EL FRAUDE CONTRACTUAL (RECOPIACION Y COMENTARIOS DE TEXTOS)

Jesús Zamora-Pierce.

1. Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Civil.

Hablar del fraude contractual parece ser una contradicción en términos, puesto que el fraude es una conducta tipificada como delito por los códigos penales, en tanto que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos u obligaciones. Y no se entiende cuáles sean los límites del derecho civil y del derecho penal en este tema, ni es claro, tampoco, cómo es posible que la celebración de un contrato, acto civilmente lícito, pueda, simultáneamente, constituir un ilícito penal. La búsqueda de un respuesta a estas cuestiones debe iniciarse por el establecimiento de las características que individualizan al derecho penal y al derecho civil y que permiten establecer límites entre ambos.

En el principio, todo Derecho fue Derecho Penal. Podemos aceptar esta generalización, esta simplificación, si nos ponemos de acuerdo para entender, por ella, que la conminación y la aplicación de penas fueron, en un tiempo, el principal medio coercitivo para dirigir la conducta de los gobernados, y que, por ello, aquel Derecho que hoy llamamos Penal regía conductas que, dentro de sistemas más evolucionados, son reglamentadas por el Derecho Civil.

Refiriéndose a esta evolución afirma VILLALOBOS⁽¹⁾ que:

“El tiempo y la reflexión fueron diferenciando situaciones de derecho privado en que la intervención oficial no podía significar sino un apoyo al derecho desconocido de uno de los particulares en discordia; y así nació la sanción civil que ha cubierto una extensa zona de la vida social. Desde entonces no es ya preciso encarcelar ni herir en su persona a quien demora el pago de una deuda económica, sino que bastará que el Estado tome sus bienes y cubra con ellos lo debido; no será preciso usar medidas penales contra quien

(1) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Segunda Edición, México. Editorial Porrúa, S.A., 1960, págs. 16, 17 y 18.

haya causado un daño en el patrimonio ajeno, sin dolo que demuestre una verdadera rebeldía contra el orden social, sino que bastará con forzarle a que pague una indemnización equitativa; ni habrá por qué molestar con azotes o con privación de libertad a quien celebre un contrato sin las formalidades prescritas por la ley, pues para los fines del Derecho bastará con declarar nulo el acto mientras no se satisfagan aquellos requisitos omitidos. Todas estas sanciones se mantienen dentro del campo civil o del Derecho Privado y se aplican *con atención exclusiva al acto* que trata de ordenarse, porque llevan como fin inmediato mantener la vigencia del Derecho *en ese caso concreto y particular*”.

“Pero hay casos en que, por su importancia, porque no permiten ya una reparación del derecho violado (como el de un homicidio) y por el peligro que revelan en el agente mismo para el orden jurídico, a la coacción física es preciso agregar anticipadamente una coacción psicológica, para usar la frase de Feuerbach, imponiéndose entonces la conminación con una pena que sirva de freno a la conducta de los hombres. Se ha dicho que, si los actos antijurídicos revelan en el sujeto una peligrosidad seria para el orden mismo de la Sociedad, por una franca actitud dolosa o por su despreocupación ante el daño que pueda sobrevenir a los demás; por su desprecio, en una palabra, por el orden, la disciplina y los intereses ajenos, debe mostrarse una reprobación más enérgica imponiendo penas que a la vez constituyen una prevención general, respecto a todos los hombres que pudieran estar propensos a incurrir en las mismas faltas, y una prevención especial para el delincuente a quien se aplican y a quien se trata de corregir o adaptar a la disciplina que ha olvidado. Para lograr estos fines, la pena debe tener como punto de referencia *al individuo mismo* a quien trata de corregir y cuya peligrosidad se previene tomando el acto ejecutado como un síntoma de aquella peligrosidad, de su mayor o menor alejamiento de la solidaridad o de las normas de vida en que todos debemos ser encuadrados”.

“La separación absoluta del Derecho Privado y del Derecho Penal, es decir, de la justicia indemnizante y de la justicia penal, es todavía objeto de una evolución que se persigue desde hace muchos siglos, insistiéndose en precisar los caracteres distintivos de cada sanción y los casos a que se aplica: Von Liszt afirma, sintéticamente, que el Estado aplica la consecuencia penal de lo injusto allí donde la civil —ejecución forzada, restitución, indemnización, nulidad— no le parece suficiente; Carnelutti centra las diferencias en el carácter aflictivo de la pena y, acaso recordando las ideas de Romagnosi, habla de esa pena con que amenaza el Derecho, como de un contra-estimulo frente a los alicientes que pudiera ofrecer la violación del mismo; responde a la objeción que pretende que toda sanción es aflictiva puesto que a quien no paga lo que debe no le ha de ser agradable el embargo ni la enajenación de sus bienes, haciendo notar que, si toda coacción es aflictiva *de hecho*, la sanción civil se orienta por el interés satisfaciente y sólo como efecto indirecto y no querido puede ser dolorosa; en tanto que *la sanción penal deliberadamente lleva consigo un interés aflictivo*, aun cuando también satisface, en cierto modo el sentimiento del ofendido; insiste en que la sanción civil tiene por objeto remover la

violación y tiende a que *el mandato o derecho concreto se cumpla* en un caso determinado, en tanto que la sanción penal se aplica *porque no se cumplió el mandato*, sin que ello signifique, por supuesto, el simple proceder de un malvado según pensamiento que Platón puso en labios de Protágoras, sino que se castiga para el porvenir, “con el fin de que el reo no vuelva a delinquir y los otros hombres sean disuadidos del delito”. Feuerbach, por su parte, llamó la atención genialmente sobre que la parte medular del orden jurídico no permite esperar a que sea violada con hechos concretos, para intervenir mediante la coacción física tratando de impedirlo y de mantener al sujeto dentro de sus deberes, lo que en muchos casos sería ya imposible de realizar; sino que, por su gravedad vital, es preciso que algunos actos antisociales sean prevenidos de antemano, mediante una *coacción psicológica* que sólo ejerce la conminación penal”.

“Tomando genéricamente como “sanciones penales” todas las que son empleadas por el Derecho Penal para su fin propio: tanto las penas propiamente como las medidas de seguridad o las medidas correctivas, se podría decir que *son aquellas que tienden a mantener el orden social y la posibilidad de una convivencia pacífica*, independientemente de que en los casos concretos se logre o no impedir o reparar el daño inmediato que pueda causar el delito; la sanción civil en cambio, como se ha indicado ya, *protege los intereses particulares que se ven amenazados o que son desconocidos o lesionados*, y tiende a mantener sobre ellos la vigilancia del Derecho haciendo que se pague al acreedor, se indemnice al perjudicado y no se dé validez ni eficacia a lo que se ha ejecutado contra las exigencias legales”.

La prisión por deudas es un buen ejemplo de este retroceso del Derecho Penal ante la influencia civilizadora del Derecho Civil. El estudio de su historia nos demuestra cómo el principio de la responsabilidad patrimonial es el resultado de una larga evolución que ha substituido la ejecución en la persona por la ejecución en los bienes⁽²⁾.

“En el derecho bárbaro —dice Troplong— la persona responde corporalmente, y en primer término, de las obligaciones contraídas. Por un lado, la insolvencia se considera un crimen. El deudor que falta a la fe al no pagar a su acreedor, se distingue poco del ladrón... Por otro lado, para pagarse con los bienes, es necesario, ante todo, que el acreedor embargue la persona, pues el derecho de propiedad es un accesorio, una dependencia del estado personal civil. En todos los pueblos de la antigüedad la ejecución presenta caracteres de sanción penal. En el Derecho hebreo, indio, egipcio y griego el deudor y aun sus hijos responden por las deudas con sus cuerpos, pudiendo ser esclavizados y vendidos”.

(2) Hemos tomado la historia de la ejecución de ZAMORA-PIERCE, Jesús. Derecho Procesal Mercantil, Cuarta Edición, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1986, págs. 159 a 162.

“El estudio de la evolución histórica de la ejecución en el Derecho Romano presenta un interés especial, por encontrarse bien documentado y por la relación histórica que guarda con nuestro Derecho. En la época de la Ley de las XII Tablas, el acreedor que había obtenido sentencia favorable y no había sido pagado podía ejercer la *manus iniectio*, en la siguiente forma: El actor decía “Como has sido juzgado o condenado a darme diez mil sextercios, y por dolo malo no me los pagaste, por la misma cosa de los diez mil sextercios juzgados, te pongo la mano (*manus iniectio*)”, y al mismo tiempo asía alguna parte de su cuerpo, con lo cual, el magistrado autorizaba al acreedor a llevar a su casa al deudor y encadenarlo”.

“El deudor tenía treinta días para pagar la deuda confesada o juzgada. Transcurrido dicho término, el acreedor podía conducir al deudor ante el Pretor. Si no pagaba ni nadie lo hacía por él, el acreedor lo llevaba a su casa y lo tenía encadenado durante sesenta días más, tras los cuales lo conducía de nuevo, durante tres días de mercado, en presencia del Pretor y proclamaba allí su deuda por si alguien lo rescataba. Si nadie lo hacía, el deudor era adjudicado al acreedor, quien podía venderlo o hacerlo su esclavo y aun matarlo o, si los acreedores eran varios, dividirlo en partes. En la época de la ley *Licinia Sextia*, propuesta por los tribunos Licinus y Sextius en 377 de Roma y votada diez años después, los jueces adjudicaban diariamente listas de deudores que iban a llenar las prisiones privadas de los patricios”.

En un estadio posterior se admitió la coacción patrimonial, mediante la *pignoris capio*, que no tenía por objeto satisfacer el crédito por la aprehensión de una cosa, sino sencillamente tomar cualquier objeto del deudor como prenda, *pignus*, a fin de constreñirlo a cumplir con su obligación. El acreedor podía apoderarse de la cosa y destruirla, pero no venderla”.

Después, el Pretor introdujo el sistema de la *missio in possessionem* que consistía en la aprehensión de todo el patrimonio del deudor, a fin de obligarlo a cumplir con sus compromisos. El patrimonio se vendía ficta e íntegramente a un *bonorum emptor*, quien enajenaba después realmente los bienes y pagaba las deudas. La *bonorum venditio* implica un exceso en la ejecución, pues puede tener lugar aun por una deuda pequeña, no presupone la insolvencia del deudor, sino obstinación en no pagar. Representa todavía un medio de coerción de la voluntad, y no la ejecución directa sobre los bienes para satisfacer las deudas. Se consideraba al deudor como difunto y entrañaba *capitis diminutio e infamia*”.

“La *Lex Julia* (probablemente capítulo de la *Lex Judiciaria* de Augusto, del año 737 de Roma) vino a presentar otro avance. Gracias a ella, el deudor podía evitar la persecución personal y la infamia de la *bonorum venditio*, poniendo sus bienes a disposición de sus acreedores: *bonorum cesio*. Pero estamos todavía ante un procedimiento universal de liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor”.

“El *Pignus in causa iudicati captum* representa el último paso de esta evolución. Del *pignus* general al especial sobre un bien, no había más que un paso. Y de la *missio in possessionem* de todo el patrimonio, a la aprehensión por orden del Pretor de un bien

determinado, no hubo más que otro. Y lo que primero fue un medio para constreñir la voluntad del deudor, se convirtió en una prenda en favor del acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado. El paso decisivo estaba dado: la satisfacción de la obligación en especie se hacía en su equivalente en dinero. El *Pignus in causa judicati captum* (prenda adquirida en virtud de sentencia) fue la institución necesaria para poder convertir en dinero la cosa del deudor, ya que el acreedor no podía exigir la entrega de ésta en propiedad, puesto que no era el objeto de la obligación; y tan solo podía pedir la transformación de dicha cosa en dinero, para cobrar el equivalente de su crédito en moneda, rasero común de todos los valores económicos. Para realizar esta transformación y adquirir el dinero producido hasta la concurrencia de su crédito necesitaba vender la cosa; y este derecho para instar la venta y apropiarse de su producto no se explica sino concibiendo la existencia de un derecho real de prenda sobre el precio de la cosa, que el juez reconoce y declara. La ejecución personal se transformó en real; a la persona sucede la cosa. Ahora bien, es indudable que el acreedor puede ejercer sus derechos sobre cualquier bien del deudor. De ahí que éstos constituyan una garantía latente para los acreedores, y el conjunto de ellos, que se llama patrimonio, forme la garantía prendaria común para todos los acreedores”.

“Las invasiones germánicas vinieron a destruir el resultado de esta lenta evolución. Durante la Edad Media se reconoció de nuevo la prisión y la esclavitud por deudas e incluso el derecho del acreedor de matar a su deudor. Las cárceles privadas, que el Derecho Romano había hecho desaparecer, surgieron de nuevo. Después del año 1000, a medida que el Derecho Romano adquirió de nuevo autoridad y prestigio, principió a actuar como fuerza civilizadora en contra de la ejecución personal. Pero la evolución, nuevamente puesta en marcha, había de ser lenta en cumplir su cometido. La ley IV de las Ordenanzas Reales de Castilla dice: “Si algún hombre por deuda, que deba, fuere metido en prisión, el acreedor mantenga lo fasta nueve días, y no sea tenido de darle más, si no quisiere; pero si el preso más pudiere haver de otra parte hayalo; y si en este plazo pagar no pudiere, ni pudiere haver fiador, sea entregado al acreedor: de guisa que pueda usar de su menester, y oficio: y de lo que ganare debe al acreedor que coma razonablemente: y de lo demás recaudel, y rescibalo en cuenta de su deudor; y si oficio no hoviere, y el acreedor lo quisiere tener mantengalo, y sírvase del.” La Novísima Recopilación (Ley 12 de título 28, libro XI) previene que si al ejecutar no se encuentran bienes que embargar ni el deudor da fianzas suficientes debe ser reducido a prisión. Apenas en el siglo XIX desaparece de nuevo en Occidente la prisión por deudas”.

Más aún, prohibir la prisión por deudas es de tal manera importante que muchos países consagran ese principio, con el carácter de derecho fundamental, en sus textos constitucionales. Entre ellos, México, en el artículo 17 Constitucional, dispone que: “Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”. Este bello principio, no obstante, depende para su plena eficacia de que podamos establecer con precisión cuándo una deuda es “de carácter puramente civil”. Es decir, depende

de la realización de la tarea que nos fijamos inicialmente, y que se encuentra todavía pendiente, a saber, fijar los límites entre lo civil y lo penal. Estudiaremos ahora aquellas teorías que pretenden encontrar las mojoneras en la antijuricidad y aquellas otras conforme a las cuales la frontera se encuentra en el dolo, para concluir, finalmente, que sólo la tipicidad puede servirnos de criterio para precisar los límites entre ilícito civil e ilícito penal.

Refiriéndose a la antijuricidad como posible criterio de distinción, JIMENEZ DE ASUA⁽³⁾ afirma:

“En principio, y por lo que respecta al Derecho penal, podemos decir que la ciencia alemana es correctamente partidaria de la unidad de lo antijurídico mientras que en Italia se llega a una consecuencia semejante, pero más bien como comprobación de la imposibilidad de distinguir entre lo “ilícito penal” y lo “ilícito civil”, “administrativo”, etc.”

“A nuestro juicio el delito, como la infracción civil, caen en el ámbito común de lo injusto culpable. Es decir, que lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias”.

“No ignoramos que figuras eminentes de la Filosofía jurídica y escritores notables de Derecho penal han mantenido tesis opuestas. Hegel y su escuela postularon la escisión definiendo lo injusto penal como consciente y lo civil como inconsciente. Éste no encierra un conflicto entre la voluntad individual y social, puesto que los dos litigantes respetan el derecho. Estos últimos alegatos se emplean por Stahl y luego por Venezian. Por el contrario, el criminal se opone a él. No han faltado otros autores —algunos de ellos consagrados al Derecho civil— que mantengan la pretendida diferencia acudiendo al objeto jurídico, afirmando que el delito infringe normas distintas que la injusticia meramente civil, considerando el hecho criminal como una injusticia positiva que contraviene a una prohibición y el injusto meramente civil como lo simplemente negativo que se opone a un mandato. La existencia de delitos propiamente omisivos destruye tan gratuita creencia. No están menos errados aquellos que quieren caracterizar lo ilícito penal por ser la infracción de lo absolutamente prohibido, en referencia por tanto, a normas sin excepción, en tanto que lo ilícito civil contraviene normas relativas, es decir que se vincula a prohibiciones que admiten excepciones. A seguida se nos ocurre demandar: ¿es que pueden existir aquellas normas absolutas y sin excepción?”.

“No puede pretender mayor fortuna la supuesta diferencia de lo injusto civil y de lo penal basándose en el bien jurídico que se protege: la propiedad en el primer caso y los demás intereses en el segundo. Binding objetó a los que así razonan diciendo que en tal supuesto el derecho de familia saldría del Derecho civil. Igualmente imposible es conce-

(3) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1965, págs. 970 a 978.

bir —como quiso Unger— el delito como infracción del derecho objetivo, en tanto que lo ilícito civil vulnera el derecho subjetivo, no sólo porque hay correlación entre uno y otro, sino por las objeciones que hoy se hacen a los llamados derechos subjetivos. Hälschner (*Gerichtssaal*, 1869, págs. 11-36 y 81-114, y después en *System*, vol. I, págs. 15 y sigs.) busca otro fundamento de separación: el delito sería un injusto inmediato, mientras que lo ilícito civil sólo existiría por la declaración del ofendido. Mas aparte de que ese distingo sólo tiene aspecto procesal, la existencia de los delitos que se persiguen a instancia o a querrela de parte invalida la diferencia. No tienen mayor poderío suasorio las fórmulas, principalmente alegadas por privatistas, en las que se investiga la ansiada diferencia en relación a la irreparabilidad potencial del daño en lo injusto punible —de que ya habló Carrara (*Programa*, tomo I, § § 14 y sigs.)—, a la índole meramente civil de la coacción en lo ilícito de este orden, etc. Tampoco puede convencernos el sistema de Brusa que ve en lo ilícito civil un daño privado sin menoscabo de la tranquilidad pública, mientras que en lo ilícito penal ésta disminuye o desaparece”.

“Pero también en este siglo se ahonda más, por Adolfo Prins, en las razones del origen común, ejemplificando con fortuna polémica. En efecto, hay más gravedad en quien incumple intencionadamente un contrato del que depende la subsistencia de un desvalido, que en los delitos culposos de carácter imprevisto (aunque previsible) en que el resultado destaca con más imperio que la propia imprevisión”.

“Por su formidable prestancia en la ciencia del Derecho penal merece que exponamos el punto de vista de Carlos Binding que, con cierta incongruencia —puesto que es el creador de la teoría de las normas—, defiende la separación entre lo injusto penal y lo civil. Empieza por el aserto de que “la fundamental diferencia de las dos consecuencias jurídicas (pena y resarcimiento civil) es radicalmente inconciliable con la unidad de lo injusto” (*N.*, vol. I, 2a edición, pág. 291). Para desarrollar después su punto de vista contra la noción unitaria de lo antijurídico, parte del aserto de que “es inconcebible una acción antijurídica que no vaya contra un derecho subjetivo” (*id.*, pág. 295), y afirma: “Si todo injusto es lesión del derecho subjetivo, no hay ningún tipo unitario de aquél, sino tantas especies de lo injusto como especies de derechos subjetivos” (*id.*, pág. 299). Con harto motivo le acusa Roberto von Hippel de que parte de una *ilógica petitio principii* (*D. S.*, vol. I, pág. 29, nota 3)”.

“En cuanto a la opinión de Welzel ya hemos dicho lo que importa al respecto, al señalar las diferencias que, según él, existen entre lo antijurídico, que es uno en todos los dominios del Derecho, y lo injusto, que es distinto en cada rama jurídica”.

“Los italianos, según hemos dicho —alguno de ellos como A. Rocco, es lógico al proclamar la especificidad de la ilicitud *penal*, puesto que mira nuestro Derecho como constitutivo—, parecen esforzarse, mediante el cuidadoso examen de las doctrinas que pretenden distinguir lo “ilícito penal”, lo “ilícito civil”, lo “ilícito administrativo”, etc., en hallar diferencias capaces de caracterizar el injusto punible. Mas como no lo logran acaban confesando que tal separación es imposible, con más muestras de desaliento que de convicción. Incluso el pretendido distingo por las sanciones (resarcimiento

en un caso y pena en otro), que postuló Silvio Longhi y que ahora defiende Petrocelli, es confesión de no poder hallar criterios esenciales para la ansiada diferencia”.

“Alimena dijo: “Como desde lo inmoral se pasa insensiblemente a lo que es ilegal, así se pasa de lo que es ilegal ante el Derecho civil, a lo que es ilegal ante el Derecho penal. Realmente la ley puede y debe, mediante un tajo neto y preciso, separar, aun cuando sólo sea artificialmente, ambas clases de ilegalidad, pero esto no significa que la diferencia deba existir en sí misma y fuera de la ley. Más bien todo induce a creer que en la realidad, en aquella realidad de la que surge el Derecho, no existe tal diferencia...” (*Principios*, vol. I, pág. 294). Muchos años más tarde repite Maggiore: “El fracaso de todas las teorías que distinguen entre ilícito civil e ilícito penal nos fuerza a la consecuencia de que la distinción es —en el campo jurídico— imposible” (*Principi*, pág. 130). Ahora Antolisei coincide, aunque sin citarle, con Longhi, si bien declarando previamente que todas las tentativas hechas para diferenciar el delito de lo ilícito civil lo han pretendido “sin resultados aceptables”. “El fracaso —acaba diciendo— de las teorías que han sido enunciadas para distinguir el entuerto (*torto*) penal del civil, induce a concluir que no existe una diversidad sustancial. La distinción es puramente extrínseca y legal: el delito es el entuerto sancionado mediante la pena; lo ilícito civil es el que tiene por consecuencia las sanciones civiles (resarcimiento del daño, restituciones, etc.). En suma, es la naturaleza de la *sanctio iuris* la que permite establecer si nos encontramos frente a una u otra especie del entuerto” (*Mauale*, págs. 183-184; antes, más brevemente, *Elementi*, págs. 47-48)”.

“Más categórico se muestra Florian: “...El delito pertenece a la esfera de los actos del hombre. En el ámbito de éstos, los actos son lícitos o ilícitos, los primeros conformes, los segundos contrarios al ordenamiento jurídico: el delito pertenece a la categoría de los actos ilícitos. Ulteriormente se realiza una especificación de los mismos, en cuanto se trata de un acto ilícito cuya consecuencia jurídica es la pena; es decir, de un acto ilícito penalmente sancionado” (*Parte generale*, I, págs. 377-378)”.

“Ahora bien, para los que no concebimos que la antijuricidad sea otra cosa que lo injusto (o ilícito) resulta sobremanera absurdo que los modernos penalistas italianos —Antolisei sobre todo—, e incluso Florian, vean lo antijurídico como *esencia* del delito y no como uno de sus caracteres. Si no es posible separar lo injusto penal de lo injusto civil, ¿cómo puede ser la *antijuricidad* (*lo injusto*) lo *esencial* del delito?”.

“En Suiza, Jean Darbellay presenta, ante todo, uno frente a la otra, si bien en correspondencia más que en oposición el “delito civil” y la “infracción penal”, estudiando con acierto el primero pero en el último capítulo de su obra se esfuerza en hallar la verdadera naturaleza de lo “ilícito”, a la vez penal y civil, encontrando su punto de convergencia en la norma de la civilidad, entendida como expresión de la conducta “normal” (núm. 60)”.

“Silva Melero, entre los españoles, tan sólo admite una posibilidad de discriminación cuantitativa, pero no cualitativa, entre la “ilicitud civil” y “la penal”, atendiendo a la naturaleza de la norma, mientras que Jiménez Huerta aboga por la pertenencia de lo in-

justo al ordenamiento jurídico *in genere*, demostrando que no existe una antijuricidad exclusiva del Derecho penal (pág. 16). En cambio, Antonio Quintano Ripollés, en especial referencia al “evento jurídico de ‘daño’ ”, no parece muy decidido al “derrumbamiento de seculares fronteras que aún guardan buena parte de su utilidad” (artículo en *Rev. de Dro. privado*, 1949, pág. 868), y más tarde, al ocuparse de la falsedad de documentos, dice que los caminos de la ilicitud civil y penal no son siempre rigurosamente paralelos, suscitando en muchos casos frecuentes colisiones y problemas de interés, tanto para el jurista doctrinal, como para el práctico (artículo cit. en *Rev. Jur. de Cataluña*, 1952). Sin embargo, en un trabajo posterior, tras de decir que la ilicitud penal y la civil no son inconciliables, resuelve el problema de su diferenciación acudiendo a la tipicidad precisamente penal. Con ello parece más bien reconocer que lo característico de nuestra disciplina es el carácter agotador de las tipologías penales y, así, se llegaría al tácito reconocimiento de lo difícil que sería separar, por sí misma, la ilicitud penal, cuya nota específica es estar penalmente tipificada (artículo cit. en *Rev. Jur. de Cataluña*, 1957, págs. 207 y sigs)”.

“Entre los penalistas argentinos no estaba muy clara la cuestión; hasta que Soler afirma muy correctamente la unidad de lo ilícito. Ramos (*Curso*, t. I, pág. 90) y Gómez (*Tratado*, t. I, pág. 102), tras de exponer los criterios alegados por otros autores, se limitan a decir que el problema está en pie y parecen sentir simpatías por la tesis unificadora. En cambio los civilistas de la Argentina más bien son partidarios de la diferenciación. Veamos las opiniones de Henoch Aguiar, Mario Antelo y Enrique V. Galli. Aguiar vincula la calificación del acto ilícito con la regla transgredida. Si ésta se refiere a las relaciones de convivencia y de compatibilidad de las actividades de los particulares, habrá ilícito civil. Si versa sobre la conducta que los individuos deben observar con relación al todo social, habrá ilícito criminal. Esto concuerda con la afirmación de que el delito penal lesiona el interés social y el delito civil afecta al derecho individual. Mario Antelo considera que la obligación del responsable civil no corresponde propiamente al derecho penal del Estado, sino a la protección que éste presta a los derechos subjetivos de la víctima, afectados por el delito. La absolución del imputado no debe impedir pronunciarse sobre la acción civil. En el Proyecto de Código de Procedimientos penales para la Capital Federal del doctor Antelo, se autoriza expresamente (art. 12). Siempre que se acredite la participación del acusado en el delito, la exclusión de su responsabilidad penal no impide la acción reparatoria en base a la existencia de un delito del derecho civil o de un cuasi-delito porque sobre ellos no ha juzgado ni podido juzgar el juez penal, mientras no se acumule a la acción penal la acción civil correlativa (Antelo, ob. cit., pág. 113). Si la absolución se debe al reconocimiento de una causa de justificación como en el caso del artículo 34, inc. 3 a 7 del Código penal, debe admitirse que el agente obró en ejercicio de un derecho y no está obligado a responder civilmente (ob. cit., pág. 114). Si el hecho no constituye delito, la sentencia que así lo declara no resuelve nada respecto a la acción de indemnización (ob. cit., pág. 115)”.

“Por su parte dice el Profesor E. V. Galli: “Los autores civiles coinciden en independizar el problema de la responsabilidad penal, del de la responsabilidad civil. Los tribunales juzgan el hecho de acuerdo con las disposiciones del derecho penal, pero ello no impide que los tribunales civiles lo consideren sobre la base de constituir un cuasidelito del derecho civil. Lo único que los tribunales civiles deben respetar es la decisión penal sobre existencia o inexistencia del hecho y participación o no intervención del acusado. Lo que queda subordinado es el aspecto de la imputabilidad. Sobre la base de los mismos hechos, el juez penal y el juez civil juzgan con entera libertad dentro de su jurisdicción aplicando el derecho positivo de su especialidad. La uniformidad de los autores puede tener por base las disposiciones del Código civil que responden a esa doctrina”.

“En México, Ricardo Franco y Guzmán se pronuncia resueltamente por la buena tesis: “Podemos concluir —escribe— ...que la antijuricidad es una sola e indivisible y que no puede hablarse seriamente de una antijuricidad propia y exclusiva de lo penal” (ob. cit. a la cabeza del presente Capítulo, pág. 69). También mira el Derecho como una “unidad”, a este respecto, el Profesor chileno Eduardo Novoa Monreal (*Los elementos*, etc., pág. 22)”.

“Adolfo Merkel logró asentar para siempre el criterio unitario de lo injusto. Sólo hay una clase de injusticia que es la violación culpable de las reglas jurídicas, nos dijo el clarividente penalista alemán. Manejando materiales muy nuevos para su época, A. Merkel demostró que el juriconsulto no puede ver en el Derecho característica alguna de naturaleza jurídica capaz de separar lo injusto penal de lo injusto civil, salvo su diferente consecuencia. Este aserto era por demás revolucionario para su tiempo y por ello A. Merkel quiso hacer algunas concesiones, remitiendo a otras ciencias más competentes la resolución del asunto, y limitándose a subrayar que el juriconsulto no es quien para esclarecer las diferencias intrínsecas que puedan existir entre la injusticia civil y el delito capaces de determinar al legislador a reprimir aquella y éste de un modo diverso”.

“En verdad, todos los ensayos de diferenciación entre los pretendidos ilícitos civiles y penales han fracasado. La insuficiencia de esos esfuerzos es paladina. Así se explican posiciones vacilantes, como la de Manzini, entre los penalistas, que tras de concebir la *ilicitud jurídica* como *una*, hace distinguios sobre si se halla penada por todo el ordenamiento jurídico o si sólo lo está por uno determinado. En este caso es ilícito respecto a aquél e indiferente respecto a los demás (*T.*, tomo I, núm. 51)”.

“Las teorías de Goldschmidt han creado el tan discutido Derecho penal administrativo, cuyo examen y crítica se hizo ya en lugar oportuno (cf. *supra*, núm. 12, en el tomo I del presente Tratado). Acaso pudiera afirmarse que el gran profesor alemán, forzado por sus razonamientos, llega a crear una antijuricidad especial para lo policiaco, lo que sublevaría a von Beling (*Die Lehre v. Verbrechen*, pág. 34). Mas en verdad James Goldschmidt es demasiado buen jurista para no estar adscrito a la tesis de la unidad de lo injusto. En efecto, aunque en concreto ordena a la antijuricidad penal y civil, el que fue Profesor en Berlín dijo y escribió unas páginas bien demostrativas de este aserto, con

motivo de la reforma penal que entonces estaba de actualidad en Alemania, en el tercer Congreso de Juristas alemanes que se celebró en Colonia el año 1926 (se cita en la Bibl. del presente Capítulo). A su juicio “la identidad de la antijuricidad en el derecho penal y civil” “resulta de la ‘armonía preestablecida’ del ordenamiento jurídico. Éste tiene que dar a quienes están sometidos al derecho y deben orientarse en conformidad con él, una contestación uniforme sobre si una conducta es conforme o contraria a la norma”. Y comentando lo dicho por Dölle —durante ese mismo Congreso de Colonia—, en referencia a las por éste llamadas, con poca exactitud, “normas de la antijuricidad”, afirma Goldschmidt que son imperativas; es decir, que cualquier oposición al derecho “constituye, por lo tanto, la infracción de un imperativo jurídico”. Así acontece, en efecto, “para el campo jurídico entero, sin que importe de cuál sector del derecho provenga el imperativo, a pesar de que no todo sector jurídico pueda vincular a la infracción una consecuencia jurídica”. Muy razonablemente explica, al respecto, que “ciertas características del tipo legal, como los conceptos de documento, funcionario, ferrocarril, etc., pueden tener, en verdad, un distinto significado en los diferentes sectores jurídicos. Pero no puede tenerlo la ‘antijuricidad’ como característica del tipo legal, dado que en este punto el diferente significado sólo podría descansar en la incompatibilidad de dos imperativos jurídicos. Por la misma razón una causa de justificación establecida por un sector del derecho, es válida para todo el campo del derecho en la medida en que se extienda la aplicación de la limitación del imperativo contenido en ella”. En consecuencia, James Goldschmidt concluye diciendo: “Por tanto [de conformidad con Dölle y Reichel]... yo llego a la conclusión de que existe un concepto unitario de antijuricidad para el derecho penal y para el derecho civil” (págs. 246-249)”.

“Como ya hemos dicho este problema excede del restricto perimetro de una distinción terminológica para referirse nada menos que al concepto penal propiamente dicho. Los que creen que nuestra disciplina es constitutiva, afirman la existencia de un injusto penal propio; los que creemos que nuestra rama jurídica es meramente garantizadora, nos pronunciamos porque lo injusto sea general en Derecho (vid. *supra*, núm. 8 en el tomo I del presente Tratado)”.

“Para terminar, justo es que confesemos que se debe a Adolfo Merkel la idea de que el jurista no puede aceptar la diversidad de injustos (penal, civil, etc.); pero pertenece a Beling el haber basado en el concepto normativo incommoviblemente, ese fecundo aserto: “Sólo el referir lo injusto del hecho punible a la violación de la norma, hace posible la concepción unitaria del Derecho penal, pues si se prescinde del carácter de lo contrario a la norma, el carácter de injusto se desmembra en tantos injustos como disciplinas jurídicas hay: en injusto civil, canónico, administrativo, penal, etc.” (*Lehre vom Verbrechen*, página 127). En suma la unidad de lo injusto se mantiene por los mejores penalistas alemanes. Recordemos a Franz von Liszt, von Hippel y Mezger, entre otros”.

“El que fue Profesor en Berlín escribió: “El delito (*Verbrechen*) cae, por consecuencia, como la acción ilícita del Derecho civil, bajo el mismo concepto genérico de *injusto*

(*Unrecht*) o infracción (*Delikt*)” (T., tomo II, págs. 252-253). Y añade: “el supuesto que aquí defendemos, de un concepto unitario de lo injusto en el Derecho privado y en el penal, es de fundamental importancia para la construcción total de la teoría del delito” (id. pág. 253, nota 1). Roberto von Hippel, en muy documentadas páginas y después de combatir a los que niegan la unidad de lo injusto —sobre todo a Binding—, da razón a los que la proclaman y defienden, y a su vez nos dice: “La esencia de lo injusto se deriva, no de las eventuales consecuencias jurídicas, sino tan sólo de la *esencial del Derecho (objetivo)*, como cuya negación aparece. Todo injusto es... formal oposición contra mandatos y prohibiciones del orden jurídico: realmente una intromisión en la esfera de poder de otro jurídicamente protegida; es decir, de la comunidad; un ataque a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos). Lo injusto *punible* se distingue dentro de este marco, por sus consecuencias jurídicas, no por su tipo (*Tatbestand*). Para la aplicación de la pena no son decisivas las consideraciones dogmáticas sino las necesidades de la protección de los bienes jurídicos” (D. S., tomo I, págs. 30-31). Finalmente Edmundo Mezger cree que “debe rechazarse en absoluto” la pretendida “antijuricidad penal especial”, pues “este supuesto de una antijuricidad *sólo* penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación *unitaria* de vida. El *tipo jurídico-penal* no es, por tanto, una especie del Derecho punitivo, sino un *injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas*, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho penal representa una oposición al Derecho” (S., págs. 181-182)”.

“Sólo así, concibiendo la antijuricidad como un todo común al plenario ordenamiento jurídico, cobra lo antijurídico su verdadero sentido y toma su correcto papel la tipicidad como función concretizadora o señaladora de lo injusto (vid. *supra*, núm. 1195)”.

CARRARA⁽⁴⁾ opina que la diferencia entre fraude civil y fraude penal se encuentra en el diverso tipo de dolo que motiva al activo. Dice CARRARA:

“La dificultad consiste en discernir entre el *dolo lícito*, que interviene, sin delito, en los contratos usuales, y el *fraude*, que es el criterio esencial del estelionato. Es costumbre, si no honesta, por lo menos tolerada en el consorcio humano, que los contratantes se engañen mutuamente; todos los que piden dinero en préstamo os cuentan mil historias de sus infortunios y exageran los medios de que se valdrán para devolveros esa suma, que en la mayoría de los casos tienen intención de no devolver; y a veces os tratarán de mal educados y os amenazarán hasta con un duelo, si tenéis la incultura de pedirles vuestro dinero. Todos los que venden un objeto (por ejemplo, un animal), exaltan hasta el cielo sus cualidades y ocultan sus defectos; o si se trata de un terreno, exageran sus ventajas y callan sus inconvenientes; y nadie que os dé en alquiler una casa, os declarará que está infestada de sabandijas, aunque muy bien lo sepa”.

(4) CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV, Bogotá, Editorial Temis, 1980, págs. 423 a 428.

“Hay dos límites en esta materia. El primero es el que partiendo del principio político de que las leyes sólo deben proteger a los perspicaces, deja completamente inerte al que ha sido víctima de esos artificios, aplicando el principio del jurista romano: “*licet contrahentibus sese invicem circumvenire*” [es lícito que los contratantes se engañen mutuamente]. Hay un segundo límite, pues cuando uno es engañado, las leyes lo protegen con reparaciones civiles que anulan el contrato, si el dolo fue la causa del consentimiento; pero no van más allá. Además de estos dos límites, hay una tercera forma, en que el dolo asume el nombre de fraude y aparecen la criminalidad del hecho y la necesidad del castigo. Pero si esta tercera forma es fácil de reconocer en los casos supremos, es delicadísima y difícil en los ínfimos”.

“El jurista romano enseña que para que haya criminalidad se requiere *magna calliditas* [gran astucia]; y los prácticos repiten a una sola voz que el ardido debe ser tal que pueda engañar a un sensato padre de familia; pero la primera fórmula es indefinida y la segunda encuentra graves objeciones en su aplicación práctica. Por esta razón prevalece en muchos la opinión de que el fraude no debe juzgarse subjetiva, sino objetivamente; y así, cuando los artificios empleados logran engañar al propietario, rechazan toda distinción entre artificio *tonto y burdo* y artificio *sutil*, pues dicen que si el artificio condujo al engaño y al daño efectivo de la víctima, fue suficientemente delictuoso, ya que entre las malas artes del culpable estuvo precisamente la de elegir como víctima a un individuo tan crédulo e idiota, que hasta la impostura más patente logró abrir brecha en su ánimo”.

“Esta doctrina puede ser verdadera en muchos casos, pero como regla absoluta puede resultar peligrosa y tiene el defecto intrínseco de olvidar por completo el daño mediato, que constituye la condición imprescindible para la imputabilidad política de los actos delictuosos. Cuando el artificio es tal que se necesitaría ignorar verdaderamente lo que todos saben para caer en el lazo, el público no se alarma, se burla, como se reían nuestros padres de las astucias empleadas contra el infeliz Calandrino [personaje del *Decamerón*, VIII, 3, 6, y IX, 3, 5], que si hoy fueran llevadas ante ciertos jueces que se contentan con el daño *individual*, sin varios años de prisión. Hasta ahora, pues, no hemos podido obtener una fórmula neta y precisa, un criterio seguro, para distinguir entre dolo lícito y fraude criminal; por esto, aun cuando consistiéramos en aceptar la fórmula de los artificios burdos y sutiles, también ella, al fin de cuentas, no sería sino una fórmula vaga y elástica”.

“Chauveau y Hélie (*Théorie du code pénal*, cap. 61) sostienen la distinción de que el dolo criminal consiste en la intención de *causarle daño a otro*, y el dolo civil en la intención de *favorecerse a sí mismo*; pero esto lo censuró Mittermaier (y me parece que con toda justicia) en la nota IV al § 411 del *Derecho penal* de Feuerbach. Sin embargo, cuando el propio Mittermaier quiso dictar su fórmula (en la revista “*Gerichtssaal*”, año de 1858, fascículo II) cayó en lo indefinido, pues concluyó que ese criterio debía deducirse

de la *opinión popular* y definirse según las diversas costumbres de los pueblos: y ésta es una verdad confirmada por la historia de la jurisprudencia; pero de esta verdad se deduce: 1º, que los que intentan dictar una fórmula apodictica de limitación, *nodum in scirpo quaerunt* [buscan nudos en los juncos, es decir, le buscan cinco pies al gato]; 2º, que si hay un caso en que el juicio por *jurados* sea conveniente, sería, a mi parecer, el delito de fraude”.

“En Francia se tuvo a veces en cuenta la posibilidad de perjuicio, y por esto se decidió (Morin, art. 7913) que el ocultar los defectos del animal en venta no produce acción penal, si esos vicios son *rehabitorios*, pues suficientemente repara el engaño el derecho a la anulación del contrato; pero este argumento prueba demasiado. Negrin (*De l'escroquerie en matière des assurances*, pág. 27) repite la ya mencionada distinción de Chauveau entre *causarle perjuicio a otro y favorecer los intereses propios*; pero ésta me parece una distinción meramente de palabras, pues en los contratos casi siempre el provecho propio es correlativo al perjuicio ajeno. En Austria, una decisión de la corte suprema de justicia de Viena, del 11 noviembre 1857 (“Eco dei Tribunali”, pág. 537), redujo a nada la distinción entre *dolo civil y dolo criminal*, al enseñar que siempre que hay usurpación injusta de lo ajeno, efectuada a sabiendas, existen los elementos del abuso de confianza, aunque no haya habido artificios ni engaños; pero en la misma publicación (núm. 823) se hizo la crítica merecida de ese fallo. En medio de tantas vacilaciones, no veo otro sistema que les sirva de guía seguro a los jueces, que la teoría de la *mise en scène* [del aparato teatral]”.

“Al estudiar las jurisprudencias extranjeras encontramos que la corte de casación de Paris, en fallo del 4 abril 1862, sancionó como solución del problema la distinción entre artificio *material* y artificio *verbal*. Al declarar culpables a algunos de los acusados y no culpables a otros, ha establecido esa corte, de modo señaladisimo, el principio de que el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas (*paroles mensongères*), sino que para haber delito se requiere algo *material*, una especie de aparato escénico, de *mise en scène*, 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, si no 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 ropas ajenas o haciéndose acompañar de supuestos criados”.

“En resumen, hay que distinguir entre *mentira y artificio*. La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, culpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el *artificio*, cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del *delito*; para que haya *artificio* no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas

no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas; y si el artificio logra su intento, tendrá también (por lo menos como regla general) las condiciones subjetivas para constituir un delito”.

“Creo que esta fórmula (sobre la cual persiste la casación francesa en su reciente fallo del 10 agosto 1867 en el asunto Boconnier) puede aceptarse como solución del problema teórico; y creo también que debe ciertamente aceptarse ante el Código Penal toscano, que no hace consistir el elemento *material* del fraude únicamente en las palabras mentirosas, sino en los *artificios, maquinaciones y engaños* que exige literalmente el art. 404, §, letra *f*. Sólo opinaría que esta fórmula no se aplicara de ningún modo en la mayor parte de los casos especiales descritos en las letras precedentes de ese mismo artículo”.

“La teoría de la *mise en scène* [del aparato escénico] se encuentra repetida con fundada insistencia y en múltiples formas por la jurisprudencia francesa (véase a Morin, arts. 7926, 7706, ampliamente, 7985 y 8441). Así se decidió que el simple hecho de pedir el pago de una deuda ya saldada no constituye un acto punible, aunque se hayan realizado esfuerzos verbales para persuadir de que no estaba saldada (Morin, art. 8491). Pero se ha dicho que al *aparato teatral* equivale la *intervención de un tercero* (aunque también haya sido engañado), por obra del cual se acreditó la mentira (Morin, art. 7951); y esto es lógico, porque la manifestación externa que vale para acreditar las palabras mentirosas, ocurre tanto en la presencia de un hombre como en la presencia de un signo material. Igualmente se ha dicho que *les démarches* [las gestiones] pueden equivaler a la *mise en scène* (Morin, art. 8110), y con esto la doctrina se aproxima a la elasticidad antigua”.

“Aunque no acostumbro adular las doctrinas francesas, me parece que en este punto han acertado, porque la *mise en scene* no es una fórmula empírica ni se refiere a accidentes materiales desprovistos de sentido jurídico; todo lo contrario, completa el *elemento subjetivo* y el *elemento objetivo* del delito: el *subjetivo*, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, un individuo más temible para la sociedad; y el *objetivo*, porque las apariencias *externas* prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credulidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente”.

“¿Cómo explicar la protección penal para los que se dejan arrancar dinero por una mendiga vieja y andrajosa (como lo he presenciado), que mientras recorre las calles pidiendo limosna afirma seriamente que adivina los números de la lotería? Si esa viejucha se presenta con vestidos de seda y con joyas falsas, dando a entender que esa riqueza aparente es fruto de las ganancias continuas que obtiene con la lotería, el que caiga en sus redes no será imbécil, sino crédulo”.

Por su parte, JIMENEZ DE ASUA⁽⁵⁾, cuya opinión compartimos, afirma que no puede distinguirse entre el dolo civil y el dolo penal, y, al respecto, expone:

“Antes de penetrar en el problema de las clases o subespecies de dolo, que adquiere caracteres ingentes a causa de la confusión engendrada en la materia por los diversos autores, nos interesa sobremanera fijar nuestro punto de vista —o mejor dicho, insistir en el ya expuesto— sobre la pretendida distinción entre dolo civil y dolo penal”.

“La unidad de la culpabilidad que impera en Alemania y de la que fue muy juvenil campeón Werner Goldschmidt, hace que este asunto, debatido en Francia, carezca de sustancia polémica entre los juristas alemanes, desde los tiempos de Klein (vid. *retro*, núm. 1488). En Italia no han faltado defensores y detractores de esa supuesta diferencia. Pronúncianse en pro, Pessina y Puglia —que repite lo dicho por el Profesor napolitano— alegando que para distinguir el dolo (“fraude”) penal del civil (“fraude civil”) se necesita tomar en consideración el estado intelectual de quien fue víctima del engaño. Cuando ese estado era tal que no podía librarse de él, existirá el delito de estafa y, consiguientemente, dolo penal”.

“Manzini, en cambio, se manifiesta en contra: “La distinción entre dolo civil y dolo penal, no sólo es superflua y arbitraria, sino además productora de dañosísima confusión, sobre todo en la especial relación con la estafa, ya que induce fácilmente al error de creer que, no obstante la concurrencia en un determinado hecho de todos los requisitos esenciales del delito de fraude, el hecho mismo puede considerarse, sobre la base de una de las innumerables teorías, a propósito escogida, como un mero fraude civil. Error extraño y enorme en el cual no fue raro que cayeran ilustres escritores; y la propia jurisprudencia, incluso llega, finalmente, a admitir escapatorias para los delincuentes. Ninguna doctrina, opinión o costumbre se puede contraponer a la voluntad de la ley. Y mientras no se demuestre que una determinada norma jurídica considera, en un caso concreto, el hecho constitutivo esencialmente del delito de estafa, como una transgresión meramente civil, todos los argumentos que se aducen para sostener la combatida distinción no pueden tener, de *iure conditio*, más que el valor de vanas palabras”.

“Entre los franceses expresa muy caracterizadamente el sentir mayoritario, opuesto a la tesis correcta, René Garraud: “Las palabras dolo y culpa (*faute*) tienen un sentir diferente en el Derecho civil y en el Derecho penal” (*Traité*, tomo I, pág. 572)”.

“Castejón dice, en España: “El Derecho penal que tiene un fin relativo... y representa la fórmula sintética del derecho, es la ciencia apropiada, la disciplina apta, para estudiar aquellos institutos jurídicos (dolo, culpa...) que son una negación del derecho (analíticamente formulado en el civil y sintéticamente expresado en el penal) y una perturbación del orden relativo que debe reinar en las relaciones sociales”.

(5) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo V, 3a. edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1976, págs. 501 a 503.

“En la Argentina, donde el errado criterio imperó en pasados tiempos, dice Soler muy exactamente que es “falsa” la “distinción entre dolo civil y dolo criminal, a la que con frecuencia se recurre especialmente en tema de defraudación” (*D. p.*, vol. II, pág. 138). Que la estafa requiera un ardid, no supone que haya un dolo especial distinto del que impera en derecho privado. Ese “fraude” es un elemento objetivo (*medio*) en el delito de estafa, y es cosa harto distinta del dolo. Por otra parte, necesario es reconocer, como lo hace el Profesor cordobés, que en los Códigos civiles, y en el argentino también, se usa de modo errado la frase *dolo*, para designar la “maquinación fraudulenta” (arts. 931 y sigs. del Código civil de la Argentina), que es algo muy diferente del *dolus sensu stricto* (aunque en el Derecho romano tuviera en su origen esa acepción, entre otras). Soler está en lo cierto cuando escribe que “en derecho civil se comete, en realidad, un abuso del lenguaje cuando se dice que el dolo es una *vicio* de la voluntad. La voluntad sólo se vicia por error y por coacción” (id., pág. 139). Lo que leemos en la obra de Núñez, sobre el doble uso que ha hecho la legislación civil del término dolo, unas veces como artificio y otras como dolo propio (*La culpabilidad*, págs. 103-104), debe entenderse también en el sentido de lo dicho por Soler”.

“En Cuba, Diego Vicente Tejera es campeón de la buena causa, pero llega al extremo de negar la existencia del dolo civil, como él dice, pero en el sentido de que en el derecho civil no puede haber dolo, porque “la intención malvada de realizar un acto... es, por tanto, dolo penal lo que engendra” (ob. cit., lugar cit.). En Colombia, Gutiérrez Anzola niega también verdadera diferencia entre los llamados dolo penal y dolo civil”.

“Nuestro criterio se halla, pues, perfectamente claro desde que hemos estudiado la teoría general de la culpabilidad. No hay diferencia alguna sustancial entre el dolo de que debe hablarse en derecho civil, y el que construyen los penalistas. Lo que ocurre es que los Códigos civiles han llamado a veces dolo, a lo que realmente no lo es”.

“Por eso debemos reputar equivocada la doctrina del Tribunal Supremo español, que se ratifica en una sentencia reciente, en la que se proclama que “no se aprecian en los hechos probados la realidad de elementos en grado suficiente para afirmar la existencia de voluntad maliciosa, de dolo genérico ni específico, que es *distinto en los órdenes penal y civil, ya que en el primero produce, como efectos, la comisión de delito y sanción correspondiente, y en el segundo, la nulidad del contrato afectado por dicho vicio, indemnización de perjuicios y condena de costas*” (Sentencia de 12 de junio de 1947). Hemos subrayado lo que nos importa para que destaque el error en que incurren los altos jueces, puesto que confunden el delito sancionado con una pena, y el dolo como especie de la culpabilidad. Lo *injusto* y lo *culpable* son elementos comunes a todo acto *illicito e intencional*, que al ser definido en la ley y sancionado con pena se eleva a delito”.

La reflexión sobre lo hasta aquí expuesto nos lleva a las siguientes conclusiones:

1) Inicialmente, el legislador tendía a aplicar, a toda conducta antijurídica, una sanción penal, esencialmente afflictiva. La evolución histórica llevó a dejar áreas cada día mayores de la conducta humana en manos del Derecho Civil, quien se vale de

sanciones principalmente indemnizatorias. El resultado final de tal evolución es el principio de intervención mínima, conforme al cual el Estado debe servirse del Derecho Penal tan sólo como último recurso; para el logro de sus objetivos debe previamente acudir a otros medios jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas, y sólo cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces debe acudir al Derecho Penal, si es que existe la convicción de que éste será un mejor recurso⁽⁶⁾.

2) En su esencia, todos los ilícitos son idénticos. Luego entonces, no podemos distinguir entre ilícitos civiles e ilícitos penales con fundamento en la antijuricidad o en la culpabilidad. El Estado, con base en criterios de política criminal, decidirá cuales son las conductas que deben ser consideradas delictuosas y sancionadas como tales. Tal decisión se manifestará tipificando la conducta en un Código Penal. De donde resulta que la tipicidad es el único rasgo distintivo de los ilícitos penales ante los civiles.

3) Si, pues, en su esencia, no podemos distinguir los ilícitos civiles de los penales, la prohibición constitucional de que alguien sea aprisionado “por deuda de carácter puramente civil”, solamente tiene sentido si la entendemos como una barrera, como un impedimento, que el Constituyente puso al legislador ordinario para tipificar como delito la misma e idéntica conducta que el legislador civil ha considerado ya como un ilícito civil. Queda abierta la posibilidad lógica de que un delito tenga todos y cada uno de los elementos que caracterizan a un ilícito civil, pero, necesariamente, deberá reunir otro u otros elementos que permitan y justifiquen su calificación como ilícito penal, so pena de violar la norma constitucional.

Si ahora, teniendo presentes los principios establecidos, volvemos nuestra atención al Código Penal, encontraremos en él algunos delitos cuya tipificación parece violar la norma constitucional en estudio. Así, por ejemplo: conforme al artículo 2516 del Código Civil, el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante. Luego entonces, si requerido formalmente por quien tenga derecho a ello, el depositario no devuelve la cosa objeto del depósito, estamos ante un incumplimiento contractual, sancionado por el Código Civil, en los términos del artículo 1949, que concede al perjudicado el derecho de exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. Ahora bien, el Código Penal (art. 384) reputa como abuso de confianza y sanciona con penas de prisión y multa la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley. Los ilícitos civil y penal que hemos

(6) MORENO HERNANDEZ, Moisés. Algunas Bases Para la Política Criminal del Estado Mexicano, Revista Mexicana de Justicia, No. 2, Abril-Junio 1985, pág. 119.

descrito tienen los mismos elementos, y el tipo penal no contiene elementos adicionales que permitan distinguirlo del mero incumplimiento contractual.

Encontramos otro ejemplo en el campo de los alimentos que, conforme al Código Civil, deben darse los cónyuges (art. 302) y los padres están obligados a dar a sus hijos (art. 303). El Código Penal tipifica como delictuoso el incumplimiento de la obligación de dar alimentos, en su artículo 336, conforme al cual: “Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado”. La penalización de adeudos civiles resulta evidente cuando el artículo 338 del Código Penal agrega: “Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda”.

En la Constitución del Brasil de 1988, el Constituyente, deseando consagrar el principio de que no habrá prisión por deudas, pero considerando necesario establecer algunas excepciones a ese principio, dispuso en el artículo 5o., fracción LXVII: “No habrá prisión por deuda civil, salvo al responsable de incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y al depositario infiel”. En México, en cambio, la prohibición general y sin excepciones de la prisión por deudas, tal y como está contenida en el artículo 17 Constitucional, hace dudosa la constitucionalidad de los tipos de abandono de personas y de abuso de confianza que arriba analizamos.

2. *El Fraude Contractual.*

Conforme al Código Penal (art. 386) comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Por su parte, el Código Civil dispone que se entienda por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido (art. 1815). Agrega el Código Civil que el consentimiento no es válido si ha sido sorprendido por dolo (art. 1812), luego entonces, el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato, si ha sido la causa determinante de este acto jurídico (art. 1816).

Son evidentes los elementos comunes a ambos ilícitos. El engaño, elemento típico del fraude, en nada se distingue de la sugestión o artificio que, conforme al Código Civil, debe emplearse para inducir a error a alguno de los contratantes. Y la conducta omisiva a la que se refiere el Código Penal como aprovechamiento del

error en que se halla la víctima, se corresponde con el concepto civil de mala fe como disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. La diferencia entre ambos ilícitos debemos buscarla en el tipo penal. Este, al indicar que el activo se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, a las claras nos está señalando que el fraude es un delito destinado a proteger el patrimonio ajeno. En cambio, la legislación civil, al configurar el dolo como vicio del consentimiento, pretende asegurar la libre manifestación de la voluntad en las relaciones contractuales.

Al respecto, VALLE MUÑIZ⁽⁷⁾, analizando las disposiciones correspondientes de la legislación española, nos dice:

“El desvalor de resultado en el delito de estafa adquiere su plenitud con la lesión del patrimonio ajeno. En efecto, el éxito del fin lucrativo que inspira al estafador requiere un correlativo perjuicio en el patrimonio del estafado. Este perjuicio, además, ha de ser la consecuencia directa del acto de disposición efectuado por el engañado”.

“De esta forma, el daño patrimonial se configura como uno de los elementos básicos e imprescindibles del tipo objetivo del delito que nos ocupa. A su conceptualización, naturaleza objetiva o subjetiva, modo de cálculo, especial problemática en el campo de las relaciones contractuales, y otras cuestiones a él íntimamente ligadas como la consumación, el sujeto pasivo, la posibilidad de la estafa sobre negocios ilícitos, etc., está dedicado en su totalidad este capítulo. Estas primeras líneas, empero, persiguen un objetivo mucho más modesto: recordar la necesidad del perjuicio para la total realización del tipo de estafa, esto es, para su consumación, y, en consecuencia, afirmar su pertenencia a la categoría de los delitos de resultado material o de lesión”.

“La efectiva presencia del perjuicio como resultado viene impuesta por el principio de legalidad, a tenor de la definición que del delito de estafa contempla el artículo 528 del Código Penal. Sobre esto no cabe ninguna duda, por lo que tanto en doctrina como en jurisprudencia reina un absoluto consenso”.

“Este perjuicio ha de ser, como más adelante veremos, una *lesión efectiva y económicamente valorable* del patrimonio del sujeto pasivo del 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”.

“Por otro lado, la efectiva constatación de un perjuicio patrimonial deviene esencial instrumento para marcar las líneas diferenciales del delito con el fraude civil. Desvirtuar el concepto de daño convirtiéndolo en un estado de riesgo (mayor o menor) para el patrimonio ajeno, convierte en vano cualquier intento de diferenciación de ilicitudes”.

“La denominada estafa contractual exige, como cualquier otra, la presencia de todos los elementos típicos configuradores de la acción delictiva. Por ello, es éste un supuesto que en cuanto a su construcción dogmática no difiere un ápice del resto de las modalida-

(7) VALLE MUÑIZ, José Manuel. El Delito de Estafa, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, págs. 225 y sigs.

des posibles. La característica que lo hace individualizable es la utilización de una ficticia relación contractual en el desarrollo de su dinámica comisiva”.

“Se trata, por tanto, de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante. De tal modo que ésta se obligue a la realización de una disposición patrimonial perjudicial para su patrimonio o para el de un tercero. Bien porque existe ya un desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones, bien por el inicial propósito de incumplimiento que alberga la voluntad del estafador. De este modo, el engaño actúa en el momento de la formación del contrato. Sobre esto no parece que existan dudas en derecho español. Sin embargo, Sanmarco, en la doctrina italiana, distingue entre el fraude que determina la voluntad respecto al acto negocial, es decir, pone en marcha una relación perjudicial no querida, y la conducta antijurídica y contra la buena fe que altera el equilibrio contractual existente, induciendo a la contraparte a prestar un consentimiento lesivo para sus intereses”.

“A nuestro juicio, esta distinción no posee relevancia jurídico-penal alguna. Pues, lo decisivo es que la captación viciosa del consentimiento arrastre al engañado a una ejecución perjudicial. Tanto si éste no tenía intención de contratar, como lo contrario. Lo esencial no es la inducción a contratar, sino la inducción a contratar en su perjuicio. Por otra parte, desde una perspectiva civil, tampoco parece que tenga la distinción excesiva relevancia. Ya que, aun cuando es cierto que la doctrina tradicional individualiza tres fases en la vida del contrato, a saber, la de *generación* (compuesta por los tratos preliminares y el proceso interno de la formación del contrato), la de *perfección* (entendida como el nacimiento del mismo al quedar perfeccionado por el concurso de oferta y aceptación) y la de *consumación* (formada por la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del contrato), la más reciente tendencia doctrinal las reduce a dos: fase anterior a la celebración del contrato (preparación o formación del contrato) y fase posterior a la celebración del contrato (ejecución).

“Ello no quiere decir, sin embargo, que sea imposible la estafa una vez perfeccionado el negocio jurídico. Muy al contrario, es también frecuente la utilización de la reglamentación ya concluida como presupuesto de la conducta lesiva y de sus resultados. Lo que ocurre es que, entonces, ya no estamos *strictu sensu* ante una estafa contractual, sino ante una modalidad que utiliza o se apoya en la previa existencia de una relación contractual válidamente constituida. Ahora bien, es evidente que siendo posible la estafa en esta fase, no se plantearán en derecho español problemas de delimitación conceptual en el dolo vicio del consentimiento del artículo 1.269 del Código Civil”.

“Lo que no es posible, a nuestro entender, es afirmar la presencia del delito de estafa cuando, constituido válidamente el vínculo, surge con posterioridad —y se llevan a cabo— la intención de incumplir o cumplir defectuosamente la obligación preestablecida. Antes bien, este supuesto deberá someterse a la regulación general sobre el incumplimiento de las obligaciones que contemplan los artículos 1.101 y ss. del Código Civil”.

“El examen del perjuicio patrimonial en el seno de la estafa contractual cobra un valor esencial en nuestro estudio. Téngase en cuenta que la ausencia del mismo no es óbice

para impugnar el contrato por nulidad del consentimiento —como así reconoce expresamente el artículo 1.300 CC—, pero será un escollo insalvable para afirmar el delito de estafa”.

“Antes de entrar en el análisis del perjuicio patrimonial en el seno de las relaciones contractuales, es preciso dejar sentado algunas precisiones”.

“Es menester, ante todo, tener en cuenta que *la conclusión de un contrato no deseado no implica, «per se», la existencia de perjuicio patrimonial*. Es decir, el consentimiento contractual puede estar viciado por dolo y, sin embargo, no sufrir el patrimonio del engañado ningún detrimento económico”.

“Aun probado que el sujeto no hubiera adquirido la cosa sin la previa maquinación engañosa, no podremos afirmar todavía el delito. Y ello porque, como sabemos, la estafa se configura como un delito contra el patrimonio y, hasta este momento, lo único existente es un ataque a la libertad de contratación, o, más correctamente, a la libre formación de la voluntad contractual. Sólo cuando exista un desequilibrio económico entre prestación y contraprestación podrá afirmarse, además del ataque a la buena fe contractual, la lesión del patrimonio ajeno y, entonces, supuestos el resto de elementos típicos, el delito de estafa”.

“La insalvable necesidad de un daño económico, ausente en la mera conclusión del contrato, ha llevado a parte de la doctrina a subjetivizar el concepto de perjuicio patrimonial. De tal modo que, en determinadas circunstancias (inutilidad del objeto, insatisfacción de intereses, etc...), la idéntica valoración económica de las prestaciones, no es óbice para su afirmación. Pero esto ya es otro tema que, evidentemente, escapa a los reducidos fines de este epígrafe. Tendremos ocasión de analizarlo detenidamente cuando nos ocupemos del estudio de las bases para el cálculo del perjuicio patrimonial. Es preciso, empero, resolver con anterioridad la polémica en torno al momento consumativo de la estafa contractual”.

“En efecto, se trata ahora de precisar el momento en que emerge el perjuicio patrimonial, dato que permite afirmar la consumación típica del delito”.

“Como acertadamente sostienen Cobo y Vives: «La consumación acaece cuando se realizan la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también, y plenamente, el resultado típico, produciéndose, de modo completo, el desvalor global de la figura delictiva». Lo que como subraya Quintero, supone, en lo material, «la efectiva lesión del bien jurídico».

En el delito de estafa, por tanto, la consumación coincide con la presencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal. Lo que implica, como expresión última del desarrollo delictivo, la afirmación inequívoca de la lesión material y efectiva del patrimonio ajeno. Así, el detrimento económico del patrimonio del estafado marcará el momento consumativo del delito”.

“Es evidente, que la consumación no requiere la materialización del ánimo de lucro. Por lo que el correspondiente provecho sólo puede afectar a la fase de «agotamiento».

“Pues bien, en el seno de las relaciones contractuales, subsiste todavía hoy la polémica en torno al momento consumativo de la estafa. Ubicando unos el perjuicio en el instante de la perfección del contrato, mientras otros lo hacen en la efectiva ejecución del mismo”.

“La primera tesis se ha defendido tanto desde una perspectiva estrictamente jurídica, cuanto desde una óptica «presuntamente» económica”.

“En efecto, a partir de una concepción estrictamente jurídica del patrimonio (vid: supra), se sostiene que la disposición del derecho o la asunción de la obligación conllevan el perjuicio exigido en los tipos de estafa (recuérdese a Binding, Rocco, Pettenati, Spizuoco, Cortese, etc...)”.

“Tomando como ejemplo el contrato de compra-venta, bastaría la perfección del contrato por medio del acuerdo de voluntades para configurar el perjuicio patrimonial: »La titularidad de un nuevo derecho constituye un incremento del patrimonio no sólo bajo el aspecto jurídico-formal, sino también bajo el económico”.

“En el caso de la compraventa, desde luego, no sería posible asumir en nuestro derecho la tesis de Pettenati. En efecto, el Ordenamiento jurídico español configura el contrato de compraventa como *obligatorio* y, en consecuencia, *no transmitivo*; pues no produce él la transmisión del derecho vendido, sino que, como afirma Albaladejo, «...obliga a transmitirlo; operándose la transmisión sólo mediante la entrega». A diferencia, por tanto, del derecho italiano o francés, en el nuestro la perfección del contrato no transmite el derecho. En consecuencia, no será posible afirmar un perjuicio patrimonial ni siquiera desde una perspectiva exclusivamente jurídico-formal. El acuerdo de voluntades sólo obliga, *esencialmente*, al comprador a pagar el precio (art. 1500 CC), y al vendedor a entregarle la cosa o transmitirle el derecho vendido (art. 1461 CC). No hay todavía, por tanto, una mutación efectiva de la situación jurídica.

A nuestro juicio, la perfección del contrato puede suponer un estadio avanzado en el *iter criminis* del delito de estafa, pero sólo el detrimento económico efectivo y material del patrimonio del sujeto pasivo permite la consumación (Vid: II, 1., 1.2.2.)”.

“Pero, como ya advertíamos, también desde una óptica presuntamente económica se ha mantenido la consumación de la estafa contractual en el momento de la perfección del vínculo. Esto es, en el instante en que surgen las obligaciones de las partes. Como recoge Cramer, la jurisprudencia y buena parte de la doctrina alemana «...se inclinan a ver la disposición lesiva ya en la formalización del contrato como tal, consistiendo el perjuicio en el hecho de que el compromiso obligacional del engañado no corresponda a un derecho económicamente equivalente, ya sea que el contratante no sea capaz o no esté dispuesto a efectuar la prestación prometida, bien que la prestación prometida por el autor no constituya un equivalente». Como se observa, desde esta postura se calcula el perjuicio comparando, no las efectivas prestación y contraprestación, sino las correspondientes obligaciones de llevar a cabo ambas, de tal modo que si la obligación del en-

gañado no se ve correspondida con otra de valor equivalente deberá afirmarse un deterioro económico de su patrimonio y, en consecuencia, el perjuicio patrimonial exigido por el tipo”.

“La verdad es que el propio Cramer considera excesivamente extensivo este planteamiento. Reduciendo su validez a determinados supuestos. En este sentido, distingue el autor citado dos posibles situaciones: el caso de *contratos no equilibrados económicamente*, y la hipótesis de *contratos económicamente equilibrados*”.

“En el primero de los supuestos, cuando no se corresponden prestación y contraprestación; «...se considera un perjuicio definitivo cuando el contrato no es impugnable». No obstante, cabiendo impugnación, afirma el perjuicio en el momento de la perfección del contrato «...cuando la reclamación de los derechos resultase inaceptable para el engañado (v. gr. suscripción de revistas inmorales por un clérigo)».

“Por otro lado, en la hipótesis de contratos económicamente equilibrados, «...en que un valor inferior de la contraprestación puede justificarse sólo con la falta de disposición de ejecución o capacidad económica por parte del autor...», sólo se considera perjuicio «...en el caso de que existiese una obligación de adelanto por la parte afectada por la disposición»”.

“Evidentemente, para sostener la presencia de perjuicio patrimonial en los supuestos ilustrados por Cramer, es necesario extender la configuración del perjuicio a algo más que la efectiva disminución del valor económico del patrimonio atacado, pues, parece fuera de duda que ésta no se da. Por ello, el autor alemán se ve en la necesidad de recurrir a la idea del *riesgo*. Se defiende, entonces, que si la perfección de la relación contractual supone un riesgo tal para el patrimonio del engañado, que sea altamente improbable la evitación de la efectiva lesión, aquél, el riesgo, es equivalente al perjuicio definitivo”.

“Con ello, y no nos cansaremos de repetirlo, se amputa la figura de estafa convirtiéndola en un delito de peligro. Se afirma el perjuicio, y con él la consumación típica, cuando sólo existe un peligro de que aparezca, y en consecuencia, tentativa o frustración. *Este adelantamiento de las barreras de la intervención penal es grave e injustificable*, y por sí solo, es motivo suficiente para rechazar las tesis arriba expuestas. Pero es que además, y esto es verdaderamente importante a los fines de nuestro estudio, *la desfiguración del perjuicio* con la no exigencia de la disminución económica efectiva *diluye el delito de estafa en el fraude civil*. La ausencia del perjuicio efectivo como elemento esencial del tipo de estafa, convierte la delimitación con el fraude civil en poco menos que inapreciable”.

“En definitiva, a nuestro juicio, la estafa contractual, al igual que el resto de modalidades, se consume con la efectiva lesión del bien jurídico atacado. En consecuencia, será necesaria la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas, sin las cuales podrá afirmarse ciertamente, un peligro para el patrimonio, pero nunca su daño definitivo y material”.

“A estas alturas de exposición, es evidente que configuramos el perjuicio como una disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo, producto de un ata-

que fraudulento a uno o varios de los elementos que lo integran. Detrimento económico que debe aparecer como la consecuencia directa del acto de disposición del engañado, materializado en la lesión efectiva de uno de los elementos que componen el acervo patrimonial propio o de un tercero”.

“Corresponde ahora, ocuparnos de las bases para el cálculo de dicho perjuicio. Ahora bien, para evitar repeticiones innecesarias y, sobre todo, para acercarnos lo más posible a la delimitación de la figura defraudatoria con el ilícito civil, hemos ubicado la problemática en el seno de las relaciones contractuales”.

“Sentado, entonces, que el resultado típico en la estafa requiere una disminución económicamente evaluable del patrimonio agredido, es evidente que *tanto la afirmación como el cálculo deben afrontarse desde una perspectiva objetiva*. Sin embargo, como en seguida tendremos ocasión de ver, el consenso doctrinal al respecto es más aparente que real”.

“En efecto, la verdadera prueba de fuego del carácter objetivo del perjuicio la encontramos en los supuestos de compensación. Pues, en principio, si la pérdida económica se ve compensada por un valor equivalente, la ausencia de efectivo detrimento patrimonial, desde una óptica objetiva, debería excluir el perjuicio. Hay compensación —afirma Bajo— «...cuando la pérdida de la cosa (o valor económico) se compense con otro valor económico»”.

“No obstante, en estos supuestos, la constatación de la ausencia objetiva de un perjuicio económico, ha llevado a buena parte de la doctrina a introducir en su cálculo consideraciones de índole subjetiva”.

“Veamos la envergadura del problema en el seno de las relaciones contractuales, cuando se constata, objetivamente, una equivalencia de valor económico entre prestación y contraprestación”.

“Afirma Antolisei, que la concepción objetiva del perjuicio «...no excluye que en la valoración del mismo deban ser consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, por ello, también la situación patrimonial de la víctima», (...), «en consecuencia hay daño, a pesar de la objetiva equivalencia de la contraprestación, si ésta no reporta utilidad para el interesado». Ejemplo: ...la venta de un instrumento agrícola en ningún modo utilizable en aquella zona”.

“También nuestro más prestigioso monografista de la estafa se inclina por afirmar el perjuicio en la hipótesis que nos ocupa. Afirma Antón que: «...han de tenerse presentes, en efecto, las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado. Quien creyendo se suscribe a una revista de su especialidad, resulta, inducido a error por el agente, que ha pagado la suscripción de otra nada interesante para él; el labrador a quien el viajante ha vendido una máquina de igual valor, pero distinta de la que necesitaba; el que creyendo comprar una vaca de leche, recibe otra que sólo vale para carne y no es fácilmente vendible, etc.; todos éstos han quedado perjudicados, aunque las cosas obtenidas sean de igual valor que las contratadas».

“Redunda en esta línea Cortese, para quien: «El fundamento del daño, en la equivalencia de las prestaciones, está valorado no en sentido económico y material, confrontando las dos prestaciones en base a un cálculo exclusivamente económico, sino, ...en la funcionalidad económica de las prestaciones para satisfacer el interés de cada titular. De aquí se deriva, evidentemente, que un bien puede ser equivalente económicamente a otra prestación y, todavía, no responder funcionalmente a la exigencia del titular del interés»”.

“Con mayor detenimiento, aunque llegando a las mismas conclusiones, examina el caso Grilli: «...admitiendo que una persona ha sido inducida con artificios o engaños a la adquisición de un objeto, y admitiendo que lo ha pagado a su justo precio, se trata de saber si el daño pudo o no ser revisado en el hecho de que aquella persona haya adquirido una cosa para él inútil o superflua». La respuesta afirmativa es inmediata y terminante: «...entendido el patrimonio como complejo de valores, se asiste a su disminución, en cuanto la adquisición de una cosa inútil no determina la satisfacción de alguna necesidad, no viene en consecuencia a corresponder a ningún interés; mientras el pago del precio determina la pérdida de un medio útil para satisfacer una necesidad, así se asiste a una alteración en sentido negativo de aquellos valores que componen al patrimonio del sujeto lesionado».

“Como ya es tradicional, también *la doctrina dominante en la Alemania Federal defiende la existencia de un perjuicio objetivo-subjetivo, o, más correctamente, objetivo-individual*. Se trata de comparar las prestaciones, en un primer término, sobre la base de su valor comercial objetivo. Ausente el desequilibrio económico, deberá tenerse en cuenta, entonces, las condiciones individuales del afectado. Este perjuicio personal se fundamenta en base a las necesidades y fines individuales”.

“En resumen, es evidente que un amplio y autorizado sector doctrinal aboga por tener en cuenta consideraciones subjetivas en el cálculo del perjuicio patrimonial. Mayoritariamente, ello se realiza a través de una valoración económica en base a la utilidad —satisfacción de necesidades— que los bienes reportan al sujeto pasivo”.

“*En el ámbito de las relaciones contractuales, cuando exista equivalencia entre prestación y contraprestación, tal proceder implica configurar el perjuicio en base a la frustración de expectativas de satisfacción de necesidades individuales, y no, dada la inalterabilidad del valor económico objetivo del patrimonio atacado, como una disminución efectiva y material del mismo. Algunas consideraciones críticas debemos efectuar al respecto*”.

“En nuestra doctrina, ya Quintano alzaba su voz discrepante contra la subjetivización del perjuicio en el delito de estafa. La criminalización de relaciones contractuales indeseadas, pero económicamente equilibradas, era difícilmente defendible, según el maestro de Madrid, a la luz de nuestro derecho positivo: «La fácil adecuación de estos supuestos a los típicos del parágrafo 263 del Código alemán, y que permite sin más su inclusión en la estafa, creo se convierte en inconveniente difícilmente superable al trasla-

darse a los cálculos rigurosamente cuantitativos de nuestro artículo 528, pues una vez acreditada la equivalencia de valor entre ambos objetos, el solicitado y el entregado, no es factible encuadrar la inexistente diferencia en ninguno de los grupos de cuantía; por lo que la ilicitud del cambio y los eventuales perjuicios personales irrogados desbordarían el campo de la ilicitud penal y serían exigibles en la civil correspondiente, por incumplimiento doloso o culposo del tratado».

“Evidentemente, la argumentación de Quintano, no llega al fondo de la cuestión. Pues, la ineludible necesidad de que el perjuicio típico se materialice en una *deminutio patrimonii* (es obvio que sobre esto no cabían dudas con el deficiente sistema de cuantías), no es la causa última de rechazo del delito en el supuesto de igualdad de prestaciones. Lo que sí es cierto, es que *a la exigencia de una deminutio patrimonii subyace una política-criminal concreta, orientadora de los fines y funciones que debe desempeñar la figura defraudatoria que nos ocupa, a través, principalmente, de una determinación clara y terminante del bien jurídico tutelado*”.

“Asentar la calificación civil de los fraudes contractuales, en que se constata una paridad de valor económico entre prestación y contraprestación, en el sistema de cuantías por la medición de la pena, tiene un riesgo evidente: la supresión del mismo conllevaría la criminalización inmediata de los supuestos apuntados”.

“Más acertada nos parece la crítica de Marini. Pues este autor, a nuestro entender, coloca el énfasis en el verdadero núcleo del problema, esto es, en el bien jurídico protegido. Y ello no puede ser de otro modo, ya que si el perjuicio es el resultado típico de la estafa debe de identificarse con la efectiva lesión de su objeto jurídico”.

“En esta línea, señala el autor italiano que con la subjetivización del perjuicio «...se corre el riesgo de transformar la norma sobre la estafa en un precepto que tutela la libertad de contratación»”.

“Sin embargo, Marini, lejos de negar el perjuicio en estos supuestos, y por lo tanto la existencia de delito, lo que hace es asentarlo sobre distinta base: «...a los fines de la individualización del eventual daño inferido a la víctima de los artificios o engaños, no debe —en tales casos— ser tomado en consideración el intercambio patrimonial y la escasa (si no inexistente) utilidad subjetiva de la contraprestación efectuada por el agente, sino la falta de ganancia que la no utilización en otras operaciones más fructíferas hubiera determinado. Si, por ejemplo, la suma satisfecha por la víctima del engaño, para la adquisición de una máquina costosa y relativamente para él inútil, hubiera podido y debido ser empleada de otra forma, la falta de ganancia derivada de semejante comportamiento constituye el daño efectivo (y económicamente valorable) sufrido por la víctima y directamente derivado del acto dispositivo precedentemente efectuado»”.

“Las conclusiones de Marini son, a nuestro juicio, inaceptables. En primer lugar, porque el perjuicio así entendido no derivaría directamente de la disposición patrimonial del engañado, sino, precisamente, de la falta de un comportamiento alternativo a dicha disposición. Y, en segundo lugar, porque fundamenta el daño en un *lucro cesante*, con absoluta ausencia de asiento jurídico. Como ya dijimos, las expectativas econó-

micas (que, además, en el supuesto apuntado por el penalista italiano no están ni pergeñadas) a las que no se tenga un pleno y seguro derecho jurídicamente reconocido, no forman parte del patrimonio de un sujeto”.

“Dejando aparte la particular posición de Marini (ya rechazada), es menester dejar sentado nuestro más absoluto rechazo de las tesis que ven en la falta de utilidad subjetiva del bien —o valor económico— una disminución del valor económico del patrimonio, a la postre, equiparable al perjuicio típico exigido por el tipo de estafa. A nuestro entender, el resultado típico del delito de estafa sólo puede ser la lesión efectiva y material del bien jurídico tutelado; y, entonces, —partiendo, como aquí lo hacemos, de un concepto económico-jurídico de patrimonio— será preciso constatar una disminución económicamente valorable del acervo patrimonial atacado”.

“Pues bien, cuando existe una equivalencia del valor de mercado entre las prestaciones que componen una relación contractual viciada, es evidente que el patrimonio del engañado ve compensada su disposición patrimonial con otra de valor equivalente. Ausente el desequilibrio patrimonial no cabe afirmar el perjuicio. De este modo, no podemos comulgar con la opinión de que la falta de utilidad del bien supone una disminución económica del patrimonio. El valor de un bien viene determinado por su precio de mercado, no por el grado de satisfacción de las necesidades del sujeto que lo adquiere. Así, por ejemplo, un aparato de video adquirido en el mercado por 150.000 pesetas, no sufre alteración en su valor económico por el hecho de que el adquirente necesitara uno con sistema «VHS», en vez del «BETAMAX» efectivamente adquirido, con el que no podrá, por problemas técnicos, satisfacer las necesidades perseguidas”.

“La valoración del bien según su grado de utilidad, amén de no corresponderse con las reglas básicas de la economía de mercado, supone una subjetivización intolerable del concepto de perjuicio patrimonial. Subjetivización que a la postre, redundaría en un deterioro grave del principio de legalidad y, en consecuencia, de la seguridad jurídica. Por otro lado, desde una perspectiva político-criminal, *la protección penal de la libertad de contratación cuando no esté presente una lesión efectiva del patrimonio, supone una perversión de los fines y funciones perseguidos por los tipos de estafa*”.

“En definitiva, la ausencia de perjuicio (nos referimos, claro está, al perjuicio requerido por el tipo de estafa) en los contratos no deseados con equivalencia de prestaciones, cierra el camino a su criminalización. Cabrá, en todo caso, dada la lesión de la libre formación de la libertad contractual, la impugnación del vínculo por el dolo vicio del consentimiento del artículo 1269 CC, lo que evidentemente (vid: supra) lleva aparejado, también, el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos”.

“Antes de terminar, es importante señalar un supuesto en que la equivalencia de las prestaciones es más aparente que real. En efecto, *la en principio paridad de valor económico de las prestaciones, no es tal cuando la correspondiente al engañado carece, absolutamente, de capacidad de realización económica*. En una economía de mercado como la que gozamos (o padecemos), la ausencia de posibilidad de realización económica de un bien supone la pérdida de su valor, a los efectos de incrementar el patrimonio del su-

jeto engañado. Así, por ejemplo, quien adquiere un «Picasso» cuando pretendía un «Miró», aun cuando aquél posea mayor valor, si resulta ser un cuadro robado del Museo del Prado, es evidente que el sujeto resulta perjudicado; lo mismo ocurriría en la adquisición engañosa de un frigorífico por un esquimal, pero no por la falta de utilidad del mismo, sino por la imposibilidad de realización económica en el contexto social y geográfico en que se desarrollan los hechos”.