cosa, y por otra parte se entiende que hay crédito.

2.3.4.- NO DE CAUSALIDAD.- "Para que una modificación del mundo exterior (resultado) pueda atribuirse a un hombre, es necesario que haya sido

(12).- Zamora Pierce, Jesus.- "El Fraude".- Ob. Cit. pág. 166 y 167.

producida a consecuencia de la acción de él: en otras palabras, es necesario que entre la una y la otra haya una relación de causalidad". (13)

Uno de los requisitos ya lo vemos, es que el engaño sea idóneo, que éste sea bastante y suficiente para producir el error en el sujeto pasivo y así obtener el lucro o la cosa.

Para que el nexo de causalidad se afirme, se requiere que la conducta engañosa o el aprovechamiento del error venza la incredulidad del pasivo y éste la entregue.

La entrega u obtención de la cosa o lucro debe ser una consecuencia lógica e inmediata del engaño ó aprovechamiento del error, ya que si transcurre un lapso

(13).- Antolisei, Francesco.- "Manual de Derecho Penal".- Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1988.- 8ª edición.- página 164.

de tiempo entre una y otra podríamos entender que hay crédito y por ende no hay fraude.

Si se adquiere una cosa mueble y se paga por ejemplo con una tarjeta de crédito, y después se observa que esa tarjeta se encuentra sobregirada y que resulta imposible el cobro o cargo del precio de la cosa, no existirá fraude ya que la cosa no se obtuvo del engaño, sino que ésta se obtuvo mediante un crédito, pues al haber obtenido la cosa y después resultar que por x circunstancias el crédito es insuficiente se tiene por entendido que se amplió el crédito o bien que existe un sobre giro que deberá pagarse de inmediato según la ley Mercantil correspondiente.

Por otra parte, debemos afirmar que el engaño debe ser previo a la obtención de la cosa; ya que si es posterior no podríamos establecer el nexo casual, pues entre uno y otro debe existir una sincronía. A manera de ejemplo, transcribiremos algunas jurisprudencias.

FRAUDE, INEXISTENCIA DEL.- "Si no existe maquinación especial para que la acusada hubiera captado la confianza de una persona para apropiarse cierto inmueble, sino que era una vieja amistad y relaciones de negocios económicos lo que traía la confianza de dicha persona, para la acusada, no había esa relación causal y necesaria entre la maquinación que debe existir en momento dado, en el tiempo, inmediatamente anterior al fraude que trata de cometerse".

Obregón y Gómez Vélez, Guadalupe, página 2212. Tomo LXXIX. 28 de agosto de 1946. 4 votos.

Fuente: Penal página. 486 Vol. Tomo: CII. Época: 5ª

FRAUDE Y FALSIFICACION DE DOCUMENTOS.- "El acusado cometió el delito de fraude, si es incuestionable que los engaños de que se valió, fueron la causa inmediata y directa de la obtención ilícita de las sumas de dinero que recibió, como importe de los cheques que presentaba indebidamente para su cobro en efectivo, y las

argumentaciones del quejoso respecto de que en todo caso se trató de un delito de falsificación de documentos privados son infundadas, si las maniobras a que recurrían el quejoso y su coacusado, para ocultar el cobro indebido que habían hecho de los cheques, como la no contabilización de éstos y la alteración de las relaciones de cuentas, eran posteriores a la obtención del lucro, y de las maniobras indicadas ya no resultaba ni podía resultar ningún perjuicio, condición indispensable, entre otras, para que sea delictiva una falsificación de documentos".

Hernández Castro, Gildardo, página 2782. Tomo CIII. 24 de marzo de 1950. 5 votos.

Fuente: Penal. página: 50 Vol. Tomo: CV. Epoca: 5ª

FRAUDE; DELITO DE.- "No existe el delito de fraude, si sólo a virtud de la sustitución de los documentos dados en garantía del adeudo, se realizó el engaño, más no en el momento que precedió la entrega al rec, de la suma de que se trate".

Camacho Otero, J. Merced, página 50 Tomo CV. 3 de julio de 1950. 3 votos.

Fuente: Penal. página 1552. Vol. Tomo: CXI Epoca: 5ª

FRAUDE; DELITO DE.- "La Conducta causal del acrecentamiento patrimonial es, en el fraude, el engaño previo; y éste no existe en esa forma precisa, si la conducta engañosa del agente no constituye el engaño causal del acrecentamiento, sino actos de ocultación de la disposición habida, por lo que debe afirmarse que no se comprobó el delito de fraude".

Valdiviezo Pérez, Oscar, página 1552. Tomo CXI. 5 de marzo de 1952. 4 votos.

Fuente: Penal. página 734. Vol. Tomo: CXII. Epoca: 59.

FRAUDE, DELITO DE.- "La Conducta del reo, distinta de lo convenido con la denunciante, no podía integrar el engaño como motivador para la obtención del dinero, si éste ya había sido recibido".

Toca número 1156/53, página 1386. Primera Sala 1º de marzo de 1954. 3 votos. Tomo CXIX.

Fuente: Penal. página 54. Vol. Tomo: XXV. Epoca: 6ª

FRAUDE.- "Si el acusado, por medio del engaño, obtuvo cierta cantidad, en detrimento del patrimonio del ofendido, siendo ese engaño el antecedente del enriquecimiento y estando ligados por relación de causa a efecto, los conceptos violatorios que acerca del delito de fraude se hacen valer por el quejoso, resultan enteramente infundadas".

Amparo directo 8038/59. Melesio Ortega Castro. 30 de septiembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Carlos Fianco Sodi.

Fuente: Penal: página 31 Vol. Tomo: L. Epoca: 6ª

FRAUDE POR OTORGAMIENTO DE DOCUMENTO; NO CONFIGURADO.- "El otorgamiento de un documento contra una persona que el otorgante sabe no ha de pagarlo, para

constituir delito, debe ser causal del lucro que como elemento de la figura delictiva consigna la ley, y si aparece demostrado que hubo lucro, pero no hay relación de causalidad entre el otorgamiento del documento y el acrecentamiento patrimonial, no puede considerarse demostrada la figura delictiva".

Amparo directo 3979/62. Jesús Mata Becerra. 6 de diciembre de 1962. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Fuente: Penal: página 21. Vol. Tomo: LXXVI. Época: 6ª

**CHEQUES SIN FONDOS; FRAUDE NO CONFIGURADO POR LA
EXPEDICION DE. LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ.-**

"La configuración del ilícito de fraude por la expedición de cheques sin provisión de fondos, sólo se actualiza si el sujeto activo utiliza el documento como instrumento para la obtención de bienes o servicios, haciendo creer al pasivo que se le están pagando los mismos, o cuando se emplea para hacer caer en el error al agraviado y

alcanzar un lucro indebido, esto es, que debe existir una relación de causa a efecto entre los dos elementos indicados, por lo que el engaño o aprovechamiento del error debe ser previo a la apropiación ilícita de la cosa o al alcance del lucro indebido, y al mismo tiempo la causa o la obtención de dicho lucro. En consecuencia, si falta cualquiera de estos elementos, no se configuró el delito en cuestión".

Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito.

Amparo en revisión 325/84. Simón Rufino Molina Muñiz. 31 de enero de 1985. Unanimidad de Votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero.

Sostiene la misma tesis: Amparo en revisión 326/84. Simón Molina Muñiz. 12 de febrero de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: José Gudiño Pelayo.

Fuente. Penal. Sección: Informe 1956. página: 85.

FRAUDE: NEXO CASUAL.- Existe fraude genérico, si el acusado, mediante un poder general falso, engaña al sujeto pasivo acerca de que estuviera autorizado por la dueña de una casa, para venderla, recibiendo su precio. De ahí que al acreditarse la falsificación de la firma de la poderdante, se establezca que fue eficiente el medio engañoso usado por el agente para hacerse de numerario, o sea, que hubo relación causal entre la conducta y el resultado.

Directo 5720/1962. Fernando Tomás Mena del Río. Resuelto el 15 de julio de 1963, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Rubén Montes de Oca.

1ª Sala. Boletín 1963, página. 279.

Es aquí en donde encontramos la diferencia entre un verdadero Fraude y un incumplimiento de contrato, punto de estudio de la presente tesis, y aún cuando hemos adelantado algunas opiniones serán ampliamente analizadas en los capítulos subsecuentes.

CAPITULO TERCERO

EL FRAUDE CONTRACTUAL

3.1.- Fraude Penal y Civil.

3.1.1.- Fraude Penal.

3.1.2.- Fraude Civil.

3.2.- Existencia de Crédito.

3.2.1.- Concepto de Crédito.

3.2.2.- Crédito no constitutivo de fraude.

3.2.3.- Subsistencia del Adeudo.

En el presente capítulo abordaremos el punto más complicado que puede existir en el delito de Fraude, ya que es muy común confundir un Fraude con un incumplimiento de contrato. En efecto, para lograr entender la diferencia entre uno y otro es menester analizar qué entendemos por Fraude Penal y qué por Fraude Civil, así como cuando en un acto el Fraude se destruye por entender la existencia de un crédito.

3.1.- Fraude Penal y Civil.

Los intentos por realizar una distinción entre Fraude Civil y Fraude Penal han sido innumerables y con gran pena nos atrevemos a decir que aun no se ha podido establecer esta diferencia de forma clara y precisa. En nuestra opinión pensamos que esto se debe a que el delito de Fraude ha venido considerándose como un verdadero "cesto de basura" en el que se han introducido en forma forzada e incluso incorrecta figuras que son auténticos incumplimientos de contrato, basta analizar algunas de las fracciones que contempla el artículo 387 Código Penal; a manera de ejemplo señalaremos la fracción V.

Fracción 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 15 días, de haber recibido la cosa el comprador".

Como se puede apreciar aquí nos encontramos ante un contrato mercantil de compra-venta, en el que aun cuando se establece el ofrecimiento del pago del precio al contado, el simple hecho de haber entregado la cosa, y no recibir dicho pago y exigirlo dentro de los 15 días siguientes a haber entregado la cosa, da por entendido la existencia de un crédito de por lo menos 15 días al entregar la cosa y no recibir su pago.

Lo anterior trae como consecuencia el forzar la entrada de un incumplimiento de contrato de materia civil al ámbito penal y por ende una gran dificultad para distinguir en la práctica dichos ámbitos.

3.1.1.- Fraude Penal.

Para que exista fraude Penal es necesario que la obtención de la cosa o del lucro indebido se realice mediante el engaño o aprovechamiento del error.

"Define Carrara y hace suyo el criterio diferenciador de la "mise en scene" establecido constantemente por la Jurisprudencia francesa desde la sentencia de 4 de abril de 1862. La base de esta doctrina radica en distinguir entre artificio material y artificio verbal. El Fraude Penal no puede consistir en simples palabras mentirosas, sino que exige algún apoyo material: una "mise en scene", un hecho exterior o la intervención de una tercera persona que corrobore las simples palabras. No basta, según esta doctrina, que alguno afirme ser caballero de la legión de honor, si, además, no ostenta en el ojal de su solapa un distintivo que aparente ser de la mencionada orden; ni que alguien al dar a otro una pieza de cobre por oro, le afirme ser de éste último precioso metal, si, a la par, no emplea artificios para que la pieza de cobre aparezca con el

color del oro. No basta que un sujeto manifieste ser un acaudalado señor, si no corrobora su dicho mendaz vistiendo con ricas ropas ajenas o haciéndose acompañar de un cohorte de falsos servidores. En resumen: debe distinguirse entre mentira y artificio. La primera, no puede constituir delito por que nadie debe creer con facilidad en las palabras de otro, y si en ellas cree, sufra su torpeza y reclame de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos por su error. Por el contrario, el artificio, cuando no tiene simplemente a una inocente broma sino a un injusto despojo, proporciona las condiciones objetivas del delito. Pero para que exista artificio no basta el solo discurso, aunque fuere elocuente, meditado y persuasivo; necesitase, además, que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas. La anterior doctrina es inaceptable, pues como Impallomeni ha puesto de relieve, confunde la esencia del fraude como naturaleza del medio empleado. La naturaleza del medio empleado podrá ser de interés para indagar la consistencia e intensidad fraudulenta del engaño, pero no constituye la esencia ontológica del fraude penal y el dato que le diferencia del fraude

civil. La doctrina de la mise en scene carece además, de bases dogmáticas en nuestro ordenamiento positivo, pues las maquinaciones o artificios que para obtener la entrega de la cosa se hayan empleado, entran solamente en función en el párrafo último del artículo 386 para aumentar la pena señalada en las tres fracciones de este mismo artículo para el fraude simple engaño o de aprovechamiento del error que define su primer párrafo".

"Por último Garraud estima que los dominios del derecho civil y del derecho penal quedan claramente trazados, si se abandona al primero los artificios, maquinaciones y demás procedimientos engañosos surgidos en materia de convenciones y se consideran delictivos los que sirven para obtener el bien de otro. Esta distinción, calificada de magistral por González de la Vega, no encierra en realidad mas que vacuas palabras, pues olvida, en primer término, que el delito de fraude se perpetra casi siempre al socaire de una convención propia del tráfico comercial, y en segundo lugar, que en el llamado fraude civil de naturaleza causal también el

engaño sirve de medio antijurídico para obtener la cosa ajena" (14)

El engaño o aprovechamiento del error debe ser el medio comisivo para la obtención de la cosa o el lucro indebido, pero la obtención de estos debe ser simultánea, y no sincrónica es decir, no debe de existir un lapso de tiempo entre uno y otro de modo que pueda entenderse un reposo para reflexionar, consultar o indagar si la operación que se realizará es correcta o nó.

También habrá fraude penal cuando no exista la posibilidad de dar cumplimiento a la operación; por ejemplo: existe evidente fraude Penal en un contrato de compraventa de un inmueble, cuando éste no pertenece al vendedor; ya que la actitud engañosa se actualiza desde el momento mismo en que se pretende enajenar un objeto a

(14).- Carrara, Francesco.- "Programa de Derecho Criminal".- Volúmen IV.- Editorial Temis, Bogotá, 1980. pags. 343 y 344.

sabiendas de que no tiene derecho a ello; en cambio existirá fraude civil cuando existe toda la posibilidad de transmitir conforme a derecho la propiedad del inmueble pero esto no se lleva a cabo por arrepentimiento o desistimiento del vendedor.

Así mismo habrá fraude Penal cuando el contrato se encuentre viciado en alguno de los elementos que imposibilitan definitivamente la contratación y no por simples vicios en el consentimiento.

3.1.2.- Fraude Civil.- Todo acto civil, y principalmente los contratos deben de revestir ciertos requisitos de existencia y validez.

"Elementos de existencia o para que nazca un contrato".

Del concepto de contrato expuesto en el anterior apartado se desprende que para que exista y nazca un contrato se precisa de éstos:

"1.- El acuerdo de voluntades o consentimiento".

"2.- El objeto. Y aunque no se incluye en el concepto de la ley se tiene".

"3.- Excepcionalmente la solemnidad, que como se verá es una forma más elevada al rango de elementos de existencia".

"A más de estos elementos, ya se dijo, hay determinados requisitos que la ley exige para que una vez nacido el contrato, tenga validez, y ellos son los que se anotan en seguida".

"Requisitos de validez del contrato".

"El código los establece en su artículo 1795, y esta norma interpretada a contrario sensu, exige éstos".

"1.- Capacidad de las partes que intervienen en el acto".

"2.- Voluntad de esas personas, libre o exenta de vicios".

- "3.- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra".
- "4.- Observancia por las partes, de la forma que exija la ley, para externar la voluntad".

Y digo que a contrario sensu, ya que a la letra esa norma dice.

"El contrato puede ser invalidado:

- I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II.- Por vicios del consentimiento;
- III.- Porque su objeto o su motivo o fin sea ilícito.
- IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece". (15)

(15).- Gutierrez y González, Ernesto "Derecho de las obligaciones" Quinta Edición, Editorial Cajica, S. A. México 1984, pag. 184, 185.

El punto en donde radica la confusión entre fraude penal y Fraude Civil, la encontramos en el elemento de validez denominando ausencia de vicios en el consentimiento o voluntad.

Los vicios en el consentimiento pueden ser por error, dolo o mala fe.

El error - es una creencia falsa de la verdad, una discordancia psicológica entre una noción falsa y una realidad objetiva.

El error puede ser de carácter aritmético o de cálculo, este no anula el contrato, sólo da origen a una reparación.

El error de hecho recae sobre hechos materiales y pueden impedir la formación del contrato, anularlo o carecer de influencia sobre él.

El error de derecho recae sobre una regla de derecho y no anula el contrato, aunque si puede invalidarlo.

El dolo y la Mala fé,- que vienen a ser actos o actitudes del otro contratante consistentes en sugerencias o artificios que se emplean para inducir a error o mantener en él, a algunos de los contrayentes; la mala fé en especial es la disimulación del error de alguno de los contrayentes una vez conocido.

I. "El dolo y la mala fé, tienen los mismos efectos Jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fé pasiva".

"Procede con dolo el que procura persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fé el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuere de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro".

II. El dolo y la mala fé importan siempre premeditación, y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente.

Casos en que no hay intención de engañar. El artículo 1301 del código de 1884, siguiendo el artículo 667 del Código Portugués, establece que: "las consideraciones vagas y generales que los contrayentes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño.... a alguna de las partes no serán tomadas en consideración al calificar el dolo...." Y el artículo 1821 del Código de 1928, repite el artículo anterior, con ligeras modificaciones de palabras, en estos términos: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño.... de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo...."

"No habrá, por tanto, dolo en la simple exageración o encarecimiento de las buenas cualidades de la cosa que se pretende vender, o de las ventajas de la operación propuesta o anunciada cuando el proponente o anunciante faculta al examen de la cosa y no lleva su astucia hasta

sugestionar al comprador o a la otra parte... La exageración sin artificios, es lo que se ha llamado dolus bonus. La simple afirmación inexacta o mentirosa tampoco constituye dolo, por ejemplo, el decir el vendedor que tiene otro pretendiente a su cosa o que se le ofrecio otro precio... El otro contratante puede exigir la prueba de estas afirmaciones.

"En este artículo 663 se exige el dolus malus, el engaño intencional realizado por sugestionos o afirmaciones mentirosas y alicientes, los artificios o maniobras fraudulentas, consistiendo en disfrazar la realidad de las cosas bajo falsa apariencia, o en colocar a la otra parte en condiciones de no dar fe, no tener conciencia plena de lo que se hace, suscribe o acepta, o en hacer desaparecer u ocultar documentos o personas que pudiesen ilustrar o aconsejar al contratante... por tanto constituyen maniobras dolosas... la presentación de falsas referencias bancarias, la presentación de falsos arrendamientos a fin de engañar sobre el monto de las rentas del predio...."

"El dolo determinante según las fracciones III, y IV, del artículo 1296 del código de 1884, el error hecho anula el contrato si procede de dolo o mala fe. estas fracciones concuerdan con la primera parte del artículo 663 del Código Portugués, y Díaz Ferreira, comentando este precepto, dice que el dolo y la mala fe no vician el acto, sino cuando fueren causas determinantes de la voluntad del otorgante. Lo mismo enseña Cunha Goncalves, diciendo. " Para que el dolo sea causa de nulidad del contrato, es preciso que sea determinante, eso es, debe probarse que sin el contrato no se realizaría. Por eso, deben tomarse en consideración solamente. Las sugerencias y artificios anteriores o concomitantes a la formación del contrato. El dolo posterior tendrá sus consecuencias, pero sin perjuicio de la validez del contrato, y cita en su apoyo a Aubry) et Rau, Planiol, Demolombe, Coviello, Demogue y Laurent".

"El artículo 1816 del Código de 1928, dice que " el dolo o mala fe... anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico" lo cual significa que el nuevo Código textualmente expresa lo que estaba

implicito en el Código antiguo, según su interpretación jurídica, así pues, no es razonable la crítica que hace Rojina Villegas, creyendo que difieren ambos Códigos, en su esencia por que sus textos no son idénticos". (16)

En efecto el ocultamiento de desventajas derivadas de la contratación, constituye una especie de fraude civil y traerá como consecuencia la nulidad del mismo, siempre y cuando se acredite que de haber conocido esas desventajas el contratante afectado no lo hubiese firmado. Desde luego, que todo contrato trae consigo riesgos tales como el incumplimiento, pero para ello el derecho civil ha establecido mecanismos para combatirlos.

En nuestra opinión, cuando el contrato presenta vicios en el consentimiento y estos acarrear la nulidad, estaremos ante un Fraude Civil.

(16) Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, S.A. México 1984, Pags. 220, 221 y 222.

En conclusión, habrá fraude civil cuando el vicio en el consentimiento sea de fácil reparación y el contratante afectado pueda elegir entre demandar la anulación del contrato o aceptarlo en esas condiciones negociando en tal caso la desventaja que se le ocultó.

Habrá fraude penal cuando el vicio en el consentimiento (engaño o aprovechamiento del error) no dé lugar al sujeto pasivo de aceptarlo en esas condiciones.

A manera de ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Nación por Jurisprudencia ha establecido:

FRAUDE Y NO OPERACION MERCANTIL.- No puede concluirse en un caso de fraude que se está en presencia de operaciones mercantiles, cuando no se ha celebrado ningún contrato de esa naturaleza, dado que los contratos no se sustentan en falacias, si no en acuerdo de voluntades expresadas libremente.

Amparo directo 3 359/74 Fernando Karam Valle. 30 de abril de 1975 Unanimidad de 4 votos Ponente: Mario G. Rebolloso F. Séptima Época: Vol. 76 segunda parte, pag. 37.

ESTO TIENE SU ORIGEN
SALVO DE LA BIBLIOTECA

3.2.- Existencia de Crédito.

La existencia de un crédito, trae aparejada la consecuencia de no poder hablar de Fraude Penal.

En primer lugar, porque no es posible establecer el nexo de causalidad entre la conducta (engaño o aprovechamiento del error) y la obtención del lucro o la cosa. Y en segundo lugar por no ser posible dar la existencia de un engaño o aprovechamiento del error aparejadas a una confianza que requiere el crédito.

3.2.1.- Concepto de Crédito.

"La vida comercial moderna no podría ser concebida sin el crédito. La mayor parte de la riqueza, según indicamos en la parte general, es riqueza crediticia. Por el crédito se desenvuelven y multiplican los capitales y se realiza el fenómeno fundamental de la producción".

"El descubrimiento del valor mágico del crédito, como generador de riqueza, marca indudablemente un momento estelar en la historia del hombre".

"El crédito ha sido el pivote del progreso de la sociedad contemporánea".

"En un sentido genérico, crédito (del latín credere), significa confianza. de una persona en quien se cree a la que se le tiene confianza, se dice que es persona digna de crédito. Más no siempre que hay confianza, hay crédito en sentido jurídico, y sí hay ocasiones en que el crédito se concede con ausencia de confianza (como cuando se da dinero a un comerciante para que salga de situación angustiosa, y, como no se confía en él, se le nombra administrador para su empresa, caso frecuente en la vida bancaria). en sentido jurídico, habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido".

"En este concepto se comprende lo mismo la traslación de propiedad de un bien tangible (contrato de mutuo), que la transmisión de un valor económico

intangibles (casos en que se presta la firma o se contrae una obligación por cuenta del acreditado)". (17)

3.2.2.- Crédito no constitutivo de fraude.

Al momento en que se realiza una contratación a crédito, significa que el sujeto que transfiere la propiedad de alguna cosa o hace la entrega de algún dinero, sin recibir a cambio su precio o la cosa, sino que esta la difiere en cuestión tiempo; supone la confianza que desde luego resulta totalmente antagónica del engaño o aprovechamiento del error; de ahí que no podrán subsistir ambas.

En base a lo anterior podemos afirmar que la existencia de un crédito excluye al fraude .

En nuestra opinión los fraudes específicos establecidos en las fracciones V y VI del artículo 387

(17) Cervantes Ahumada Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, S.A., México 1984 pags. 207 y 208.

del Código Penal, aun cuando establezcan el ofrecimiento de "pago al contado" constituyen un verdadero contrato; de compra-venta, desde el momento en que se otorgan 15 días para cumplir con el contrato; a efecto de poder apreciar con claridad este comentario a continuación nos permitimos transcribir dichas fracciones:

"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 15 días de haber recibido la cosa del comprador".

"VI.- Al que hubiere vendido una cosa mueble recibido su precio, si no la entrega dentro de los 15 días del plazo convenido o no devuelve el importe en el mismo término, en el caso de que se exija este último.

Como podemos apreciar en la primer fracción se conceden 15 días para pagar la cosa; en tanto que en la segunda incluso se señala un plazo convenido, lo que

lleva a precisar la existencia de un crédito luego entonces al existir crédito se excluye la posible existencia de un fraude dado que nos encontramos ante un auténtico incumplimiento de contrato.

Por los razonamientos antes vertidos proponemos la derogación de estas dos fracciones del numeral antes invocado.

3.2.3 Subsistencia del Adeudo

Vinculado con los comentarios antes mencionados encontramos que el incumplimiento de pago en alguna contratación mercantil trae como consecuencia la subsistencia del adeudo, que bien puede tramitarse por la vía civil.

Pongamos por ejemplo, cuando se paga el adeudo de una tarjeta de crédito con un cheque sin fondos, tal conducta no puede tipificarse como fraude; en primer lugar, por que no hay nexo de causalidad entre la conducta y el resultado y en segundo lugar porque el

lucro y la cosa se obtuvo tiempo atrás en razón de un crédito y el engaño no fue el medio comisivo para obtener aquella, si no para evadir el pago del adeudo; en tal virtud la deuda queda subsistente y el cheque podrá hacerse efectivo mediante el procedimiento ejecutivo mercantil.

CAPITULO CUARTO

EL FRAUDE POR LA EXPEDICION DEL CHEQUE

4.1.- Elementos del tipo.

4.1.1.- Concepto de cheque.

4.1.2.- Causas por la que no es pagado el cheque.

4.1.3.- Nexo de causalidad.

4.2.- Distinciones Fundamentales.

4.2.1.- En base al nexo causal.

4.2.2.- En base al lucro indebido.

4.2.3.- Engaño y aprovechamiento del error.

El Fraude cometido mediante el titulo de crédito denominado cheque, es de los que en la practica presenta mayor confusión; la mayoría de las veces este no es posible tipificarlo como fraude. A continuación analizaremos sus elementos a efecto de encontrarnos en posibilidades de establecer ciertas reglas para lograr esta distinción.

4.1.- Elementos del tipo.

La fracción XXI del artículo 387 del Código Penal nos establece como fraude específico el hecho de librar "un cheque contra una cuenta bancaria que sea rechazado por la institución o Sociedad Nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la Institución o Sociedad Nacional de crédito de que se trate".

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

De la anterior descripción típica se desprenden los siguientes elementos:

- 1.- Librar un cheque contra una cuenta bancaria.
- 2.- Que sea rechazado por la Institución.
- 3.- Por inexistencia de cuenta o falta de fondos.
- 4.- Que haya sido el medio comisivo.
- 5.- Obtención de una cosa o lucro indebido.

A continuación estudiaremos todos y cada uno de estos elementos.

4.1.1.- Concepto de cheque.

La ley General de títulos y Operaciones de Crédito no proporciona un concepto o definición de cheque, pues solo se concreta a establecer los presupuestos y requisitos para su existencia.

El artículo 1º de la citada ley al referirse al cheque lo hace como un título de crédito por considerarlo una cosa mercantil y los actos u operaciones que del mismo derivan serán considerados mercantiles. Posteriormente en el artículo V del cuerpo legislativo ya referido define a los títulos de crédito como aquellos documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.

El cheque es un documento dispositivo o constitutivo; es dispositivo por que es necesario para la transmisión y ejercicio del derecho; es constitutivo por que si no existe el documento, no existe el derecho.

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez nos dice: "son documentos constitutivos en, cuanto a la redacción de los títulos de crédito, es esencial para la existencia del derecho, pero tiene un carácter especial en cuanto el derecho vincula su suerte a la del Documento. En este sentido puede decirse que el documento es necesario para

el Nacimiento, para el ejercicio y para la transmisión del derecho, por lo que con razón se habla de documentos dispositivos.". (18)

"La palabra cheque deviene de Inglaterra, del verbo "to chék" que quiere decir controlar, verificar, comprobar. Sin embargo algunos autores ubican su origen del Latín "scaccarium"- "Exchequer", "pues según sostienen, la tesorería real Inglesa contra quienes los soberanos Ingleses expedían mandatos u ordenes de pago en el siglo XII, recibía el nombre de "Excheque" por el pago ajedrezado que recubría la mesa en que se realizaban aquellos pagos". (19)

(18) "Derecho Mercantil". Tomo II.- Editorial Porrúa S.A.
1ª Edición México 1969 pág.253.

(19) De Pina Vara, Rafael.- "Teoría y Práctica del cheque".-Editorial Porrúa 1ª Edición, México 1974 pág.
14.

También los franceses han pretendido adjudicarse la creación de la palabra cheque al decir que es de origen francés y que esta tomada directamente de la palabra "echac" que significa "jaque" o "echiquier" cuya conotación es tablero de ajedrez.

Por lo que podemos afirmar que el cheque es un documento que incorpora una orden de pago a la vista, circulante temporal que impone la obligación de su presentación para el pago en una Institución de crédito autorizada y que sólo puede ser expedido por quien tiene cuenta y fondos disponibles en esa Institución.

4.1.2.- Causas por las que no es pagado el cheque.

El artículo 176 de la ley de títulos y Operaciones de crédito señala los requisitos que debe contener el cheque y que son:

Fracción 1.- La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento.

Fracción II.- El lugar y la fecha en que se expide.

Fracción III.- La Orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

Fracción IV.- El nombre del librado.

Fracción V.- El lugar de Pago y,

Fracción VI.- La firma del librador.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos traerá como consecuencia la negación del pago del documento, pues se declarará la inexistencia del mismo.

Por otro lado, cabe señalar que el artículo 176 de la ley, en su redacción no menciona en ningún momento al tomador del título, y sin embargo, indudablemente este debe ser otro de los requisitos indispensables, pues al ser una orden de pago contra Institución Bancaria acreditada el nombre de la misma debe de figurar.

En cuanto a los requisitos de forma y que son la provisión, la autorización y la calidad bancaria del

librado, estos también deben de quedar satisfechos pues en caso contrario también serán motivo del rechazo de pago del documento.

El artículo 175 de la ley de títulos y Operaciones de crédito establece que:

"El cheque sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por esta para librar cheques a su cargo". A si pues, para que el librador se encuentre en aptitud de poder librar un cheque, es indispensable que tenga en Institución de crédito una suma de dinero de la que pueda disponer libremente; esto es lo que entendemos por provisión".

La autorización supone la existencia de un contrato de cuenta de cheques en la que el librador tenga registrada su firma y autorizado por la institución de crédito.

En cuanto a la calidad bancaria en el librado el artículo 175 de la ley de títulos y Operaciones de crédito establece que el cheque sólo podrá ser librado a cargo de una Institución de crédito, constituida, y autorizada de acuerdo a nuestra legislación.

Otro de los requisitos que debe de reunir el cheque, y esto es en cuanto a su presentación para el cobro lo establecen los artículos 181 y 192 de la ley general de títulos y Operaciones de crédito que a la letra dicen:

Artículo 181.- Los cheques deberán presentarse para su pago:

Fracción I.- Dentro de los quince días Naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición.

Fracción II.- Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio Nacional.

Fracción III.- Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio Nacional,

Fracción IV.- Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio Nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

Artículo 192.- Las acciones a que se refiere el artículo anterior prescriben en seis meses contados:

Fracción I.- Desde que concluya el plazo de presentación, las del último tenedor del documento,
y

Fracción II.- Desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y de los avalistas.

En relación a lo anterior podemos aseverar, que para que pueda dar origen a un ilícito Penal el protesto del

título de crédito debe figurar con fecha que se encuentre dentro de las Temporalidades antes enunciadas.

4.1.3. - Nexo de Causalidad.

El párrafo 2º de la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal nos señala claramente el nexo de causalidad, al establecer:

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

Este párrafo fue adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial del viernes 13 de enero de 1984, párrafo que nos permite actualmente diferenciar cuando la expedición de un cheque sin fondos constituye realmente un fraude.

"El acto de librar un cheque que es devuelto por alguna de las causas señaladas en el tipo, no siempre satisface la conducta punible. Esto sólo ocurre cuando el

libramiento haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido".

"En estas condiciones, la conducta (el acto de librar el cheque) es necesariamente dolosa por que tiene que estar impregnada por la finalidad que consigna la ley. La figura de libramiento queda así integrada por el acto mismo, del sentido positivo, por el que se realiza la materialidad de librar más la razón que genera al comportamiento, que es de contenido eminentemente doloso e implicando el perfecto conocimiento de que esta actuando contra el derecho, puesto que se pretende obtener algo ilícitamente, o alcanzar un lucro indebido".

"Para concluir nuestras observaciones en lo relativo a la conducta, tenemos que ocuparnos también del resultado. Es sabido que en materia delictuosa, el resultado puede presentarse en dos formas distintas; en lo básico, una de tales formas es la que se produce cuando se altera el bien Jurídicamente protegido por causa de la conducta realizada. Casos de esta naturaleza pueden ser el homicidio que altera a la vida previa y el

daño en propiedad ajena, que modifica estructuralmente al patrimonio. El segundo caso se da cuando el bien Jurídico que se pretende proteger, queda expuesto a un peligro que la ley trata de evitar. En estos casos, como ocurre en el Abandono de personas o el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, hay una desprotección, sin modificación del bien Jurídico". (20)

El Maestro Vela Treviño Manifiesta:

"En nuestra Opinión el nuevo tipo del artículo 387, Fracción XXI, que como hemos dicho protege al patrimonio no requiere que afecte a alguien en su patrimonio para quedar integrado en cuanto al resultado".

"A un cuando se trata, en estos casos, según antes vimos, de una forma adicional de proteger a las personas en su patrimonio, no parece que sea requisito para la integración del tipo que se produzca un resultado

(20) Vela Treviño Sergio, "Miscelánea Penal" Editorial Trillas, Primera Edición, México 1990 Págs. 245 y 246.

material, consistente en la disminución del patrimonio de la víctima, que lo es, el beneficiario del cheque; como consecuencia del acto de libramiento".

"Sostenemos este criterio, por que la nueva tipificación dice, según el transcrito párrafo segundo, que lo que hace punible el acto del libramiento del cheque rechazado, es el fin perseguido al librar el cheque. No se señala en el texto legal que el fin perseguido se alcance, para que el tipo se integre. No se dice que sea necesario que el agente obtenga el lucro o se haga de la cosa; la Punibilidad queda encasillada en la motivación del libramiento. Si se alcanza o no el fin perseguido es cuestión ajena al tipo actual, si lo analizaremos exhaustivamente"

"No es anormal esta clase de ideas en el fraude por simulación (art. 387 fracción XXI), se imponen las penas del Fraude por pretender cualquier beneficio indebido independientemente que se logre la pretención".

"Con lo anterior, queremos apuntar que el criterio nuestro pueda ser rebatido y que se haga una interpretación distinta. Para nosotros, es clara la situación y esta basada en la mejor de las interpretaciones, como lo es la gramática". (21)

Con todo el respeto que nos merece el Maestro Sergio Vela Treviño, opinamos que la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal no se trata de un "Fraude por simulación", es decir de un delito con resultado formal o de Peligro; en primer lugar por que el párrafo inicial del numeral antes citado nos indica que se aplicaran las mismas penas del Fraude; es decir las indicadas en el artículo 386, mismas que son de carácter aritmético, es decir, van de acuerdo al monto de lo defraudado, por tanto sería injusto aplicar la misma pena en el caso en que se obtenga el lucro indebido o se procure una cosa, en otras palabras se obtenga un provecho económico que cuando este no se obtenga.

(21) Idem. (20) págs. 246 y 247

En el primer caso existirá fraude consumado, en tanto que el segundo estaremos ante una tentativa de fraude; esto es un tipo de peligro o resultado formal.

En tal virtud, podemos afirmar que el Fraude previsto en la fracción XXI del multicitado artículo 387 del Código Penal es un tipo de resultado material que requiere para su consumación la obtención de una cosa o lucro indebido, con el consiguiente perjuicio o disminución del patrimonio del sujeto pasivo; amén, de que como ya dijimos éste debe ser simultáneo a la entrega del documento (cheque).

4.2.- Distinciones Fundamentales.

Las Distinciones entre un verdadero fraude por expedición de cheques sin fondos y el incumplimiento de un contrato Mercantil deberá versar en tres cuestiones, respecto al nexo causal, en relación al lucro indebido y finalmente en los medios comisivos que son el engaño o aprovechamiento del error.

4.2.1.- En base al Nexo Causal.

Como ya se dijo anteriormente, en todo delito debe existir una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, de tal forma que para afirmar la existencia de un fraude por expedición de cheques sin fondos, de cuenta cancelada o con cuenta inexistente; el resultado debe ser consecuencia lógica y Natural del medio comisivo, es decir la entrega de la cosa u obtención del lucro indebido deberá presentarse como resultado del engaño o aprovechamiento del error.

Cualquier lapso de tiempo o concertación intermedia entre uno y otro hará que la conducta salga de la esfera Penal y se coloque en el incumplimiento de contrato.

4.2.2.- En base al Lucro Indebido.

La Obtención de una cosa o lucro indebido debe traer por aparejado un enriquecimiento o aumento patrimonial ilícito, es decir fuera de la ley, debido a la actitud engañosa que el sujeto activo hubiere realizado con la

expedición de un cheque sin fondos, con cuenta cancelada o cuenta inexistente, equivalente a un conocimiento previo de que el título de crédito no sería pagado.

Con lo anterior podemos afirmar la existencia de un dolo específico que es el denominado "Animus Lucrandi" o ánimo de Lucro ilícito.

Si en el sujeto activo no se advierte ese ánimo de lucro y se desprende que su conducta estuvo amparada en un error de tipo por un descuidado manejo de la cuenta, entonces no es posible tipificar la conducta fraudulenta, sino que estaremos ante un incumplimiento de contrato.

4.2.3.- Engaño y Aprovechamiento del Error.

Tanto el engaño como el aprovechamiento del error son maquinaciones o elucubraciones mal intencionadas tendientes a viciar la voluntad del sujeto pasivo; ambas son formas que se realizan, como ya se dijo, con dolo.

Cuando de las constancias aparece que la voluntad del sujeto pasivo fue viciada por alteraciones a la verdad, evidenciándose un contrato que por su propia naturaleza, inexistencia del objeto o imposibilidad de realización por alguna circunstancia, nos encontraremos ante un verdadero fraude y en caso contrario ante el incumplimiento de un contrato.

En conclusión, habrá fraude por expedición de un cheque sin fondos, con cuenta cancelada o inexistente cuando exista nexo de causalidad entre la conducta y el resultado debiendo ser este concomitante sin plazos o términos intermedios que permitan establecer un crédito o un no pago del adeudo; el enriquecimiento patrimonial del activo debe ser indebido o no apegado a la legalidad; y finalmente los medios comisivos deben ser idóneos y suficientes para violar la voluntad del sujeto pasivo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fraude ha sido considerado como un saco sin fondo en donde el legislador ha incluido todas las conductas engañosas ocasionando graves problemas de interpretación y aplicación.

SEGUNDA.- El fraude presenta dos formas de comisión, el engaño y el aprovechamiento de error, es decir, en orden a la conducta puede ser de acción o comisión por omisión.

TERCERA.- El tipo de fraude, es eminentemente doloso y premeditado, sin embargo, el fraude no solo requiere de un dolo genérico, sino también de un ánimo o dolo específico que constituye la intención de obtener una cosa o un lucro indebido.

CUARTA.- El engaño debe ser precedente a la consecución de la cosa o del lucro indebido, ya que es medio comisivo, de tal forma que el engaño posterior a la obtención de la ventaja patrimonial, de ninguna manera constituye fraude.

QUINTA.- El engaño debe ser idóneo y bastante para vencer la incredulidad del pasivo, además de ser la causa del error del pasivo y estar dirigido a obtener la prestación de éste.

SEXTA.- Para que el aprovechamiento del error sea constitutivo de Fraude se requiere que sea efectivamente una alteración de la verdad. Que ese error no sea evidente para el común de las personas. Que sea el medio por el cual se obtiene la cosa o un lucro indebido.

SEPTIMA.- La ilicitud del lucro versa sobre el análisis de la obtención de éste, quien engaña para recuperar algo que ilícitamente perdió, no obtiene lucro y por ende no hay fraude. Lo mismo ocurre cuando se usa un cheque sin fondos para pagar un adeudo.

OCTAVA.- La entrega u obtención de la cosa o lucro debe ser consecuencia lógica e inmediata del engaño o aprovechamiento del error, ya que si transcurre un lapso de tiempo entre una y otra podríamos entender que hay crédito

y por ende no hay fraude, en virtud de que el tiempo sirve para reflexionar, consultar o indagar si la operación que se realizará es correcta o no.

NOVENA.- Habrá fraude cuando no exista la posibilidad de dar cumplimiento a la operación. Existirá Fraude civil cuando existiendo la posibilidad de dar cumplimiento a la operación esta no se lleva a cabo por desistimiento de un contratante.

DECIMA.- Existirá fraude penal cuando el contrato se encuentra viciado por alguno de los elementos que imposibilitan definitivamente la contratación y no por simples vicios en el consentimiento en el que exista la posibilidad de elegir entre demandar la anulación del contrato o aceptarlo en esas condiciones negociando en tal caso la desventaja que se le ocultó.

DECIMA PRIMERA.- La existencia de un crédito, trae aparejada la consecuencia de no poder hablar de Fraude Penal, porque no es posible establecer el nexo de causalidad entre la conducta (engaño o aprovechamiento del

error) y la obtención del lucro o la cosa, amén de que no es posible dar la existencia de una conducta ilícita aparejada a la confianza del crédito.

DECIMA SEGUNDA.- Se propone la derogación de las fracciones V y VI del artículo 387 del Código Penal por ser verdaderos incumplimientos de contrato.

DECIMA TERCERA.- El incumplimiento de pago de alguna contratación mercantil, trae como consecuencia la subsistencia del adeudo, que debe exigirse por la vía civil.

DECIMA CUARTA.- Para que un título de Crédito pueda dar origen a un delito es necesario que el protesto del documento se practique dentro del término fijado por la ley y con las formalidades requeridas por ésta.

DECIMA QUINTA.- La distinción entre un verdadero fraude por expedición de cheque sin fondos y el incumplimiento de un contrato u operación mercantil deberá versar en tres cuestiones: respecto al nexo causal, en relación al lucro indebido y en los medios comisivos.

DECIMA SEXTA.- Habrá fraude por expedición de un cheque sin fondos, con cuenta cancelada o inexistente cuando exista nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, debiendo ser éste concomitante, sin plazos o términos intermedios que permitan establecer un crédito o un no pago del adeudo el enriquecimiento patrimonial del activo debe ser indebido o no apegado a la legalidad, y los medios comisivos deben ser idóneos y suficientes para violar la voluntad del sujeto pasivo.

DECIMA SEPTIMA.- Normalmente la víctima del fraude, en un principio pensó ser el defraudador de su victimario.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ANTOLISE, FRANCESCO.- "Manual de Derecho Penal" Parte General.- Editorial Temis, Octava Edición.- Bogotá, Colombia, 1988.
- 2.- BACIGALUPO, ENRRIQUE.- "Manual de Derecho Penal" Parte General.- Editorial Temis, Primera Edición.- Bogotá - Colombia, 1988.
- 3.- BORJA SORIANO, MANUEL.- "Teoría General de las Obligaciones".- Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1984.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Derecho Penal Mexicano" Parte General.- Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1967.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y RAUL CARRANCA Y RIVAS.- "Código Penal Anotado".- Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1974.
- 6.- CARRANCA, FRANCESCO.- "Programa de Derecho Criminal".- Volumen IV, Editorial Temis.- Bogotá Colombia, 1980.

- 7.- CERVANTES AHUMADA, RAUL.- "Títulos y Operaciones de Crédito".- Editorial Herrero, S.A.,- México, 1984.
- 8.- DE PINA VARA, RAFAEL.- "Teoría y Practica del Cheque".- Editorial Porrúa, Primera Edición, - México, 1990.
- 9.- DOMINGUEZ DEL RIO, ALFREDO.- "La Tutela Penal del Cheque".- Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A.,- México, 1981.
- 10.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- "Derecho Penal Mexicano".- Los Delitos, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1981.
- 11.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.- "Derecho de las Obligaciones".- Quinta Edición, Editorial Cajica, S.A.,- México, 1984.
- 12.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- "Derecho Penal Mexicano".- Tomo IV.- Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1973.

- 13.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- "La Ley y El Delito",- Tercera Edición, Editorial Sudamericana.- Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 14.- PAVON, VASCONCELOS.- "Comentarios de Derecho Penal".- Segunda Edición, Editorial Jurídica Mexicana.- México, 1964.
- 15.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.- "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal".- Primera Edición, Editorial Porrúa S. A.,- México 1969.
- 16.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN.- "Derecho Mercantil", Tomo II.- Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1969.
- 17.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- "Derecho Civil", Las Obligaciones.- Segunda Edición, Editorial Porrúa,- México, 1968.
- 18.- VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL.- "El Delito de Estafa".- Primera Edición, Bosch cosa Editorial S.A.,- Barcelona, 1987.

19.- VELA TREVIÑO, SERGIO.- "Miscelánea Penal".- Primera Edición, Editorial Trillas,- México, 1990.

20.- ZAMORA PIERCE, JESUS.- "El Fraude".- Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.,- México, 1992.

Legislación Consultada

- 1.- Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.
- 3.- Código de Comercio.
- 4.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 5.- Jurisprudencia en Materia Penal.- Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1991.