

EL FRAUDE

Dr. JESÚS ZAMORA PIERCE *

HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL FRAUDE

I. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Tan pronto como un hombre poseyó un bien, otro lo codició, y trató de obtenerlo mediante el engaño. Los más antiguos legisladores identifican ya algunos de los múltiples medios fraudulentos de los que se vale el hombre. El Código de Hammurabi ¹ sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Las Leyes de Manú ² asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etcétera.

Para los romanos, el fraude era el dolo malo, definido por Labeón como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros. Podía ser perseguida por medio de una *actio doli* de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de una astucia grande y evidente (*magna et evidens calliditas*). Por otra parte, dentro del concepto del *furtum*, se incluye tanto la apropiación indebida como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Además, el *falsum* encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño (*fallere*), dentro de la cual se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento común del engaño como procedimiento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione el derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o de un delito concurrente. Por último, en el segundo siglo de la era

* Vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Hammurabi fue el sexto rey de la dinastía Amorrea de Babilonia, 1730-1688, a. de C.

² La India, 1000 a. de C., aproximadamente.

cristiana, aparece el *stellionatus*, como crimen extraordinario, mediante el cual 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, lucrándose 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.

El legislador medioeval español no tiene más éxito que el romano en establecer un concepto genérico del fraude, ni en fijar límites claros entre los delitos de falsificación, robo y fraude. En las Partidas, el título XVI de la Partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue el estelionato romano y comprensibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de "engaños", a los que define diciendo: "*Dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas é coloradas, que dicen con intención de los engañar é los decebir*". Esta definición no pretende ser un concepto general del fraude, las Partidas enumeran, a continuación, varios ejemplos de engaño, dejando la puerta abierta a la incriminación de conductas análogas, pues *non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños los unos a los otros*. Las principales maneras de engañar son dos: la primera es cuando se hace por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación de la disimulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa.³

³ ANTÓN ONECA, *Estafa*, 59.

Sólo a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude, como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública. En esta creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la Ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Penal francés napoleónico de 1810, conforme al cual, comete el delito de *escroquerie*. "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 que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro. . .".⁴ Es cierto que el legislador francés abandonó la imposible labor de enumerar uno por uno todos los engaños, para referirse, tan sólo, a tres medios genéricos: Hacer uso de falsos nombres, hacer uso de falsas calidades o emplear maniobras fraudulentas, pero también es cierto que no logró la meta última, el concepto general que comprendería todos los fraudes posibles. El sistema del Código francés sigue siendo ejemplificativo y, en consecuencia, limitativo. Muchas conductas engañosas quedan fuera de los límites del tipo. Por ello, Garraud lo criticó enérgicamente, afirmando que quienes siguen la actividad de los tribunales saben a qué torturas es necesario someter al artículo 405 del Código Penal para hacer entrar ciertos fraudes, con frecuencia los más graves, los más peligrosos, aquellos que es necesario castigar a cualquier costo, en disposiciones que son, precisamente, limitativas.⁵ Y agregaba, con razón, que la impunidad era el premio que el Código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en práctica un procedimiento para estafar diverso de los que la ley describía.⁶

Quedó para la segunda mitad del siglo XIX el lograr un concepto genérico del fraude, el Código Penal alemán de 1871, en su parágrafo 263, dispone que comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos. Ese mismo camino siguieron los Códigos italianos de 1889 y 1930, conforme a cuyo artículo 640 comete *truffa*

⁴ Texto resultante del decreto ley de 16 de julio de 1935.

⁵ GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, 1898, V. 252.

⁶ *Idem*, 549.

quien, con artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno. 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. El legislador español, quien durante largos años mantuvo el sistema de enumerar en el Código casos específicos de fraude, sin dar un concepto general del delito, ha dado, finalmente, oídos a las críticas de la doctrina y, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, ha reformado el artículo 528 para disponer que "cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicios de sí mismo o de tercero".

II. LEGISLACIÓN NACIONAL

En México, el Código Penal de 1871, en su Libro Tercero, De los Delitos en Particular, reservaba el Título Primero a los Delitos Contra la Propiedad, y, en él, dedicaba el Capítulo V al Fraude Contra la Propiedad. Hay fraude, decía el artículo 413, siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél. Esta definición del fraude es la misma que posteriormente emplearían los Códigos de 1929 y de 1931, sin más modificaciones que eliminar este último, con razón, la exigencia de que el lucro se alcanzara con perjuicio de la víctima del engaño, norma que permitía la impunidad en todos aquellos casos en que no coinciden el engañado y el titular del patrimonio. Claramente inspirado por la *escroquerie* francesa, el autor del Código disponía (artículo 414) que el fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.

Definir genéricamente el fraude era en tal forma innovador que, al parecer, el propio autor del Código no fue consciente de todas las consecuencias que de ello derivaban. Por eso, en posteriores artículos, enu-

mera una serie de conductas que llevan aparejada la misma pena del robo sin violencia que corresponde al estafador, tales como: enajenar una cosa como si fuera de oro o plata, sabiendo que lo es; enajenar una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o arrendarla, hipotecarla, empeñarla o gravarla de cualquier modo, si se ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que se la gravó, o una cosa equivalente; valerse del fraude para ganar en un juego de azar o de suerte; defraudar a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas, etcétera. Todos estos tipos, antecedentes de los fraudes específicos que hoy se alojan en el artículo 387 del Código, se antojan inútiles en presencia del trascendental avance legislativo que representa la conceptualización genérica del fraude.

Este logro jurídico es de tal importancia, que nos obliga a detenernos un momento en el estudio de sus orígenes, a fin de precisar quiénes fueron sus autores.⁷ En el año de 1861, el ministro de Justicia, Jesús Terán, por acuerdo del Presidente de la República, Benito Juárez, nombró una Comisión para formar el Código Penal, compuesta de los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra. Interrumpida la labor de esta Comisión por la Intervención Francesa, el 28 de septiembre de 1868, el ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, por acuerdo del Presidente Benito Juárez, mandó se integrase y reorganizase la comisión de la manera siguiente: presidente, licenciado Antonio Martínez de Castro, licenciado Manuel M. Zamacona, licenciado José María Lafragua, licenciado Eulalio María Ortega y, como secretario, el licenciado Indalecio Sánchez Gavito. En la primera sesión de la comisión reorganizada, su presidente, licenciado Antonio Martínez de Castro, presentó los trabajos de la comisión anterior, manifestando que los examinasen Lafragua y Ortega (quienes no habían sido miembros de la comisión inicial). La comisión reorganizada se reunió en sesenta y dos sesiones, teniendo lugar la primera el 5 de octubre de 1868, y la última el 20 de diciembre de 1869. Las actas de dichas sesiones nos permiten saber que, en ellas, los miembros de la comisión se limitaron a discutir acerca del articulado de la parte general del Código, sin ocuparse de la parte especial. Por otra parte, sabemos que la primera comisión había tomado por texto, para el orden de materias, el Código Penal Español

⁷ Ver, al respecto, las Actas de la Comisión Redactora, en *Leyes Penales Mexicanas*, tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, pp. 269 y ss.

(de 1848), más no es posible atribuir a esa fuente el concepto genérico del fraude, pues, como ya indicamos arriba, España siguió el sistema enumerativo hasta 1983. La conclusión, pues, se impone con la fuerza de lo evidente: el mérito de ser los autores de la primera definición genérica del fraude en la historia de las codificaciones occidentales, corresponde a un grupo de juristas mexicanos, los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra, quienes se ocuparon de esta labor entre los años de 1861 y 1868. Al entrar en vigor el Código, en 1871, comparte con el Código Penal alemán del mismo año la gloria de ese logro.

El Código Penal de 1929, de efímera vigencia, conservó la reglamentación que daba al fraude el Código de 1871, sin más modificación que la de denominarlo estafa.

El Código de 1931 cambió radicalmente la estructura de la reglamentación del fraude. La definición genérica de la conducta delictuosa pasó a ocupar la primera de las trece fracciones del artículo 386. Desaparecía, así, la distinción entre fraude genérico y fraudes específicos. El tipo que hoy llamamos de fraude genérico dejaba de ser eje del sistema para convertirse tan sólo en una entre trece hipótesis específicas de conductas defraudatorias. Afortunadamente, por Decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el *Diario Oficial* de 9 de marzo de 1946, se reformó el Código, devolviendo al fraude genérico, en el artículo 386, el papel principalísimo que le corresponde, y relegando los fraudes específicos al artículo 387.⁸

⁸ GONZÁLEZ DE LA VEGA es de diferente opinión. Para él, del sistema de los Códigos de 1871 y de 1929 resultaba que todo fraude debía participar necesariamente de las constitutivas marcadas en la descripción general; reglamentación complicada, de laboriosa técnica y de exagerada casuística, que dificultaba enormemente la interpretación de los casos previstos.