



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán

ESTUDIO CRITICO DE LOS DELITOS DE
ROBO, ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE



T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a

V. ARACELI GOMEZ DIAZ

Asesor. Lic. Antonio Solano Sánchez Gavito

Acatlán, Edo. de México

1984

M-0028485



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA MEMORIA DE

DON ADOLFO GOMEZ ARCE

MI AMOR

MI AMIGO

MI PADRE

A MI FUTURO HIJO POR QUE

ES LA LUZ QUE ILUMINA MI

VIDA

A MI MAMA:

PORQUE GRACIAS A SU EJEMPLO, CARIÑO,
AYUDA Y EMPUJE LOGRE ALCANZAR ESTA
META.

A MI ABUELITA:

DOÑA MA. LUISA PARRA DE DIAZ

POR SU CARIÑO QUE ME HA ACOMPA-
ÑADO EN TODOS LOS MOMENTOS DE -
MI VIDA.

A MI ESPOSO:

POR SU CARINOSO IMPULSO Y POR QUE
SIEMPRE HA MANTENIDO EN MÍ EL EN-
TUSIASMO Y EL AMOR POR LA ABOGA--
CIA.

A MIS HERMANOS:

RICARDO

ADOLFO

y

DULCE MA.

POR QUE A SU MANERA ME HAN DADO
EL EJEMPLO PARA SIEMPRE TRATAR-
DE SEGUIR ADELANTE.

A LA MEMORIA DE:

DON ALFONSO DIAZ ROCHA

Y

RICARDITA MEDINA LOPEZ

A DON JAVIER ENRIQUEZ LOYOLA

Y

DOÑA MARIA ROSA RODRIGUEZ DE ENRIQUEZ:

POR EL INMERCIDO CARIÑO QUE
EN TODO MOMENTO ME HAN DEMOSTRADO.

A MI PEQUEÑA MONTSERRAT
POR EL CARINO QUE ME --
INSPIRA.

A:

BEATRIZ NAVARRO DE GOMEZ ARCE

Y

MA. EUGENIA VERA MANRIQUEZ

PORQUE SIN SU AYUDA, COMPREN-
SION Y CARINO NO HUBIESE CON-
CLUIDO ESTE TRABAJO.

CON MI ADMIRACION Y RESPETO A:

LIC. ANA MA. ULLOA DE REBOLLO

Y

LIC. MA. DE JESUS MEDEL DIAZ

POR SU EJEMPLO, CARIÑO Y COMPRESION.

A:

LIC. ANTONIO SOLANO SANCHEZ GAVITO

POR SUS MUESTRAS DE AMISTAD E INCALCU
LABLE AYUDA.

ESTUDIO CRITICO DE LOS DELITOS DE
ROBO, ABUSO DE CONFIANZA Y
FRAUDE

C A P I T U L A D O

INTRODUCCION

CAPITULO I 1 - 9

1.- Evolución histórica del concepto
de Furtum.

2.- Los elementos del Furtum.

a) Contrectatio rei

b) La cosa.

c) Fraudulosa.

d) El perjuicio.

CAPITULO II 10 - 16

3.- Contenido del derecho de propiedad

4.- Historia

5.- Doctrina de León Duguit

6.- Doctrina seguida por nuestro Código

CAPITULO III 17 - 26

LA POSESION

M-0028-105

- 7.- Concepto jurídico de la posesión.
 - 8.- Fundamento de la posesión.
 - 9.- Fundamento de la posesión en Savigny y en Ihering.
 - 10.- Elementos doctrinales de la posesión
 - 11.- Teoría objetiva de Ihering.
 - 12.- Teoría de la Independencia económica de Saleilles.
 - 13.- Criterio seguido por los Códigos Modernos y por el Derecho Mexicano.
- CAPITULO IV 27 - 30
- 14.- La importancia de objetivizarse los delitos en la posesión.
- CAPITULO V 31 - 60
- 15.- El robo en el Derecho Mexicano.
 - 16.- La objetividad jurídica del delito - de Robo.
 - 17.- Del robo carácter general de este -- delito.
 - a) Historia
 - b) Substracción y apoderamiento.

- c) Cosa mueble ajena
- d) Apoderamiento sin derecho
- e) Apoderamiento sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la Ley.
- f) El valor de la cosa robada
- g) Importancia del concepto de apoderamiento, consumación y tentativa.

CAPITULO VI

EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

- 18.- Historia
- 19.- Abuso de Confianza en el Derecho Mexicano.
- 20.- Elementos del delito de abuso de confianza.
 - a) La disposición.
 - b) El perjuicio.
 - c) Objeto en el que recae el delito.
 - d) Que se haya transferido la tenencia y no el dominio.
- 21.- La determinación del objeto jurídico -- específico del Abuso de Confianza.
- 22.- El objeto material

- 23.- Sujetos de este delito.
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.
- 24.- Presupuesto material del delito de Abuso de Confianza.
- 25.- Concepto de Posesión en el Orden Penal.
- 26.- Resumen
 - a) Prescripción.
 - b) Elemento material.
 - c) Elemento consumativo.
 - d) La negativa a restituir cuando constituye defraudación.

CAPITULO VII

89 - 95

EL DELITO DE FRAUDE

- 27.- El dolo civil y el dolo criminal.
- 28.- Historia.
- 29.- Elementos generales del Fraude.
 - a) Un perjuicio patrimonial.
 - b) El ánimo de lucro.
 - c) El engaño.

CAPITULO VIII

96 - 130

30.- Delimitación del delito de Robo dentro -
del ámbito de los delitos destinados a -
proteger a las personas en su patrimonio.

a) Robo y extorsión.

b) Robo y fraude.

c) Robo y Abuso de Confianza.

Conclusiones

Bibliografía

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

En nuestro país, como en todo el mundo, el patrimonio de las personas se ha visto afectado por conductas que de una u otra forma lo lesionan -- y a la vez el sujeto activo obtiene un beneficio. En este estudio se hace un breve análisis de los delitos de robo, abuso de confianza y fraude, en sus formas simples, apreciándose los perfiles de cada tipo, los que no obstante en la antigüedad se hayaban reunidos ó confusos en una sola infracción, se han ido diferenciando por su forma de comisión; teniendo como objeto este estudio - el análisis práctico de los elementos que los -- constituyen primordialmente así como sus antecedentes históricos y las analogías y diferencias que guardan entre si.

C A P I T U L O 1

1o.- Evolución del concepto de furtum.

2o.- Los elementos del furtum:

a).- Contractio rei

b).- La cosa

c).- Fraudulosa.

d).- El perjuicio.

El Derecho Romano, base primordial de los estudios - - jurídicos actuales, asume tal importancia, que no debe pasar desapercibida a quien pretenda investigar y resolver ciertos problemas de Derecho; y en su estudio, el investigador admirará sin reservas, el sabio sistema que le ayudará a salir - de la penumbra jurídica.

10.- Evolución Histórica del concepto de Furtum.

Remontándonos a los primeros siglos de Roma, veremos - que se hacía una distinción entre los "Delictas privata" y - "delicta públicas".

Los Delitos Privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. La Ley de las Doce Tablas preveía y castigaba cierto número de hechos y en otros casos se limitaba a regular la venganza -- que ejercía la víctima del delito sobre la persona del culpa ble. "El ladrón, sorprendido en el hecho era vapuleado o -- azotado y atribuido como esclavo al robado". (1).

Después de la Ley de las Doce Tablas, surgió un sistema más perfeccionado que atestigua una mayor civilización; - se sustituyó la venganza privada por una pena pecuniaria que

(1) Gayo III pág. 189, Citado por Ortolán "Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano": Tomo-IV pág 7 Libraerie Plon 1886 París.

es un verdadero rescate pagado por el culpable, se tomó en cuenta la intención criminal en el autor del delito y la pena fué mejor medida, es decir, proporcionada al daño causado. Sin embargo, es siempre la parte perjudicada a quien queda el derecho de obrar contra el culpable.

Delitos Públicos.- Se consideraban aquellos que atentaban ya fuera directa o indirectamente al orden público y daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, frente a una jurisdicción especial.

Las instituciones de Gayo y Justiniano no citan más -- que cuatro delitos privados: 1.- "EL FURTUM" o "Hurto", - 2.- "El daño causado injustamente", 3.- "El Robo y el daño acompañado de violencia" y 4.- "La injuria". (2).

DEFINICION

Furtum est contrectatio, rei fraudulosa, lucri facienda gratia, vel ipsius rei, vel etiam possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admitttere". "Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto contrario a la ley natural. (3).

Incurría en este delito de furtum no sólo aquél que -- sustraía la cosa ajena, sino también el depositario que se

(2) Digesto.- Libro XLVII Título 2 a 21.

(3) Ortolán.- Op. Cit. Tomo IV Pág. 6.

negaba a restituir al propietario el objeto del depósito.

2o.- Los elementos del furtum.

a).- "Contrectario rei" o sea el arte de "coger la cosa" y, en consecuencia a mudarla de sitio; sin esta sustracción, no hay hecho, aunque tal fuera su intención.

b).- "La cosa", que debería ser mueble incluyéndose los objetos desprendibles de los inmuebles. "Ortolán dice por ejemplo, que aunque un hombre se introduzca para robar abriendo o aun fracturando una puerta, en tanto que no haya asido la cosa, no hay hurto. De donde se deduce que las cosas inmuebles no son susceptibles de ser robadas". (4).

c).- "Fraudulosa".- Para constituir hurto, la sustracción es preciso que sea fraudulenta, con "dolo malo". El ejemplo que cita Ortolán es muy claro; dice que - - -- aquél que tomara cosa ajena creyendo tener derecho para ello como heredero o usufructuario, no comete hurto.

(4) Novísima Recopilación Libro XII Tit. XIV y XVII. Leyes 1a., 2a., y 3a. Cita C. Eugenio Cuello Calón. -- Derecho Penal Tomo II, Pág. 100 Editora Nal. México-1944.

Además del "dolo malo" es preciso que la intención del ladrón al llevarse la cosa sea no sólo la de causar perjuicio a otro, sino también la de sacar provecho de lo robado, pues sin la intención de lucro, puede hacerse culpable de cualquier otro delito, pero no hay hurto.

d).- "El perjuicio".- Dice Teófilo en sus "Paráfrasis" que para que haya hurto es preciso que la sustracción indebida cause perjuicio a otro.

Etimología.- "La palabra "furtum" o hurto, viene o de "furvum" que significa negro, porque se hace clandestinamente, en la oscuridad, y por lo común de noche; o bien "fraus" (fraude) o de "ferre" (llevar) o del griego forás que significa "ladrón" y que a su vez viene de "llevar" (5).

Historia.- En el Derecho Romano se distinguieron dos clases de hurto; el manifiesto y el no manifiesto, basándose en que el ladrón fuera o no sorprendido "in flagrante delito". Había hurto manifiesto cuando el ladrón era sorprendido en el acto, en el sitio del robo o teniendo todavía la cosa hurtada en la mano; pero una vez conducida ésta a su destino, aún cuando se encontrara la cosa en su poder, ya no había hurto manifiesto.

La diferencia fundamental entre estas dos clases de hurto, radicaba en la pena. Las Doce Tablas establecían --

(5) Ortolán.- Op. cit. Tomo IV Pág. 7.

para el hurto manifiesto, la pena capital, entendiéndose - por tal no sólo la pena de muerte sino también toda pena - que llevara consigo la "capitis diminutio" del culpable.

La misma Ley autorizaba también a la víctima a matar al ladrón sorprendido por la noche, o de día si trataba de defenderse con armas. Este rigorismo fué atenuado después por el pretor, introduciéndose para el hurto manifiesto la misma pena contra el hombre libre que contra el esclavo, - implantando la acción penal del cuádruplo.

Respecto a la pena del robo no manifiesto, era la acción del duplo que fué conservada por el pretor.

La acción furti se da: a).- Contra el autor del delito. Si hay varios ladrones cada uno de ellos está obligado por el todo y la multa es debida tantas veces como culpables hay. b).- Contra cada uno de los cómplices.

La acción es dada primero al propietario de la cosa robada que es el primer interesado, pero puede pertenecer a otras personas que sólo tenían la posesión o aun la detención de la cosa hurtada; tales son : a) el poseedor de buena fé; b) el que la usufructuaba. Cada uno de ellos tiene el duplo o el cuádruplo del daño que le ha causado el hurto según sea éste manifiesto o no.

"con el transcurso del tiempo de la noción de hurto se agregó la figura del robo como hoy se denomina" (6).

(6) Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal Tomo II Pág.98. Editora Nacional, México 1944.

Ya, desde las Partidas Españolas (7) encontramos el concepto diferencial entre furtum y rapiña, que, más elaborado aparece en la mayoría de las legislaciones modernas, sobre todo el Derecho Germánico, donde se distingue el hurto (diebstahl) caracterizado por la aprehensión clandestina de la cosa mueble ajena, del robo (raub) que es la aprehensión violenta o manifiesta de la cosa.

En España, el Fuero Juzgo no hace distinción alguna y sólo se ocupa del hurto sin agravantes especiales, siendo las penas para los hombres libres de carácter pecuniario y proporcionales al valor de lo hurtado y para los siervos - penas infamantes y corporales. El Fuero Real tampoco hace distinción, ocupándose sólo del verdadero robo "el que horadare cosa o quebrantare Iglesia" (8) era castigado con la pena pecuniaria, mutilaciones y hasta la muerte para el reincidente o el ladrón conocido.

Así pues, es en las Partidas donde plenamente surge la diferencia de las dos modalidades de apoderamiento de la cosa ajena, de modo encubierto y clandestino (hurto) o de modo violento y manifiesto (rapiña). Describiendo las Partidas el hurto como "malfetria que fazen los omes que toman cosa alguna mueble ajena encubiertamente sin placer

(7) Partidas, Títulos XIII y XIV. Cita Cuello Calón Eugenio, Tomo II Págs. 98 y 99.

(8) Libro IV Tít. V. Leyes 6 y 7 Cita Cuello Calón Eugenio Op. Cit. Pág. 99, Tomo II.

de su señor, con intención de ganar el señorío, o la posesión o el uso de ella". (9).

La forma violenta y manifiesta de apropiación de la cosa ajena ya se denomina "robo". "Rapiña en Latín tanto quiere decir en romance como robo que los omes fazen en -- las cosas ajenas que son muebles". (10).

En las Partidas se designaban penas pecuniarias y corporales, y sólo para caso de suma gravedad, existía la pena criminal. En siglos posteriores, en España como en casi todos los países se castigaron con más dureza los delitos contra la propiedad y así encontramos las pragmáticas de Carlos I, Felipe II, y la muy famosa de Felipe IV de 1663, que estipulaba que los salteadores y bandidos podían ser impunemente muerto por cualquiera y había recompensa para quien los entregara muertos o vivos. (11).

En el Código de 1822 Art. 723 y 745 se establece en España una distinción entre el robo y el hurto, caracterizándose aquél por el empleo de la fuerza o la violencia como medio de apoderarse de lo ajeno y éste, por el medio -- frudulento, sin fuerza ni violencia entre personas o cosas.

(9) Partida VII Tít XIII Ley I Cita Cuello Calón Eugenio Op. Cit. T. II, Pág. 98.

(10) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal T. II, Op. Cit. Pág. 98.

(11) Novísima Recopilación Libro XII Tít. XIV y XVII, Leyes 1a., 2a., y 3a., Cita C. Calón, Op. Cit. Pág. 100.

Tanto el derogado Código Español de 1928 como el de 1870 reformado y actualmente vigente, -dice el Maestro González de la Vega-, nos menciona al robo y al hurto como dos delitos distintos, por la diversidad de procedimientos empleados para el apoderamiento de la cosa ajena.

La influencia romana en el derecho francés impidió a éste tipificar el delito de robo, involucrando en él a otros delitos de distinta naturaleza jurídica como por ejemplo el abuso de confianza y la estafa que tienen en común la apropiación indebida de la cosa ajena.

Ya en el Código francés de 1810 encontramos este delito bien definido en el Art. 379 "cualquiera que sustraiga -- fraudulenta y una cosa que no le pertenezca, es culpable de robo". (12).

Resumiendo en el derecho romano se llamaba "Furtum" - en general a todos los delitos consistentes en la apropiación de la cosa ajena, concepto demasiado amplio que incluía sin distinción especialmente las modernas nociones de robo, abuso de confianza, fraude y ocultación.

En las legislaciones europeas del concepto de "furtum" se han derivado, según las necesidades de cada época otros delitos que por ser especies de éste género, tienen en común el apoderamiento de la cosa ajena, con intención de lucro y

(12) González de la Vega Fco. Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Pág. 43, 5a. Ed. Parte Esp. Ed. Porrúa Méx. 1958.

y causando un perjuicio económico al sujeto pasivo, siendo siempre el interés jurídico protegido la posesión de hecho de las cosas muebles (y en caso de fraude también de inmuebles), cualquiera que sea su origen, (derecho de propiedad, posesión, mera tenencia de la cosa).

En el título XXII del Libro Segundo del Código Penal vigente enumera en capítulos especiales los "Delitos en -- contra de las personas en su Patrimonio", en la forma siguiente: 1.- Robo; 2.- Abuso de Confianza; 3.- Fraude;- 3 bis.- Extorsión; 4.- De los delitos cometidos por los -- comerciantes sujetos a concurso; 5.- Despojo de cosas in-- muebles o de aguas; 6.- Daño en propiedad ajena.

C A P I T U L O I I

3o.- Contenido del derecho de propiedad

4o.- Historia

5o.- Doctrina de León Duguit

6o.- Doctrina seguida por nuestros Códigos.

La más amplia y perfecta de las relaciones jurídicas - sobre la "cosa" (in rem) es el Derecho de Propiedad o Dominio. Y es el derecho real por excelencia, distinguiéndose de los demás derechos reales, en que en este caso se tiene pleno dominio sobre la cosa, mientras que en los otros casos son parciales facultades jurídicas que recaen en cosa ajena, aun cuando frecuentemente recuerden el derecho de propiedad por la amplitud de las facultades concedidas al titular.

La clasificación general de los derechos reales contiene por un lado, el derecho máximo: La propiedad; por otros los derechos en cosa ajena, los cuales se agrupan en dos categorías distintas, los derechos reales de goce o disfrute y los de garantía.

A la palabra "propiedad" se le han dado diversas acepciones. A los juristas españoles debemos la acepción amplia que a nosotros nos interesa: "Propiedad equivale a relación jurídica de apropiación de un bien de cualquier naturaleza; en un sentido más restringido equivale a relación jurídica de apropiación, total o parcial, de los bienes corporales. En esta segunda acepción la designación de propiedad abarca a todos los llamados derechos reales. (13).

(13) Colín Ambrosio y Capitant H. "Derecho Civil", Tomo II
Pág. 649.

Los juristas españoles consideran equivalente la propiedad a dominio y según ellos; es un derecho real, distinto a todos los demás derechos reales y el más absoluto de todos ellos. En esta última acepción tomaremos la palabra propiedad.

3o.- Contenido del derecho de propiedad.

Hay que indicar en primer término la naturaleza variable en cuanto a su cantidad e intensidad del contenido del derecho de propiedad. Esta variabilidad hace posible que el dominio exista del mismo modo cuando una persona ejerza la plenitud de poderes sobre una cosa, que cuando por haber concedido el usufructo, sólo quede la nula propiedad y no pueda el propietario, por ello, ejercitar ningún acto de uso ni aprovechamiento directo.

De Diego, basándose en Gierke afirma que "el dominio es un derecho elástico y abstracto y, también se ha dicho que la propiedad es una relación de pertenencia y no una relación de señorío inmediato". (14).

El dominio es un derecho elástico porque puede alargarse o comprimir sus facultades sin que por ello se pierda la naturaleza esencial. Es un derecho abstracto y no se puede determinar por facultades concretas, sino por una nota esen

(14) Colín Ambrosio y Capitant H. Op. Cit. T. II, Pág. 650.

cial que está por encima de todas sus-facultades, de las --
cuales se puede el propietario desposeer sin dejar de ser -
dueño.

40.- Historia.

Encontramos en el Derecho Romano primero y posterior--
mente en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789,
el concepto individualista de propiedad basado en la tesis-
de que el derecho de propiedad es un derecho natural, inna-
to, subjetivo, anterior al derecho objetivo, que no ha sido
creado por el Estado ni por la Ley, sino solamente reconoci
do y amparado por ellos y por lo tanto no pueden desconocer
lo o limitarlo.

Al declarar el Código Napoleónico que el derecho de --
propiedad es "absoluto para usar y disponer de una cosa", -
y que además es inviolable, tiene como fundamento filosófi-
co el anteriormente citado. Tanto el Código Napoleónico --
como la Declaración de los Derechos del Hombre, tienen in--
fluencia en las legislaciones europeas. Sin embargo, el --
Derecho español (art. 348), nos dice que el derecho de pro-
piedad "es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin-
más limitaciones que las establecidas en las Leyes; el pro-
pietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la
cosa para reivindicarla".

El Código Francés en su art. 544 define la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de la cosa del modo más absoluto con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por la Ley o por los Reglamentos".

Como se ve claramente el Código Español en su equivalente al Código Francés agrega la facultad de reivindicar, y en cambio, suprime la expresión "de manera absoluta" con que dicho Código califica la facultad de disponer.

Nuestro Código de 1870 y 1884 niegan a pesar de la influencia francesa el concepto tradicional del carácter absoluto del derecho de propiedad, al definirla como "el derecho de usar y disponer de una cosa con las limitaciones que fija la Ley". Y así resulta que al admitirse en nuestro derecho todo género de limitaciones, se desconoce el fundamento filosófico del Código Napoleónico y de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

5o. Doctrina de León Duguit

La doctrina individualista que fuera aceptada por unanimidad, fué brillantemente refutada por el francés León Duguit quien afirma: "el derecho de propiedad no puede ser innato en el hombre y anterior a la sociedad; el hombre jamás ha vivido fuera de sociedad, siempre ha -

sido miembro de un grupo, y sus derechos por tanto tendrán que referirse a este estado social indiscutible; los derechos no pueden ser anteriores a la sociedad, ni sociológica ni jurídicamente, porque el derecho no se concibe sino implicando una relación social, y no puede haber, por tanto, ese derecho absoluto antes de formar parte del grupo. - ni esa limitación voluntaria para lograr la convivencia social". (15).

El hombre al vivir en sociedad tiene deberes que cumplir para con la colectividad y en su función de esas obligaciones le son otorgados derechos para hacer factibles sus deberes sociales. Estos derechos son establecidos por el Estado, quien valiéndose de las normas jurídicas determinará en todo caso, según la solidaridad social, las limitaciones o restricciones del derecho de propiedad.

La solidaridad social es para Duguit el concepto fundamental de su teoría, para él, las normas jurídicas tienen como finalidad directa o indirecta la realización de la -- solidaridad social.

"Casi textualmente reproduce Duguit el concepto de Comte para considerar que la propiedad, es una función social -- es decir, que fundamentalmente es, más que un derecho, un deber, aunque parezca contradictorio. Si la propiedad es -- una función social, agrega Duguit, ya no puede considerar --

(15) Rojina Villegas Rafael "Derecho Civil", Pág. 103.

se ni como un derecho absoluto, porque la Ley podrá limitarlo de acuerdo con las necesidades que la interdependencia imponga; ni la riqueza podrá ser empleada, sino para fines principalmente sociales. Ya no prevalecerá el interés individual sobre el colectivo, sino éste sobre aquél". (16).

6o. Doctrina seguida por nuestros Códigos.

Al disponer el Código Civil vigente en el art. 830 -- que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las Leyes" sigue la teoría de Duguit en todos sus lineamientos, dándole a la propiedad un sentido social que encontramos en multitud de preceptos, como los que establecen la expropiación forzosa por causa de utilidad pública; los que fundan el -- patrimonio de familia y fundamentalmente el art. 27 de la -- Constitución de 1917 al declarar "que la Nación tiene en -- todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada -- las modalidades que dicte el interés público, así como regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación".

Ya no hay un estado de libertad absoluto.

(16) Rojina Villegas Rafael Op. cit. Pág. 107'

"En resumen, la Revolución modificó sustancialmente - el viejo concepto individualista del derecho de propiedad - para vestirlo de un tinte social, que, sin llegar al socialismo, cumple en gran parte los requisitos que se exigen - para elaborar un derecho privado social". (17).

(17) José Gomís y Luis Muñoz "Elementos de Derecho Civil Mexicano"
T. II, Pág. 65.

C A P I T U L O I I I

LA POSESION

- 7o. Concepto jurídico de la posesión.
- 8o. Fundamento de la posesión.
- 9o. Fundamento de la posesión en Savigny en Ihering.
- 10o. Elementos doctrinales de la posesión.
- 11o. Teoría objetiva de Ihering.
- 12o. Teoría de la independencia económica de Saleilles
- 13o. Criterio seguido por los Códigos Modernos y por -
el Derecho Mexicano.

7o. Concepto jurídico de posesión.

El hombre sólo puede estar en relación con las cosas de dos formas: 1ra. en relación de señorío en sentido amplio o restringido, pero siempre amparado por la norma jurídica. lo que integra el dominio: y 2do. en relación de simple hecho por medio del cual el hombre goza total o -- parcialmente de la cosa que se encuentra en su poder, hecho que la norma jurídica protege independientemente de -- la legitimidad de dicho poder lo que constituye la pose-- sión.

En el sentido corriente y ordinario de la palabra, -- se posee una cosa cuando se tiene en nuestro poder. Eti-- mológicamente además, posesión viene de posse, poder.

El concepto etimológico concuerda con el vulgar, con el jurídico y en muchos casos con el legal, como sucede -- en el Código Alemán y Suizo que define la posesión como -- "la potestad de hecho sobre la cosa". Nuestro Código -- Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales -- sustenta la misma opinión al decirnos en su art. 790 : -- "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un po-- der de hecho; posee un derecho el que goza de él". Hasta aquí se confundiría la posesión con la tentación material La diferencia entre ambas de acuerdo con la teoría clásica que han constituido los jurisconsultos romanos, radica en el punto esencial de que la detentación se compone --

únicamente del elemento puramente material, de que una cosa está en nuestro poder.

Este elemento material era designado por los romanos con el nombre de "Corpus". La posesión propiamente dicha supone además un elemento psicológico que era designado por los romanos con el nombre de "animus", - que es la voluntad de ejercer sobre una cosa un derecho, y, de un modo especial, el derecho de propiedad.

Desde luego, que además de admitir la posesión correspondiente al derecho de propiedad, admitimos todos los demás derechos que se pueden tener sobre las cosas.

En los albores del Derecho Romano, sólo se aplicaba el concepto de posesión al derecho de propiedad, pues sólo este derecho autorizaba estos actos de aprehensión material de la cosa. Más tarde al extenderse este concepto a la servidumbre se le llamó "cuasi possession". Hoy en día han desaparecido estas distinciones y llamamos simplemente posesión a lo que los romanos calificaron de "cuasi possession" y agregamos, que el concepto de posesión se ha extendido a derechos que no son derechos reales, como son los de crédito y los derechos constitutivos del estado de las personas. - -

Claro está que la posesión en los derechos de crédito o de un estado sólo producen efectos especiales y restringidos.

Sólo nos interesa en este estudio la posesión que puede existir sobre las cosas.

80.- Fundamento de la posesión.

Podemos decir que la posesión es un hecho que se encuentra jurídicamente protegido y por consiguiente toda la doctrina de la posesión gira acerca de su protección por parte de la Ley. "Como hecho jurídicamente -- protegido es un derecho aunque "sui-géneris", un derecho real por razón de caer sobre una "res", en el sentido que conocemos de la relación jurídica entre el hombre y la cosa". (18).

Lo que se posee no es tanto una cosa, como un derecho real sobre esa cosa. Poseer es ejercitar un derecho nos pertenezca o no.

(18) Gomís y Muñoz Op. Cit. T. II Pág. 328.

Existe una aparente contradicción en la posesión, -- pues manifestándose como un hecho es protegida por todas las Legislaciones. Vemos que en la antigüedad el pretor protege la posesión mediante los interdictos; salvo algunos casos de detentación como los del acreedor pignoraticio, el precarista, el secuestrario, que también eran protegidos gozando de la tutela interdictal. Nos dicen Gomís y Muñoz que esto "era debido a las diversas consideraciones de la posesión en razón del elemento "animus" que los romanos exigían para que fuese protegida. El "animus possidendi" era completamente distinto al "animus domini" y diferente al "animus detinendi", el primero, constituía el elemento esencial de la posesión; el segundo, es privativo del dominio; y el tercero, sólo se predica de aquella posesión que se tiene en nombre ajeno (nomine alieni)" (19).

9o. Fundamento de la posesión en Savigny y en Ihering.

Savigny encuentra el fundamento de la posesión en -- la necesidad de impedir la violencia y agrega, que los interdictos no se originan en razón del hecho de la posesión, sino "como necesidad de proteger la norma jurídica lesionada por el acto delictuoso integrado por la perturbación en el hecho de poseer".

(19) Gomís y Muñoz Op. cit. T. II Pág. 329.

Y en cambio, Ihering encuentra el fundamento de la posesión en los mismos principios en que reposa la tutela del dominio.

La doctrina hoy dominante en la de Ihering, quien critica a Savigny en su libro "Fundamentos de la Protección Posesoria", diciendo que es absurdo que los jurisconsultos romanos "hubiesen creado todo un sistema para proteger a los usurpadores contra los dueños". ¿No es más sencillo suponer -pregunta- que fué inventado para proteger a los propietarios que son desde el punto de vista estadístico los poseedores más habituales, simplificándoles así la prueba de su propiedad?. Lo que sucedió fué que la protección sencilla de la propiedad por el hecho de la posesión en calidad de dueño legítimo, no podía llevarse a efecto sin conceder idéntica protección a los demás poseedores no dueños y hasta haciendo extensiva dicha protección a los usurpadores" (20).

Es decir, que para Ihering el fundamento de la protección posesoria es, en síntesis, el complemento necesario de la tutela del dominio, para facilitar al dueño las pruebas de su dominio por el hecho de posesión de la cosa.

10. Elementos doctrinales de la posesión.

Indicaremos en primer término la doctrina clásica de -

(20) Gomís y Muñoz Op. cit. T. II Pág. 330.

Savigny y la de Ihering, siguiendo la exposición del Maestro Rojina Villegas.

La primera parte de la teoría de Savigny radica en el "corpus". "El Corpus, es en sentido de Savigny, la posibilidad física de disposición actual, inmediata y exclusiva sobre una cosa. Aquí encontramos ya una característica propia de Savigny, aunque él consideró que era propia del Derecho Romano. Criticándolo Ihering, pues en rigor fué una opinión de Savigny, pretendía interpretar ciertos textos romanos, -- que constituían una excepción, para elevarlos a la categoría de regla general. En cambio para Ihering, es la relación exterior que existe normalmente entre el propietario y la cosa que le pertenece". (21).

La segunda parte de la teoría subjetiva de Savigny está constituida por un elemento psicológico, intencional: el "animus Domini" o el "animus rem sibi habendi" o sea la intención de poseer como dueño para que haya propiamente posesión.

En este elemento se encuentra el fundamento de su doctrina considerando que el elemento material no es desde el punto de vista jurídico tan esencial como el psicológico, en virtud de que para él puede existir la posesión teniendo simplemente la posibilidad de ejercer el corpus, aunque no haya actos materiales que impliquen la existencia del mismo. - -

(21) Rojina Villegas Rafael Op. cit. Pág. 317 y Sigts.

Agrega Savigny, que existen infinidad de fenómenos de detentación, porque existe el corpus, pero que no hay posesión si falta el animus.

No obstante Savigny, llegó a admitir que en el Derecho Romano había casos de posesión sin animus domini, pero tales casos los consideró de posesión derivada.

110. Teoría objetiva de Ihering.

Por otra parte, tenemos la doctrina objetiva de Ihering, en contraposición con la subjetiva de Savigny. Se ha llamado objetiva por fundar la posesión en una relación objetiva.

Lo que para Savigny es el elemento esencial de su teoría, carece de importancia para Ihering; es decir, para éste el animus no sirve para establecer ninguna diferencia entre la mera detentación y la posesión y niega que ese animus necesariamente sea animus domini.

Esto no quiere decir, que el autor de "La función de la voluntad en la posesión" deseche por completo un elemento intencional en la relación posesoria, ya que sin la intención sólo quedarían hechos materiales de las personas sobre las cosas sin existir un derecho real de posesión.

Lo que pasa es que el elemento corporal lleva unido --

a él el elemento intencional, y para Ihering es suficiente la relación corporal del individuo con la cosa, siempre -- que éste lleve la intención de persistir en esa relación.-- De aquí se deduce que la simple detentación se transforma en posesión desde el momento en que sobre la cosa se ejerza un poder físico voluntariamente querido, por consiguiente, para Ihering el elemento animus no es más que el propósito del poseedor de servirse de la cosa que se encuentra sometida a su poder físico y el corpus, la forma de exteriorizarse de ese propósito.

Resumiendo, podemos decir que, al encontrarse implícito el animus en el corpus, toda detentación se convierte en posesión, ya sea dicha detentación en nombre propio o ajeno y la Ley sólo cuando así lo disponga, podrá privar al detentador de la tutela posesoria.

12o. Teoría de la independencia económica de Saleilles.

Es el jurista francés Saleilles quien fundamenta la protección posesoria en un criterio económico de independencia.

Crítica la teoría de Ihering, diciendo que "la ley -- sin criterio alguno está encargada de excluir de la protección posesoria ciertos casos de detentación", y considera que debe estar la doctrina sujeta a un criterio económico.

"Todo detentador que goza de la cosa con independencia y economía, debe ser considerado como poseedor y por tanto, protegido en su posesión; y por el contrario, no puede ser protegido por los Tribunales de Justicia aquel detentador que dependa de otra persona". (22).

13.- Criterio seguido por los Códigos Modernos.

Como ya dijimos, la doctrina objetiva es la que ha influido en las legislaciones modernas entre ellas la nuestra, por resolver de la manera más práctica los problemas que suscita la posesión.

Es importante el concepto de posesión que se encuentra en el Código Alemán que sirve de antecedente inmediato a nuestro Código.

El Código Alemán llama posesión a la detentación y -- por tanto, suprime la necesidad del animus domini, excluyendo de los beneficios de la protección posesoria a todo aquel detentador que posea en nombre de otro; es decir, -- evita que se confunda la simple relación de contacto material con la cosa, con la posesión propiamente dicha.

Criterio seguido por el Derecho Mexicano. "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho salvo lo dispuesto en el art. 793. Posee un derecho el que goza de él (art. 790).

(22) Gomís y Muñoz Op. cit. T. II Pág. 334.

La excepción a esta regla general es la del art. 793, que dice: "cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de una cosa, y - que la retiene en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones de que de él ha recibido, no se le considera poseedor". Aquí vemos que el Código Civil sigue casi al pie de la letra el art. 855, del Código Alemán, ad mitiendo la posesión sobre los derechos.

Podemos agregar, desde luego, que el Código Civil de- 1928 considera la posesión, como un derecho real.

De los Códigos Civiles de 1870 y 1884 tomamos en cuen ta los art. 919 del primero y 822 del segundo que inspiran el art. 790, así como el ya citado del Código Alemán.

C A P I T U L O IV

- 14.- La importancia de objetivizarse los delitos en la posesión.

Entre los diversos sistemas de clasificación de los -- delitos, ha prevalecido en la mayoría de los Códigos el sistema que tienen en cuenta el interés jurídico que el hecho-delictuoso atropella y que la Ley Penal protege.

El Código Penal Mexicano ha agrupado los distintos delitos según la naturaleza del bien jurídico que ha sido lesionado.

El Código Penal de 1871, en el Título I. del Libro Ter ce ro, llama: "Delitos contra la Propiedad", a los delitos- de robo, abuso de confianza y fraude, de acuerdo con ésta - denominación parecería que la propiedad constituye el bien- jurídico genéricamente protegido. Esta designación no es - correcta, pues las infracciones reunidas bajo este título - no están integradas solamente por hecho dirigidos contra el derecho de propiedad, sino también contra la posesión, hasta en su forma más rudimentaria, de mera tenencia de la - - cosa y en general de cualquier titular de derecho sobre los bienes en que recaiga el delito. Eusebio Gómez en su libro "Delitos contra el Patrimonio", para demostrar lo impropio- de la denominación, nos remite al examen de algunas de las- disposiciones contenidas en el Código Penal Argentino. - - "Veáse por ejemplo, la del Artículo 171 inciso Sexto, en cu ya virtud se considera que comete defraudación el dueño de- una cosa mueble que le sustrajera de quien la tuviere legal

mente en su poder con perjuicio del mismo o de tercero". ---
En semejante hipótesis, el sujeto activo del delito es el -
titular del patrimonio de la cosa sustraída. La sustracción
no lesiona el derecho de propiedad porque éste es exclusivo-
del agente; el derecho afectado es aquel mediante el cual el
sujeto pasivo tenía la cosa en su poder". (23).

Aunque esta crítica se refiere al Código Argentino, - -
puede aplicarse también a las situaciones análogas de cual--
quier Código, por ejemplo, a los Códigos Penales de México -
de 1871 y 1929, que agruparon también los delitos de robo, -
abuso de confianza y fraude bajo el rubro de "Delitos contra
la propiedad".

El Código Penal vigente en el Título XXII, del Libro --
Segundo, con más acierto los denomina "delitos en contra de-
las personas en su patrimonio". Para el Código Penal vigen-
te, en realidad, lo que la Ley protege no es la propiedad, -
sino el patrimonio, entendiendo por patrimonio el conjunto -
de los bienes de una persona; dando a la palabra bienes, --
un sentido genérico que incluye las cosas y los derechos - -
susceptibles de tener un valor económico.

"El patrimonio de una persona es la universalidad jurí-
dica de sus derechos reales y de sus derechos personales ba-
jo la relación de un valor pecuniario; es decir, como bie- -

(23) Gómez Eusebio "Tratado de Derecho Penal" T. IV, Pág. 8
Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

l. (24).

Tomando en cuenta el interés jurídico que el hecho de-
toso atropella y que la Ley Penal protege y que es la -
esión de hecho de las cosas muebles, nosotros llamaría--
el Capítulo relativo del Código Penal vigente: "Deli--
contra la posesión", porque la objetividad jurídica del
ito de robo así como el de abuso de confianza y de frau-
como habíamos dicho anteriormente, reside en la pose---
n; y lo que estos delitos implican, es la violación del-
ado de hecho que la posesión representa y, cuando la Ley
rimina el apoderamiento de la cosa ajena sin derecho y -
consentimiento, otorga su tutela a la posesión, tutela-
indirectamente protege a la propiedad.

La importancia de objetivizar estos delitos en la pos-
sesión.

Es evidente, lo.- Porque con ello se facilita la de-
minación del sujeto pasivo, que es el poseedor, porque,
él, sería imposible dictar el auto de formal prisión de
erdo con los requisitos exigidos en el Art. 19 Constitu-
nal; así como también sería imposible la integración del
rpo del delito: 2o.- Para fijar la titularidad de la -
ión de reparación del daño y, en los casos de querrela -
esaria, la determinación de la persona que puede poner -

) J. Ure Ernesto "El Delito de apropiación indebida". -
Pág. 21, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

en movimiento la acción pública (mediante la querrela) o --
bien poner fin al procedimiento represivo, mediante el per--
dón y, 3o.- Para fijar la competencia y el momento de la -
prescripción, determinándose ambas cosas por el instante de
la consumación del delito.

C A P I T U L O V

- 15.- El robo en el Derecho Mexicano
- 16.- La objetividad jurídica del delito de robo
- 17.- Del robo.- Carácter general de este delito.
 - a) Historia
 - b) Substracción y apoderamiento
 - c) Casa mueble ajena
 - d) Apoderamiento sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.

15.- El robo en el derecho mexicano.

La Comisión redactora del Código de 1871 define el robo sin hacer distinción legal con el hurto. El Código Penal vigente conserva esta definición en su art. 367, -- El texto fué el siguiente: "Comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y -- sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley".

16.- La objetividad jurídica del delito de robo.

La objetividad jurídica del delito de robo, así como el abuso de confianza y del fraude reside en la posesión; lo que estos delitos implican es la violación del estado de hecho que la posesión representa y, cuando la Ley incrimina el apoderamiento de la cosa ajena sin derecho y sin consentimiento, otorga su tutela a la posesión, tutela que indirectamente protege a la propiedad.

Esta tutela se concede a la posesión, independientemente de las irregularidades de que pueda estar afectada, porque la finalidad del derecho penal no es reconocer o regular derechos subjetivos patrimoniales, sino reprimir la delincuencia en cualquiera de sus manifestaciones; por ello, es que el apoderamiento de la cosa ajena sustraída a quien la robó, no deja de ser un delito.

Otros autores como Impallomeni no están de acuerdo -- con lo anterior y sostienen que lo que se viola no es el -- derecho de posesión sino el de propiedad, porque ésta no -- se lesiona sino cuando se tiene derecho a ella. Esta ra-- zón no nos parece válida porque, en el caso citado de la -- sustracción de la cosa robada, si el robo fuera violación-- de la propiedad, el sujeto que atenta contra la posesión -- del ladrón por él considerado propietario, no debería ser-- castigado y con esto nadie puede estar de acuerdo.

Al decir que la posesión constituye el derecho que la Ley Penal tutela directamente mediante sanciones estableci-- das para el delito de robo y que la tutela de la propiedad es sólo subsidiaria, no debemos limitar el concepto de po-- sesión a lo establecido por el Derecho Civil. En Derecho-- Penal y con referencia al robo, este concepto es más amplio y comprende hasta la simple tenencia; por lo tanto, es inú-- til indagar si la persona en cuyo poder se encuentra la -- cosa robada tenía además del "corpus", el "animus rem sibi habendi"; es decir, si concurrían en la posesión los ele-- mentos integrantes que exige el Derecho Civil. En defini-- tiva, la posesión es siempre la que resulta lesionada por-- el robo, porque el simple tenedor no es sino un represen-- tante del poseedor. Lo que la Ley reprime es el apodera-- miento ilegítimo de una cosa ajena, sustrayéndola del po-- der de quien la tiene.

La circunstancia de residir la objetividad jurídica del hurto en la posesión de la cosa que forma su objeto, basta para dejar establecido que no puede ser sujeto pasivo del mismo sino el que tiene esa posesión, por ser elemento esencial para integrar el cuerpo del delito, la determinación del sujeto pasivo, quiere decir, un sujeto pasivo conocido, pues, de otra manera, sería imposible dictar el auto de formal prisión; porque de acuerdo con los requisitos esenciales (art. 19 Constitucional), es necesaria la determinación de dicho sujeto.

Podemos resumir lo anterior, diciendo que la objetividad jurídica del robo reside en la posesión en sentido amplio. La tutela penal de la propiedad, ejercida mediante las sanciones del robo, es sólo subsidiaria.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. El interés jurídico aquí protegido, es, repetimos, la posesión de hecho de la cosa mueble; así como el relativo a la protección de la vida, de la integridad, y de la libertad de las personas.

El delito de robo, aparece previsto y sancionado en los art. 367 y 370, del Código Penal; los robos forman la clase más numerosa de los atentados contra la posesión y sus incriminaciones han motivado graves y múltiples problemas. Los -

Legisladores han determinado diferentes grados de penalidades, según la naturaleza de los medios empleados para la perturbación, la gravedad con que turben el orden, el carácter de depravación y audacia que representen.

Para los fines de este estudio no es necesario examinar cada una de las agravantes de este delito, por lo que pasaremos a ver sus características generales.

17.- Del robo.- Carácter general de este delito.

Vamos a considerar el robo en si mismo y aislado de toda circunstancia relativa al modo de su perpetración; vamos a examinarlo en sus elementos esenciales y a fijar las condiciones constitutivas de este delito.

A) Historia.

El robo, penado por todas las legislaciones, no ha sido determinado con características siempre idénticas. Para el Derecho Canónico era toda usurpación de la propiedad dentro el Digesto y las instituciones habían recogido la definición menos amplia y más exacta del jurisconsulto Paulo: - Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causa, - vel ipsi us rei, vel etiam usus ejus possessionisve, "Veamos que en esta definición aparece claramente las dos características esencial del robo "contrectatio fraudulosa", y otro elemento consistente en una idea de lucro.

El mismo jurisconsulto Paulo había escrito en sus sentencias otra definición más precisa: "fur est qui dolo malo rem alienam contrectat". Esta regla, que establece -- fielmente los tres elementos esenciales del robo, fué recogida por Justiniano. La segunda definición de Paulo fué -- casi universalmente reconocida como enunciativa de la verdadera regla sobre la materia.

El art. 379, del Código Penal Francés no ha hecho sino traducirla fielmente en estos términos: "Cualquiera que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es-- culpable de robo". Definiendo así el robo, se disminuyó la extensión del antiguo "furtum" romano, Resulta de esta definición, que tres condiciones son necesarias para la existencia del delito; es necesario que haya sustracción de una cosa cualquiera, que esta sustracción sea fraudulenta y --- por último que la cosa sustraída pertenezca a otro.

La diferencia entre la doctrina francesa y la mexicana radica en que para los galos el término "sustracción" es -- más restringido que el "apoderamiento" de nuestro Código.

B). Sustracción y apoderamiento

Primer elemento: Debemos entender por sustracción -- en el Código Francés; el llevarse (levantar), la cosa aprehendida. El primer elemento de robo es la sustracción, el llevarse, contrectario (el arte de coger).

El sólo pensamiento del robo, el proyecto, los preparativos no son suficientes; es necesario que el agente -- haya puesto la mano en la cosa, que la haya asido, que la haya levantado. No hay excepción a esta regla en los casos de tentativas y en los de robo con violencia, porque en los primeros no es necesario la demostración del propósito subjetivo, por presumirse, *juris tantum*; y en cuanto a la violencia, es ésta y no el robo lo que la Ley castiga.

¿Qué entiende el Código Francés por sustracción?. En el derecho actual es necesario que la cosa sea llevada -- (levantada). No hay robo, en tanto que no hay levantamiento de la cosa robada. El Código ha confirmado la exigencia de que la cosa haya sido sustraída, el robo no está verdaderamente cometido sin el llevamiento (*elevement*); sin este último acto, el delito no es todavía sino un proyecto del que el agente podría desistir; el delincuente pone la mano sobre el objeto, pero este movimiento no es más que una manifestación incierta de la voluntad; la duda cesa en el momento en que la cosa es desplazada: el delito ha sido consumado. Esta teoría da lugar a la duda en cuanto al momento de consumación del delito; nuestra legislación es más precisa a este respecto, "desde 1871, dice el Maestro González de la Vega, el legislador tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo -- del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estable

ciéndose así delimitación clara entre la forma completa y la incompleta de la infracción; por eso, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa, no destruye la consumación del delito". (25).

"Apoderarse es desposesionar a otro de una cosa, tomarla para sí, privarle de ella" dice Groizard. Los jurisconsultos romanos utilizaron la palabra "contrectatio" para designar el momento en que la acción del robo se perfeccionaba; pero los comentaristas le dieron a esta palabra dos sentidos; uno restringido que sólo pedía para determinar el momento de consumación del delito, el hecho de que el agente pusiera la mano sobre el objeto, y otro amplio que solicitaba el desplazamiento de la cosa del lugar donde se encontraba. La opinión dominante se inclinó hacia este segundo sentido de la palabra; sin ser necesario desde luego para declarar autor del robo, el sacar la cosa del lugar, la alteración del sitio donde su poseedor la había colocado. - Nuestro Código va de acuerdo con lo anterior y así nos dice el Maestro González de la Vega que "claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización por mínima -- que sea del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla, pero este movimiento de posesión en nuestro derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien".

(25) González de la Vega F. Op. Cit. Pág. 50.

"En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar donde la tomó". (26).

Al derecho penal moderno le parece de más importancia el grado de peligrosidad de los actos delictuosos, que el daño final y así está más acorde con nuestra doctrina que con la francesa que exige la sustracción como elemento de consumación del delito de robo.

LA ACCION: El apoderamiento.

El núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que realiza el sujeto activo.

Apoderarse según el diccionario de la Real Academia Española significa: "ponerla bajo su poder".

En el robo la cosa no se entrega voluntariamente al autor o es entregada por medio del engaño o medios artificiosos, sino que este va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo.

El verbo apoderar no expresa una simple acción material, como acontece con otros delitos en relación a sus

(26) González de la Vega Fco. Op. Cit. Pág. 57.

verbos definidores, sino que a la acción material, va íntimamente unido un elemento subjetivo finalista consistente en; el ánimo de lucro que persigue el sujeto activo del delito, de aprovechamiento para sí de la cosa, y que en la doctrina son denominados estos dos elementos como *corpus* -- *animus* y sin los cuales no habría posesión.

En la teoría subjetiva de Savigny y la objetiva de Von Ihering, no existe más discrepancia que la importancia que se da a uno u otro elemento, pero en ninguna se presinde de su existencia.

CONCEPTO DE APODERAMIENTO.

Apoderarse significa que el sujeto activo toma posesión material de la cosa, la ponga bajo su control personal. (González de la Vega).

En el robo la acción constitutiva es el apoderamiento, la aprehensión de la cosa, puede ser directa o indirecta -- según los medios que se utilicen para lograrlo, así habrá -- aprehensión directa cuando el agente utilizando su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente se adueñe de la cosa.

Y habrá apoderamiento indirecto cuando el agente por -- medios desviados logra adquirir, sin derecho y sin consentimiento, la tenencia material de la cosa; ejemplo de este --

tipo de apoderamiento es el caso de hacer ingresar a su control cosas por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos o de aprehensión, de tal suerte que la tangibilidad de la cosa por el ladrón no es requisito indispensable en este delito.

El sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando en cada caso concreto concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que social y jurídicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesión ajena y que la cosa, de hecho, ha quedado aunque sólo fuere momentáneamente, bajo su potestad material. Esta situación fáctica se produce, evidentemente cuando el ladrón desplaza la cosa del sitio en que su poseedor la tenía, siempre, naturalmente que concorra, además el elemento subjetivo que, -- como luego veremos se precisa para la configuración de este injusto típico. (27).

Para los juristas Argentinos Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez el concepto apoderamiento es núcleo del tipo de -- delito de robo, de igual manera que en nuestro país.

Dividiendo sus teorías en dos corrientes fundamentales

(27) Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo-IV Parte Especial 3a. Edición Editorial Porrúa, México 1977.

y que son: La disponibilidad auspiciado por el primero de los citados juristas. Y por Núñez el del desapoderamiento.

Afirmando Sebastián Soler que apoderarse es quitar y quedarse con la cosa. Importando una clara rereferencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa, actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, por que la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor.

En la legislación argentina lo que nosotros conocemos como robo, es conocido bajo el título de hurto, el cual consiste en el apoderamiento ilícito de la cosa mueble, en el cual no se emplea ningún tipo de violencia, ni en las cosas, ni en las personas, situación que vendría a calificarlo y dar lugar a otra figura jurídica.

Por otra parte y continuando con nuestro autor está manifiesta que carece de interés el desplazamiento de la cosa en el espacio siendo lo importante el desplazamiento del sujeto. Y dice: "El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino de usurpar el poder sobre ella", siendo para este jurista usurpar algo más que sustraer, es traer la cosa a la esfera de dominio de hecho del activo.

El límite para el citado autor es la cosa perdida, la cual no es perdida sino ajena, toda aquella que no encontrándose dentro de una esfera de mayor custodia tiene la apariencia de estar actualmente ocupada por otra persona.

Para el profesor Ricardo C. Nuñez el concepto de posesión en el Derecho Penal es más amplio y aun diferente del Derecho Civil y manifiesta que: Apoderarse: "es una noción compuesta que implica un acto material y un propósito que caracteriza el acto como furtivo", llevando implícito esa noción la exigencia de que el agente ejecute el acto material en que consiste el apoderamiento, con la intención de desapoderar al ofendido y poner la cosa bajo el propio poder".

En nuestra doctrina la esencia del robo no radica en desapoderar la cosa, sino en desapoderar mediante un acto de apoderamiento, contrario a lo sustentado por Nuñez.

Para el Maestro Pavón Vasconcelos el término apoderamiento expresa la acción del sujeto; es decir el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción de un resultado material concreto, integradores de un hecho de naturaleza causal, en la cual la actividad humana sea condición "existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o del poseedor, para entrar a la esfera de acción del ladrón.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo:

- A) El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido.
- B) La acción de apoderamiento es la consumativa del robo.

A) El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo que permite diferenciarlo de otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido. En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia; la infracción abusiva radica, no en el acto material del apoderamiento puesto -- que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir, en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. En el fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitutivo porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador como resultado de engaños, maquinaciones, artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferen-

cia con los delitos cometidos por comerciantes concursados ya que este es un delito especial de fraude en que el beneficio indebido se obtiene por las ocultaciones, maniobras, o artificios tendientes a la disminución de la masa de los bienes. Y como excepción existe la de el delito de despojo de inmuebles o de aguas en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento; por eso en la doctrina a los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se denominan robo de inmuebles.

B) En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo, para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. (art. 369 del Código Penal).

Al redactarse el anterior precepto del Código Penal se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". Como ésta última disposición limitaba literalmente el robo a aquella forma de apoderamiento directo y físico que el ladrón asia la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, el Código Penal Vigente, con mejor técnica, sustituyó esa frase por la de "Tiene en su poder la cosa robada" que - - permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del Artículo 369 anteriormente transcri^{to} revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito; por supuesto siempre que esten reunidos los demás elementos de la infracción.

Como hemos dicho el sistema mexicano es diferente al del Código Francés, en que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descom^{pone} en dos movimientos sucesivos; la aprehensión ó apode^{ramiento} de la cosa y el elevem^{ento} o sea el desapodera^{miento} o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción -- del legítimo tenedor para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico-francés. por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa, ligada directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira -- la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

Según Garraud, la sustracción fraudulenta es la ma^{niobra} por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario o poseedor; la sustracción es, pues a la vez una -- aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras "la aprehensión no es una manifestación completa de la volun-

tad del ladrón sino que hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado".

La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el movimiento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito comprendido son imprecisos por la ambigüedad del criterio, de *elevement*. Nuestra legislación, desde 1871 tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción; por eso de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento -- inmediato de la cosa no distinguen la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí privarle de ella, la mecánica de la acción -- implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto, no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro Derecho no requiere llegar a una total substracción o alejamiento del bien.

En resumen daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos en que el ladrón, por temor a ser des

cubierto la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar en donde la tomó, o en que el ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desahogado del objeto antes de todo posible desplazamiento.- Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

El segundo elemento del robo, conforme a nuestro art. 367 del Código Penal vigente, consiste en que la cosa sea mueble y ajena.

C) Cosa mueble ajena.

Si el apoderamiento es elemento indispensable del robo, no es suficiente para constituirlo, es necesario también que el objeto del apoderamiento sea mueble, y de la propiedad de otro. "Si el robo consiste en apoderarse de una cosa con el fin y por los medios que el art. 367 del Código Penal indica, es una consecuencia de la naturaleza de esta clase de delitos el que no pueden recaer sino sobre cosas muebles o semovientes, porque únicamente éstos pueden ser objeto de la "contrectario" de los romanos "Furtum sine contrectatione non fiat" dice Ulpiano. La sustracción, según los franceses, la rapiña, según los italianos; el apoderamiento según el Código mexicano y todos los términos o expresiones análogas que en los Códigos se usan,

suponen la necesidad de que sean los objetos sobre los cuales se ejecutan, susceptibles de ser llevados de un lugar a otro" (28).

Las cosas incorporales al no ser susceptibles de ser -- transmitidas por tradición no pueden ser adquiridas por la -- contrectatio, ni por el apoderamiento, ni por la sustracción.

La cosa sobre la que ha de recaer el apoderamiento ha-- de ser ajena. En efecto, aquel que sustrae sus propias cosas no comete robo, por que el robo es un atentado a la propiedad. Con la palabra "ajena" el Código ha evitado las -- discusiones suscitadas con motivo de la redacción dada a -- textos análogos al nuestro en que en vez de "cosa ajena" se ha escrito "cosa de otro". El robado no necesita demostrar la posesión sobre la cosa que le ha sido robada, basta que-- para que la responsabilidad del delito sea exigible, con que el inculpado no pueda presentar las excepciones de que con -- derecho se posesionó del objeto.

"La locución "cosa ajena" empleada por la Ley al tipi-- ficar el robo sólo puede tener una interpretación racional;-- la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto-- activo". (29).

Es muy importante determinar el sujeto pasivo para sa -

(28) Groizard.- "El Código Penal de 1870" T. VI Pág. 58.

(29) González de la Vega Fco. Op. cit. Pág. 57.

ber a quien debe repararse el daño causado por el ladrón, aunque esto no sea necesario para la demostración del delito.

Una vez más advertimos la importancia que tiene el poder determinar cuál es el sujeto pasivo de la infracción y, al fundar la objetividad jurídica del robo en la posesión de la cosa que forma su objeto, será siempre el poseedor el señalado como sujeto pasivo.

D) Apoderamiento sin derecho.- Tercer elemento. -

Opinamos como el Maestro González de la Vega que es superfluo especificar como tercer elemento integrante del delito de robo, que el apoderamiento deba realizarse sin derecho, puesto que la antijuridicidad va implícita en todos los delitos.

E) Apoderamiento sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.- Cuarto elemento.-

Son varios los métodos que el agente puede emplear para apoderarse de la cosa sin el consentimiento del sujeto pasivo. Entre otros, la violencia física o moral sobre el sujeto pasivo, la fuerza sobre las cosas, o bien sin emplear la fuerza ni la violencia apoderarse de la cosa furtivamente sin la voluntad del ofendido.

F) El valor de la cosa robada

El Código Penal ha tomado en cuenta para sancionar el delito de robo el valor del objeto material sobre el que recae, así como también las abstractas valoraciones que formula sobre la gravedad de las circunstancias que lo califican, violencia, allanamiento de morada o de lugar cerrado y quebrantamiento de fe o seguridad y la que determina la levedad de su forma privilegiada robo de uso.

"El valor de lo robado", frase empleada en el párrafo primero del Art. 370 entra en consideración para fijar la pena del robo simple; teniendo en cuenta el salario mínimo vigente en el momento de la comisión del ilícito con lo cual adecua el legislador la penalidad a la realidad económica de cada época.

Estableciendo el citado art. la siguiente formula:

Art. 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario.

Quando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa hasta de 500 veces el salario.

Quando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de cien a ciento ochenta veces el salario.

Aunque este Art. 370 del Código Penal no expresa el sentido de la frase "valor de lo robado" se deduce lógicamente de las referencias monetarias en el contenido, que el valor que menciona es el estimable en dinero. Y en caso de duda sobre el valor del objeto del apoderamiento se establece en el Art. 371 subsidiariamente una pena de prisión de tres días a cinco años para cuando el objeto del apoderamiento "por alguna circunstancia no fuese estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor".

No son cosas susceptibles de ser estimadas en dinero, pues por su propia naturaleza resulta imposible fijar su valor, todas aquellas que carecen de significación social en cambio económicamente estimable, documentos o expedientes sin trascendencia histórica o que sólo tienen para quien las posee un interés de afección, como por ejemplo, acontece con las fotografías familiares, con las cartas de amor o de amistad o demás recuerdos de la vida privada de signo emocional. (30).

La cuantía en dinero del robo ha de ser fijada, como expresa también el art. 371, atendiendo únicamente "al valor intrínseco del objeto del apoderamiento". Sobre este punto sigue fielmente el Código las enseñanzas de Carrara, quien subrayó claramente "que el único valor atendible co-

(30) Mariano Jiménez Huerta, Op. cit. Pág. 95.

mo medida de la pena del robo simple, es el efectivo valor intrínseco y venal de la cosa robada, sin que en su cálculo deban tomarse en cuenta la utilidad que de la cosa pueda obtener el ladrón ni el costo de su adquisición originaria, ni las consecuencias que el robo produzco o el destino especial que a la cosa diere su propietario. Y el propio Carrara recuerda que ya en el Artículo 94 del párrafo 10 de la Constitutio Criminalis Theresiana de 1768 se advertía que el robo no debía ser cuantificado ni en el exagerado valor en que posiblemente pretendía el robado debido al especial afecto que tenía por la cosa robada o por las ganancias que esperaba obtener de ella, ni conforme al provecho obtenido por el ladrón, sino de acuerdo con su -- verdadero valor intrínseco.

La fijación del valor intrínseco del objeto robado, -- debe hacerse en función al que tuviere el día del robo, -- sin tomarse en cuenta el que hubiere tenido antes o el que pudiera tener después. Cuando el objeto material del robo hubiere sido recuperado y esté a disposición de las autoridades, deberá conforme a lo dispuesto en los artículos 98, 99 y 100 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 181, 220 y 238 del Código Federal de Procedimientos Penales, ser valorado por peritos con base en -- las generales y especiales peculiaridades de dicho objeto.

Por el contrario, cuando la cosa no esté a disposición de la autoridad (Art. 102, 103, 124 y 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 123, 220 y 238 del Código Federal de Procedimientos Penales), los peritos deberán valorarla tomando en cuenta el precio genérico que la misma tuviere en el mercado; y en uno y otro caso expresarán en su dictamen los antecedentes, hechos y circunstancias en que fundan sus valoraciones (Arts. 175 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 234 del Código Federal de Procedimientos Penales).

G) Importancia del Concepto de Apoderamiento, consumación y tentativa.

La acción típica en el robo está expresada en la ley con el término "apoderarse" y para los efectos de la aplicación de la pena según dicta el Art. 369, "se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada: aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella". De lo anterior se desprende que el delito de robo encuentra su expresión objetiva en la pura conducta del sujeto, con independencia de un resultado material inexistente en la descripción típica. La conducta consiste en aquella actividad expresada voluntariamente mediante el "apoderamiento" de la cosa ajena mueble, acción que constituye al decir de Maggiore uno de los pun--

tos más delicados de la dogmática y por tanto uno de los más controvertidos.

El término apoderamiento expresa la acción del sujeto, el movimiento corporal que este realiza, voluntariamente -- con el fin de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material, concreto integradores de un hecho de naturaleza causal en el cual la actividad humana sea condición.

Existen cuatro teorías acerca del momento consumativo del robo.

a) Teoría de la contrectatio o del tocamiento.

De acuerdo con esta teoría el robo se consume apenas -- el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir cuando hay -- aprehensión de ella. Con respecto a esta teoría podemos -- decir que en los delitos contra la propiedad o posesión se requiere de una cierta efectividad de disposición cuando me nos en potencia por lo que la fase de mera contrectatio no es bastante para que se consume el delito.

b) Teoría de la Amotio.

Esta doctrina, dice Núñez, hace consistir la acción -- material del hurto en la amotio de la cosa ajena, esto es, -- en su remoción del lugar donde se encuentra y requiere el -- resultado consecutivo a la acción del ladrón, de que la co-

sa sea movida de un lugar a otro.

Para Carrara, su principal sostenedor, el acto consumativo no radica en llevar la mano sobre la cosa ajena -- sino en el evento ulterior en la consecuencia de la acción la cual constituye el resultado en el delito, esto es, la remoción de la cosa de un lugar a otro, integrante de la violación del derecho de posesión. Argumenta el citado jurista que si el delito se consuma, ya no con el -- acto señalado de llevar la mano sobre la cosa ajena sino, con el resultado de esa acción y que consiste en que la cosa haya sido removida de un lugar a otro, remoción que constituye el evento consumativo, así el hurto deja de ser un delito formal y se transforma en un delito material, -- radicando su esencia en ser una violación a la posesión -- ajena.

c) Teoría de la ablatio.

Esta teoría para algunos autores viene a completar -- la teoría de la amotio, por considerarse que esta era insuficiente por no determinar el lugar ad quem de la remoción, exigiéndose que la cosa fuera quitada a su poseedor, cabe decir que la ablatio, parte de la consideración de que -- deben distinguirse dos momentos en la remoción de la cosa:

1.- La aprehensión de ella y 2.- Su traslado del --

lugar en que se hallaba a otro diverso (terminus ad quem).

La doctrina de la ablatio dice Fontan Balestra es una variante de la teoría de la amotio, en cuanto agrega a la exigencia de la remoción de la cosa, el que esta implique su traslado fuera del lugar de la aprehensión" o de la "esfera de custodia"

d) Teoría de la Illatio.

Esta teoría de antiguo origen da por consumado el robo cuando el agente ha trasladado la cosa al lugar que previamente le tenía designado poniendola en seguridad.

¿Cuál es el criterio correcto?.

Eusebio Gómez hace notar que el concepto apoderamiento (usado por el art. 162 del Código Argentino) ha sido -- largamente discutido de antaño y que no es el simple apoderamiento constituido por la remoción de la cosa mueble, -- pues el hurto para serlo requiere el animus rem sibi habendi.

Juan P. Ramos remontándose al Código Penal Italiano - de 1889 concretamente a la "relación del Proyecto", se permite observar que el término apoderamiento" fué una fórmula conciliatoria que desecho, por formalistas, las teorías de la ablatio y de la amotio pero que no aceptó tampoco la de la simple remoción, adaptándose el criterio de que tal-

remoción debía necesariamente constituir una transferencia al poder de otro, pero al momento de expresar una opinión propia, vacila y concluye que no es posible una fórmula precisa. Por su parte Soler opina que "en este punto debe -- atenderse no sólo al animo de apoderarse, sino al hecho de poder hacer actos dispositivos. Mientras esto no ocurre no parece que el hurto este consumado".

Fontán Balestra estima que el verbo "apoderarse" supone algo más que tomar la cosa y aun trasladarla; supone que el autor "se proponga hacer suya la cosa y correlativamente desposecionar de ella a la víctima", termina por considerar ineficaz a los criterios clásicos arguyendo la aplicación alternativa de uno u otro en la jurisprudencia, de manera que en la práctica "en lugar de aplicar la doctrina al caso, se busca la teoría más conveniente al caso, con lo que no se hace otra cosa que eludir el problema que se mantiene -- siempre en pie".

Pavón Vasconcelos considera que hay apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o del poseedor para entrar en la esfera de acción del ladrón ó como -- dice Núñez hay consumación de apoderamiento del ladrón esto es del hurto cuando hay desapoderamiento del perjudicado -- una vez que el apoderamiento otorga la potestad dominical al aprehensor, la perfección consumativa es total.

En resumen la importancia del concepto de apoderamiento radica en que este es el núcleo del tipo, el elemento necesario para que el robo se configure.

Consumandose cuando se integran los elementos de este delito. En realidad, al estudiar el problema relativo al apoderamiento a que se refiere el artículo 367 del Código Penal, se está refiriendo a la consumación. Debemos recordar, que la consumación corresponde a la última etapa del inter-criminis.

La Suprema Corte de Justicia ha dictado numerosas ejecutorias sobre la consumación en el delito de robo, determinando cuando debe darse por realizado el apoderamiento, sin olvidar que a este respecto son diversos los criterios que sustenta ese alto tribunal, refiriéndose unas veces al artículo 367 y otras al artículo 369 del Código Penal, aludiendo el primer precepto señalado a la expresión: "el que se apodera"; y el segundo: "se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella".

TENTATIVA

Este momento del inter-criminis, se encuentra entre -- los actos preparatorios y la consumación.

La tentativa la dividen en inacabada, acabada e imposible. En la primera se da comienzo a la ejecución y no se

realizan todos los actos ejecutivos por causas ajenas a la -- voluntad del agente. En la acabada, se realizan todos los -- actos de ejecución. Y no se consuma el delito igualmente por causas ajenas a la voluntad y por último, la tentativa impo-- sible se presenta por la falta de objeto jurídico, material - o porque los medios no son idóneos.

Por lo que respecta a la legislación mexicana, la ten -- tativa se encuentra reglamentada en su artículo 12 del Código Penal, en el sentido de que, "la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o indirectamente a la -- realización de un delito, si éste no se consuma por causas -- ajenas a la voluntad del agente".

Unos penalistas consideran que en el artículo 12 antes -- mencionado, se reglamenta la tentativa inacabada, acabada e -- imposible. Otros en su mayoría son de opinión de que al artí -- culo 12 interpretado a contrario sensu, únicamente se refiere a la tentativa acabada e inacabada.

Nosotros pensamos que en el delito de robo, pueden darse las tres tentativas antes mencionadas, o sea, la inacabada, - acabada e imposible. A este respecto, Pavón Vasconcelos esti -- ma que "en el robo como en cualquier otro delito en que la -- ejecución requiera de un inter, un proceso ejecutivo, se puede presentar la tentativa, en cualquiera de sus formas: acabada, inacabada e imposible.

Nuestro más alto tribunal admite el robo en grado de - -

tentativa, como se desprende de las siguientes ejecutorias: "De las constancias procesales se concluye que el acusado - subió a la azotea de un local comercial y quitando el traga luz, penetró al mismo y al ser descubierto por la policía, - confesó que se proponía robar, siendo ello corroborado por otros elementos de convicción, se tipifica el delito de robo en grado de tentativa, y ante la ausencia de datos para determinar el monto se está en el caso de imponer la pena - señalada por el último párrafo del artículo 371 del Código Penal (31). "Si el acusado ejecutó hechos encaminados directa e inmediatamente al apoderamiento de una cosa ajena, - mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien podía disponer de ella conforme a la Ley, no consumándose dicho apoderamiento por causas ajenas a su voluntad, es indudable, - que con tales elementos está probado en el caso, el delito de robo en grado de tentativa". (32).

En cuanto a la penalidad el artículo 63 del Código Penal, establece, que "a los responsables de tentativas punibles se les aplicará a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en -- contrario". Y el artículo 371 del mismo ordenamiento penal determina que, "en los casos de tentativa de robo, cuando - no fuere posible determinar su monto, se aplicará de 3 días a 2 años de prisión.

(31) Boletín de 1962.p.432.

(32) Seminario Judicial de la Federación Tomo LXXX.pp. 5204 y 2690.

C A P I T U L O VI

EL DELITO EN ABUSO DE CONFIANZA

- 18.- Historia
- 19.- El abuso de confianza en el Derecho Mexicano
- 20.- Elementos del delito de abuso de confianza
 - a) La disposición
 - b) El perjuicio
 - c) Objeto en que recae el delito
 - d) Que se haya transferido la tenencia y no el dominio.
- 21.- La determinación del objeto jurídico específico del abuso de confianza.
- 22.- El objeto material
- 23.- Sujetos de este delito
 - a) Sujeto activo
 - b) Sujeto pasivo
- 24.- Presupuesto material del delito de abuso de -- confianza.
- 25.- Concepto de posesión en el orden penal.
- 26.- Resumen
 - a) Prescripción
 - b) Elemento material
 - c) Elemento consumativo
 - d) La negativa de restituir cuando constituye defraudación.

18.- Historia.

Las diversas conductas que el Código Penal ha calificado de abuso de confianza y que son el objeto del Art. -- 382, no tenían esa clasificación ni en el Derecho Romano, ni en el derecho antiguo. Algunos considerados simplemente como hechos de dolo civil no eran objeto de ninguna pena; pero otros estaban comprendidos en la clasificación -- general de robo aunque no presentasen las características especiales de este delito.

En el Derecho Romano dentro del género vastísimo del furtum y con el progreso gradual de la civilización, se -- fueron desprendiendo, hechos constitutivos de lo que hoy -- llamamos "abuso de confianza" y que en la legislación italiana se ha denominado "apropiación indebida", que implica, en verdad, una apropiación indebida que se lleva a cabo mediante el abuso de confianza que el sujeto pasivo deposita en el delincuente.

Las Doce Tablas prevenían los casos de abuso de confianza aun cuando siempre dentro de la figura genérica del furtum y dicha ley Romana consideraba culpable de esta clase, por ejemplo; al comisionado que había empleado para su uso personal el dinero que le había sido confiado para remitir a un tercero; el depositario que se servía del objeto del depósito; al prestamista que hacía uso de los efec-

tos que le habían sido dejados en prenda, etc.

La antigua jurisprudencia y las decisiones de las Institutas reconocen que estos diversos fraudes constituyen una especie particular de robo.

Durante la Edad Media, influenciada por el Derecho Romano, no encontramos ninguna diferencia sustancial, manteniendo sin modificación el concepto de furtum.

"El derecho germánico señaló una evolución del delito con la distinción entre el "hurto propio" y el "hurto impropio", determinada con el propósito de mitigar en algunos casos las severísimas penas con que se reprimía el hurto, más graves a veces que las estatuidas para el homicidio. En principio, se tomó como criterio distintivo de ambas categorías la preexistencia o no de una especie de posesión en el culpable, reservándose la denominación de hurto impropio" para la situación en que el culpable se hallaba en poder de la cosa ajena, generalizándose luego la designación de "hurto propio" en los casos en que "contrectare rem contra domini voluntatem" y de "impropios" cuando la

cosa fuese "accepta a dominio, uti aliter quam conventium esset". El abuso de confianza y la estafa -- "stellionatus" pasaran entonces a formar parte del -- "furtum impropium". (33).

El abuso de confianza hasta ahora comprendido -- dentro de los casos de robo, obtiene por vez primera una configuración propia en la Revolución Francesa en la Ley del 29 de septiembre de 1791, bajo el título -- de "L'abus de confiance".

Se distinguen por la naturaleza de los hechos -- que los constituyen, por el peligro menos directo con que amenazan la propiedad, por la criminalidad menos-intensa de los agentes. Lo que caracteriza el robo -- es la apropiación; la cosa es quitada por la astucia -- o por la violencia de manos de su poseedor. El abuso de confianza, supone, al contrario, que la cosa se encuentra legítimamente en manos del agente, él la tiene con el consentimiento del propietario, no emplea -- ni la astucia ni la violencia para conseguirla.

(33) J. Ure Ernesto Op. Cit. Pág. 16.

Al autor del delito de abuso de confianza no se le puede imputar premeditación, puesto que no ha podido pensarlo, ni la audacia de la ejecución, ya que no ha hecho sino apropiarse de los efectos que le han sido confiados. Su acción revela más falta de fuerza de voluntad que verdadera inmoralidad. Su falta no altera el orden público, no es de aquellas que se pueden prevenir, no se manifiesta por ningún hecho exterior y es por estos motivos que la mayor parte de los hechos calificados ahora de abuso de confianza fueron considerados por mucho tiempo en la clase de dolos civiles que sólo daban lugar a acciones de daños y perjuicios.

Hemos visto ya por qué el abuso de confianza debe ser estudiado en un capítulo aparte del destinado al delito de robo; ahora haremos notar sus diferencia con el fraude, siguiendo lo expuesto por el Maestro González de la Vega. - - "Por su parte, el abuso de confianza se distingue del fraude en que el abusuario obtiene lícitamente sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios; su actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición. El autor del fraude recibe la cosa como resultado de su engaño sa actividad; su dolo es anterior a la posesión y es causa de ésta". (34).

19.- El abuso de confianza en el derecho mexicano.-

(34) González de la Vega Fco. Op.cit. Pág.151.

La exposición de motivos del Código de 1871 explica que, hasta esa fecha y de acuerdo con el sistema español el abuso de confianza no tenía en nuestras Leyes otro carácter que el de circunstancias agravantes y la comisión, inspirándose en el Código Francés, lo erigió, en el nuevo ordenamiento, en delito especial.

El texto original del artículo fué el siguiente:

"El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o, en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de un contrato que no le transfiera el dominio, sufrirá la misma pena, que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría, si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia".

El decreto de 26 de Mayo de 1884 lo reformó así:

"El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga de todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, que haya recibido en virtud de alguno de los contrato de prenda, mandato, depósito,

alquiler o comodato, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se impondría si hubiera cometido un robo sin violencia.

Posteriormente y por Decreto de fecha 5 de septiembre de 1896, el artículo quedó redactado en la siguiente forma:

"El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga de todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler o comodato y otro de los que le transfieren el dominio, sufriera la misma pena que, - - atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia".

La comisión revisora del Código de 1871 acordó reformar el último texto citado, en estos términos:

"El que dolosamente y con perjuicio de otro disponga de todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento -- que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual -

se le haya transferido la tenencia y no el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del -- caso y las del delincuente, se le impondría si hubiere -- cometido en dichos casos un robo sin violencia".

El Código de 1929 adoptó la siguiente redacción:

"Al que, con perjuicio de tercero disponga, para sí o para otro, en todo o en parte, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o -- transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le aplicará la sanción que, atendidas -- las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiere cometido en dichos casos un robo sin violencia".

En el Código de 1931, el precepto relativo aparece -- en esta forma "Se aplicará prisión de tres días a seis -- años, y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con per-- juicio de tercero, disponga para sí o para otro, de una -- cantidad de dinero, en numerario, en billetes de banco -- o en papel moneda, de un documento que importe obligación o transmisión de derecho, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio.

La comparación de estos varios textos permite observar que, a través de las transformaciones sufridas por el precepto original, el abuso de confianza ha conservado en nuestro derecho la fisonomía que tiene en la doctrina y en las leyes francesas.

20.- Elementos del delito de abuso de confianza.-

Los elementos del delito son: I.- La disposición para sí o para otro; II.- El perjuicio; III.- Que la disposición recaiga en cosas muebles o en documentos que importen obligación, liberación o transmisión de derecho; IV.- Que se haya transferido al agente la tenencia de esas cosas y no el dominio". (36).

Estas cuatro reglas que no son sino el análisis textual del artículo, forman los elementos esenciales del delito que no puede existir, sino cuando se aplican a la vez sobre el mismo hecho.

a).- La disposición.

El primer elemento del delito es la disposición del bien. El artículo 382, se ha servido de esta palabra disposición para hacer ver que cualquier forma que el depositario haya usado para apropiarse la cosa depositada constituye un delito; disponer es una expresión genérica que abarca todos los casos que pueden presentarse. Es en efecto, -

(36) González de la Vega Fco. "Derecho Penal Mexicano" - - Tomo II, Pág. 153, Op. Cit.

en el hecho de apropiarse la cosa, en lo que reside la disposición ya sea que el agente la conserve para sí mismo, - ya sea que disponga de ella en beneficio de otra persona, - ya sea que le dé un empleo cualquiera contrario a lo estipulado en el contrato, actuado como propietario.

El artículo 382 no exige, para constituir el abuso de confianza, sino que el inculpado haya tenido la intención de apropiarse del objeto que le ha sido confiado, o que de él haya sacado provecho personal que sea suficiente para - que la disposición haya sido en perjuicio del propietario, poseedor o detentador del objeto apoderado.

En términos generales no hay delito cuando el hecho - material no está acompañado de intención de dañar. Esta - regla se aplica necesariamente al abuso de confianza por- que ¿cómo concebir el abuso sin intención de dañar?, ¿cómo el agente podrá abusar de la confianza del depositante, si ha actuado de buena fé?.

Es necesario distinguir cuidadosamente en este asunto, la inejecución del contrato y el dolo: la primera dá lugar a una acción civil; el dolo puede motivar la acción penal. No es suficiente el hecho material de disponer de las cosas confiadas, para que la jurisdicción penal intervenga, - es necesario establecer que el agente ha dispuesto de las cosas en perjuicio de los derechos del depositante y con - deseo de dañarlo; es esta voluntad culpable, lo que consti

tuye el delito de abuso de confianza.

El artículo 394 del Código Penal establece: (Ilegítima retención de una cosa). Se reputa como Abuso de Confianza- 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 está disponga de la misma conforme a la Ley.

Dice el Maestro González de la Vega "Insistimos en - - que la disposición implica un acto de apropiación. Obrar - como si se tuviera el dominio del bien porque no toda ex -- tralimitación del agente es constitutiva del abuso de con- fianza. Garraud dice: "se comete una confusión cuando se - busca el delito en el acto transmisor de la tenencia, por - que el abuso no es sino una violación del derecho de propie- dad".

Más adelante agrega el Maestro González de la Vega: -- "cualquiera que sean los términos usados por las diversas - legislaciones, todas ellas se refieren a aquellas activida- des atentatorias en que el tenedor provisional se adueña de hecho del bien; es decir, procede con él como si tuviera su dominio para enajenarlo en todo o en parte, a gravarlo o -- detenerlo injustamente".

"Las simples violaciones contractuales efectuadas por el que tiene la cosa, cuando no dan por resultado un movimiento de apropiación en la forma -- que dejamos establecida, no son constitutivas de -- abuso de confianza.

(37) González de la Vega Fco. Op. Cit. Pág. 155 y 156.

La defraudación típica que se describe en el artículo 382 del Código Penal, es un delito instantáneo que se consuma con la apropiación (*animus domini*). Desde ese momento empieza a correr el término de la prescripción. Según el art. 107 del Código Penal, la acción se extingue "en un año contado desde el día que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, independientemente de esta circunstancia".

La apropiación elemento material característico del delito enunciado en el artículo 382 del Código Penal, debe resultar de hechos concretos objetivos, indudables, que -- revelan el "*animus rem sibi habendi*" del agente.

b) El perjuicio.

Llegamos a la segunda condición prescrita por el artículo 382 para que haya delito; que esa disposición para sí o para otro haya sido cometida en perjuicio del propietario, poseedor o detentador.

Este perjuicio radica en la disminución de los bienes o derechos del sujeto pasivo, motivada por la apropiación que de ellos se ha hecho el agente.

Resulta de esta regla, que no hay delito cuando no -- hay perjuicio causado y que por consiguiente la restitución, aun después del uso momentáneo le impide existir.

c) El objeto en que recae el delito.

El tercer elemento enunciado por el artículo 382 dice: que la disposición debe ser de: "una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o cualquier otra cosa ajena mueble".

El abuso de confianza puede aplicarse a los objetos -- muebles corporales y a ciertos objetos muebles incorporales, en cuanto que son representativos de derechos.

d) Que se haya transferido la tenencia y no el dominio.

Que se haya transferido al agente la tenencia y no el dominio, es el cuarto elemento que encontramos en el artículo 382. Consiste éste en que los objetos hayan sido remitidos previamente al agente a título de simple tenencia con el cargo de restituirlo o de hacer de ellos un uso o empleo determinado; es decir, para el fin que le fué remitido.

Aunque el Código vigente no menciona los contratos en forma directa, por ser imposible hacer una enumeración de éstos, sí quedan comprendidos dentro de los amplios términos del texto legal.

El Lic. González de la Vega cita a este respecto las palabras de Miguel S. Macedo: "Sin embargo, este último --

inconveniente, (el de la duda) desaparece con el hecho de que en esta disposición consta expresamente que el fin de la Reforma no es el de excluir caso alguno de los que actualmente comprende (el art. 407 del Código Penal de 1871), sino por el contrario hace que comprenda todos aquellos en que haya entrega de una cosa mueble sin transmisión -- del dominio, aunque sea discutible si ha mediado o no con trato. (38).

El abuso de confianza no es punible sino en los casos que la Ley previene expresamente y bajo las condiciones que ella prescribe. Estas condiciones son formuladas en el artículo 382, que exige, como primer elemento la -- disposición para sí o para otro, en segundo lugar que esa disposición haya sido cometida en perjuicio del propietario, poseedor o detentador; el tercer elemento que la dis posición recaiga sobre bienes muebles o en documentos que importen obligación, liberación o transmisión de derechos y el cuarto elemento, la acción de transferir al agente - la tenencia y no el dominio con la obligación de restituir lo o de hacer un uso o un empleo determinado. De la - - reunión de estos cuatro elementos distintos se forma el -- delito y es necesario que el juez los verifique antes de -- dar la condena, porque en su defecto, la condena no ten -- dría ninguna base, el Juez castigaría tal vez un acto - -- fraudulento, pero no podría probar que ese acto es el deli to que la Ley ha previsto como abuso de confianza.

21.- La determinación del objeto jurídico específico del abuso de confianza.

El patrimonio de una persona puede estar constituido por un conjunto de bienes: determinar cual es el bien - - afectado con el abuso de confianza es un problema largamente discutido, y sobre el cual no se ha llegado a un -- acuerdo. Sin embargo, es en la propiedad, donde la mayoría de los juristas creen encontrar el bien que la Ley -- tutela con la incriminación del delito de abuso de confianza.

Tal opinión no puede aprobarse, porque si bien es -- cierto que en unos casos es la propiedad el bien jurídico lesionado con el abuso de confianza, también es cierto -- que en otros son distintos los bienes lesionados. Por lo tanto, al no ser la propiedad un elemento constante, no - podemos designarla como objeto jurídico del abuso de confianza.

En su libro "El delito de apropiación indebida" Ernesto J. Ure, pone un ejemplo que aclara lo anterior: "Una cosa de propiedad de A. puede haber sido entregada en - - prenda a B. y éste a su vez dársela en depósito a C, ---- quien se la apropia o la reintegra al propietario A, ---- quien en tal hipótesis no habrá sufrido lesión patrimonial alguna. El derecho lesionado por la conducta de C, - es sin duda alguna el del acreedor prendario B". (39).

Queda demostrado de esta manera que la propiedad, por no ser un elemento constante, no puede calificarse de objeto jurídico específico.

Tenemos entonces que buscar cual es ese elemento invariable.

Rocco, afirma que en la interpretación de la Ley Penal encontraremos el elemento constante que vendrá a ser objeto jurídico que buscamos. En efecto, el exámen del artículo 382, del Código Penal vigente nos proporciona el elemento invariable del abuso de confianza.

En el hecho de que se transfiere la tenencia y no el dominio, está implícita la obligación de restituir.- Este elemento, si es constante e invariable, sea quien fuere el titular del derecho a la restitución; es decir, el derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa.

Resumiendo, diremos que en el derecho a la restitución reside entonces, la objetividad jurídica específica del abuso de confianza.

22.- El objeto material.

En el enunciado del texto legal encontramos el objeto material; las cosas muebles corporales, tales como el dine

nero en numerario o en papel moneda y las cosas transportables; y las cosas muebles incorporales en cuanto a que son representativas de derechos.

23.- Sujetos de este delito.

a) Sujeto activo.

Dice Ernesto J. Ure que el sujeto activo o agente es-- la persona física que comete el delito como autor principal o participa en cualquier grado.

En el delito de abuso de confianza puede ser sujeto -- activo o agente; cualquier tenedor de la cosa ajena recibida por título no translativo de propiedad.

El agente de este delito es el obligado a restituir -- la cosa ajena en el momento oportuno, o a darle el destino convenido.

El propietario no puede ser sujeto activo del delito de abuso de confianza aún cuando no cumpliera la obligación de entregar la cosa. (40).

b) Sujeto Pasivo

Para determinar cual es el sujeto pasivo, debemos relacionarlo con el problema de la determinación del objeto-específico del delito.- "El delito ofende y la ley tutela

(40) J. Ure Ernesto Op. Cit. Pág. 43.

un determinado interés y es el titular de ese interés y no otro el verdadero sujeto pasivo del delito". (43).

"Si aceptamos que el interés violado por la apropiación es el derecho a la restitución o al uso determinado, el titular de ese derecho sera siempre el sujeto pasivo". (44).

24.- Presupuesto material del delito de abuso de confianza.

El presupuesto material del delito de abuso de confianza, es la tenencia. La relación material del agente con la cosa debe ser anterior a la acción que lo consuma. Es decir, el agente y la cosa deben tener relación anterior al delito, constituyendo así su presupuesto material.

Hasta aquí hemos hecho un estudio doctrinal del delito de abuso de confianza y, al llegar a la determinación del presupuesto material, surge esta pregunta: ¿Cuál es el verdadero vínculo jurídico que se ha creado entre la persona y la cosa ajena, o dicho en otra forma, ¿Cuál es la relación posesoria creada: posesión o tenencia?.

25.- Concepto de posesión en el orden penal.

Tratándose de aquellos delitos que nuestras leyes llaman "Delitos en contra de las personas en su patrimonio",-

(41) Petrocelli: "L'appropriazione indebita", Pág. 150 Cita J. Ure Op. cit. Pág. 48.

(42) J. Ure Ernesto Op. cit. Pág. 48.

la jurisprudencia francesa de manera general se inspira - en la teoría subjetiva de Savigny acerca de la posesión, - que distingue tres situaciones diferentes: la posesión, - propiamente dicha; la posesión precaria y la simple deten tación material de la cosa.

El abuso de confianza y el fraude son delitos que el derecho moderno, como ya hemos visto, ha desprendido del robo. La naturaleza jurídica de estos tres delitos se -- desentraña, no del concepto de la propiedad, sino de la - n ción arcaica de la posesión, según se ha dejado enten-- der en párrafos anteriores.

El concepto actual de la posesión comprende la "po-- ssessio" y la "quasi-possessio" del derecho romano. Como manifestación de un derecho y medio de exteriorizarlo, se aplica a todos los derechos y llega a confundirse, por lo menos objetivamente, con los actos que en cierta forma -- sintetizan el ejercicio de tales derechos, los cuales se posee ejercitándolos.

Para el objeto de estas observaciones relativas al - delito de abuso de confianza, se debe prescindir de la -- "possessio juris" y entender por posesión la "possessio - rei" y reconocer las tres situaciones que distingue Savig ny.

De los dos elementos de la posesión, uno físico -- "corpus" o detentación y otro mental "animus" o voluntad, el segundo es según la expresión de Garçon:

"La voluntad de comportarse con respecto a la cosa, como lo haría un propietario que obrare por sí y por cuenta propia: ánimo de poseer o detentar para sí una cosa -- (animus rem sibi habendi) o ánimo de propiedad (animus -- domini)".

El verdadero poseedor reúne en sí mismo el "corpus" y el "animus". El poseedor precario posee por virtud de un título que excluye toda pretención personal a la propiedad; posee en nombre de otro.- Así, por ejemplo en la posesión derivativa, el acreedor adquiere la "possesio ad interdicta" mientras el autor la conserva "ad usucapionem".

El detentador tiene materialmente en su poder la cosa, pero sin pretensión de ejercer sobre ella derecho alguno por sí o por cuenta de otro.

Jurídicamente un objeto mueble puede encontrarse en poder de una persona "justa causa possidendi", quiere decir por tradición, o "invito dominio", esto es, sin conocimiento y aun contra la voluntad de su dueño. En el último caso podemos distinguir dos situaciones: el poseedor ha puesto a sí mismo en posesión o bien ha recibido la cosa.

Siempre tratándose de muebles, la Ley Penal no distingue entre el poseedor de buena y el de mala fé. La transmisión de la posesión se opera aun cuando el que de ella se desprende lo haga por efecto de maniobras fraudulentas puestas en juego en contra suya, pues aun así el desprendimiento es voluntario y hay tradición de la cosa.

El poseedor precario puede tener el ánimo de intervertir esa posesión precaria de la cosa que le ha sido confiada y si esa voluntad llega a manifestarse por un acto material, se crea "ipso facto" el delito de abuso de confianza.

Aquel que, deseando adquirir la posesión de una cosa, la obtiene por medio de engaño, de maquinaciones o artificios o bien aprovechando el error del poseedor verdadero, consuma un fraude.

El robo es la usurpación "invito domino" de la posesión verdadera, en sus elementos concomitantes del "corpus" y del "animus" y el abuso de confianza, presupone que la cosa ha sido anteriormente confiada al agente, quien, por este hecho, ha adquirido una posesión precaria que excluye toda pretensión personal a la propiedad e implica el reconocimiento del derecho de un tercero.

Este poseedor que tiene el "corpus" más no el "animus" no puede realizar una usurpación de la posesión que voluntariamente le ha sido transmitida. Pero, en un momento dado, puede abrigar la voluntad de comportarse como propietario y aun manifestar esa voluntad por medio de actos materiales.

Tal poseedor no conseguirá, por el sólo hecho de su -- voluntad, convertirse en propietario, puesto que la naturaleza misma del título de su posesión se lo impide; pero, si ha podido intervertir esa posesión en una posesión, "animo-domini", Su pretensión será jurídicamente irrealizable, -- pero su comportamiento ofrecerá toda la apariencia de un -- propietario con actos de goce, de uso y de disposición.

El acto material de la interversión de la posesión puede consistir en un acto jurídico de disposición o en una -- apropiación "in corpore". De ahí que exista el delito cuando el deudor fiduciario vende la cosa, la regala o la empeña o grava y también cuando la retiene con mira a una apropiación directa o cuando la destruye; ésto último, supuesto que el ejercicio del "jus abutendi" es una de las manifestaciones más enérgicas del ejercicio del dominio.

Nuestro Código Penal vigente prevee las dos situaciones. El artículo 382 emplea los términos "disposición para sí o para otro", que comprende el acto del poseedor precario de transformar en posesión "animo domini", la posesión--

precaria que tiene de la cosa confiada y se manifiesta - por actos de disposición jurídica. El artículo 383 alude a la "simple retención de la cosa recibida, con el fin de apropiársela", quiere decir, aquella que se traduce en -- apropiación "in corpore".

En nuestro derecho, es poseedor de una cosa el que - ejerce sobre ella un poder de hecho (Código Civil, art. - 790,)salvo que la cosa esté en su poder en virtud de una- situación de dependencia con respecto al propietario de - esa cosa (art. 793). De acuerdo con la disposición primeramente citada, "posee un derecho el que goza de él".

Cuando en virtud de un acto jurídico, el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u- otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. - El que posee a título de propietario tiene una posesión - originaria, el otro, una posesión derivada (art. 791).

En la compra-venta, la entrega de la cosa vendida -- puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida o del - - título, si se trata de un derecho.

Hay entrega jurídica cuando aun sin estar entregada materialmente la cosa, la Ley la considera recibida por el comprador (art. 2284).

Lo mismo en la compra-venta civil que en la mercantil, desde el momento en que el comprador acepta que la cosa o las mercancías vendidas queden a su disposición, se le tiene por virtualmente recibido de ellas y el vendedor queda con los derechos y obligaciones de un depositario (Código civil, art. 2284; Código de Comercio, art. 378).

El artículo 382 del Código Penal, que define el abuso de confianza, habla de la disposición de la cosa de la cual "se ha transferido la tenencia" al agente.

Por el texto de las disposiciones legales relativas a la compra-venta civil y mercantil que antes citamos, sabemos que la cosa vendida se considera recibida por el comprador a virtud de una entrega jurídica que se realiza desde el momento en que el comprador acepta que la cosa queda a su disposición. No hay necesidad de que el comprador realice un contacto material con la cosa. Si ella queda en poder del vendedor, por ese sólo hecho y el expreso mandato legal, éste adquiere la calidad de "depositario", según el Código Civil, o de "simple depositario" como le llama el Código de Comercio.

No se trata de un constituto posesorio, de una custodia de cosas ajenas o de un depósito tácito. Es el caso de un depósito específicamente previsto y reglamentado por la Ley, la cual deja al vendedor "sólo los derechos y obligaciones de un depositario".

Quiere decir que, desde el momento que la cosa jurídicamente recibida por el comprador queda en poder del vendedor, éste adquiere la posesión directa e inmediata de la cual se desprende el comprador quien, por un acto jurídico transfiere al vendedor, convertido en depositario, la "tenencia" de la cosa.

Esta tenencia, lo mismo para la doctrina subjetiva que para la teoría realista, resulta significativa de toda posesión que no sea la que corresponde al propietario.

Cabe insistir que la palabra "tenencia" que emplea nuestra Ley Penal debe entenderse, no como una mera ocupación corporal de la cosa, sino como un estado jurídico que rige respecto del agente del delito, esa cosa, y su poseedor verdadero que, en la compra-venta, es el comprador.

La expresión que usa la misma Ley de "tenencia transferida" no implica necesariamente la movilización de la cosa, sino puramente la modificación jurídica de las condi

ciones que rigen respecto a la cosa.

Así pues, el vendedor que habiendo conservado en su poder la cosa vendida, dispone de ella como dueño, no comete un robo sino un abuso de confianza.

En efecto, dicho vendedor queda investido, por mandamiento legal con el carácter de depositario de la cosa vendida y, cuando la retiene en poder suyo, es a virtud de una posesión derivada que excluye la posibilidad de una -- usurpación de la posesión, característica del robo.

Por ejemplo, no comete un robo y sí abuso de confianza, el comerciante que sustrae cierta cantidad de vino del barril que tiene vendido, el dueño de un giro de hotel que sustrae algunos muebles de la negociación que ha enajenado y el vendedor de café que, después de haberpasado lo vendido, retiene para sí una parte de él.

26.- Resumen

a) Prescripción.

Los ejemplos típicos de defraudación que acabamos de describir pertenecientes al delito de abuso de confianza, se consuman con la apropiación "animus domini", y desde ese momento empieza a correr el término de la prescripción.

b) Elemento material

La apropiación, elemento material característico del delito enunciado en el artículo 382 del Código Penal, debe resultar de hechos concretos que revelen el "animus -- rem sibi habendi" del agente.

c) Momento consumativo.

Con la apropiación "animus domini" quedan integradas todos los elementos del delito de abuso de confianza.

d) La negativa de restituir cuando constituye de -- fraudación.

La negativa de restituir es uno de los medios para -- consumir la apropiación, pero para que ésta negativa cons -- tituya la defraudación prevista en el artículo 382 del --

Código Penal, es necesario que vaya acompañada por el pro
pósito indudable de apropiación, que debe resultar de he--
chos concretos que manifiestan el "animus rem sibi habendi"
del sujeto activo.

C A P I T U L O VII

EL DELITO DE FRAUDE

- 27.- El dolo civil y el dolo criminal.
- 28.- Historia.
- 29.- Elementos generales del fraude
 - a) Un perjuicio patrimonial
 - b) El ánimo de lucro
 - c) El engaño.

La esencia del fraude es el engaño, es decir la alteración de la verdad. Esta alteración, esta actitud engañosa, frecuentemente se presenta en materia de obligaciones civiles, planteándose por esto un problema que mucho se ha discutido. Existen en efecto, dos especies de dolo que se pueden llamar dolo civil y dolo criminal, según la acción a la que pueden dar lugar.

27. El dolo civil y el dolo criminal.

El dolo civil comprende en general todos los artificios que, reprochables sin duda por ellos mismos, son sin embargo, empleados menos con la mira de dañar a otros que con el deseo de servir los intereses de aquel que los use.

Es dentro de esta clase, donde es necesario colocar los actos simplemente mentirosos, las simulaciones en los contratos, la exageración del precio o de las cualidades de la cosa vendida. La Ley Penal no presta atención a esta especie de dolo, a pesar de su inmoralidad, no solamente porque es fácil de defenderse, sino porque toda tentativa o represión perjudicaría la seguridad de las convenciones.

El dolo criminal no se manifiesta solamente por la simulación y los artificios; emplea maniobras culpables, tiende trampas, busca la manera de engañar; no tiene nada más que una mira que es dañar los intereses de otro.

En una época se empleo la palabra "dolo" aplicada -- igualmente al dolo civil y al criminal, pero posteriormente se han tratado de precisar los hechos característicos del dolo criminal, y con esto queda anulada toda suposición de que un delito de fraude existe sólo porque hay intención de engañar.

El dolo no puede ser incriminado en el sistema del - Código Penal sino en los casos en que se encuentre acompañado de los hechos y circunstancias que la Ley ha previsto.

El fraude, según la gramática nos dice Groizard quees "el acto de usurpar a uno lo que le toca de derecho".

Hemos visto que en la doctrina y en las legislaciones antiguas se aplicaba el calificativo del robo a infracciones que eran verdaderos fraudes. Posteriormente encontramos los elementos del delito de fraude que tiene con los - otros dos anteriormente citados, puntos de similitud y diferencia.

El fraude, el robo y el abuso de confianza coinciden en ser delitos encaminados a causar un perjuicio al poseedor por medio del apoderamiento ilegítimo de los bienes, - con la intención de un lucro indebido. Se diferencian encuanto a los medios utilizados para la consumación de su -

propósito; es decir, en el robo el apoderamiento se obtiene por la violencia o intimidación sobre las personas, o la fuerza en las cosas; en el abuso de confianza el apoderamiento resulta de la disposición de la cosa depositada, con el "animus rem sibi habendi" del agente, es decir, se apropia lo que le fué dado sin engaño, sino merced a la confianza inspirada. Y, en el fraude la apropiación se logra mediante la entrega voluntaria por el engaño, en que el agente mantiene al sujeto pasivo.

Se supone que el delito de fraude pertenece a etapas más avanzadas de la civilización, puesto que sustituye la fuerza y la violencia por la astucia y las artimañas, resultando de esta manera menos peligroso el atentado contra la persona del poseedor, pero habiendo mucho más riesgo para su patrimonio por las maniobras inteligentes de que puede hacerlo víctima el agente.

"Entre la civilización y la delincuencia, dice Groizard, hay interesantes correlaciones. A medida que el estado social progresa, cambian y se transforman los delitos. Concretándonos ahora a los que tienen por fin atacar el derecho de propiedad, no puede negarse que, según los pueblos van alcanzando una mayor cultura, los robos van poco a poco perdiendo los caracteres brutales y sangrientos con que casi siempre aparecen en las sociedades embrionarias o en los pueblos semisalvajes.

El ansia criminal por la posesión de lo ajeno, siempre subsiste en el fondo, pero varían los procedimientos para - - saciarla. Lo que podríamos llamar "masa" en la estructura del delito va disminuyendo. La astucia reemplaza la fuerza en la mayor parte de los casos. Se hurta, pero se roba menos y con menos trágicos estrépitos, conforme las costumbres van perdiendo sus primitivas rudezas. Y cuando una - nación llega, a la sombra de la paz y del imperio del bien entendido orden público, a alcanzar un grado envidiable de bienestar y prosperidad, a impulsos del fomento de la agricultura, extensión del comercio, adelantos de la industria y difusión de las ciencias, el mismo general desarrollo -- intelectual que todos esos grandes resultados engendran, - también es aprovechado por los malvados que sienten estimulado su ingenio para conseguir éxito de codicia, inventando maquinaciones, mentiras y fraudes con menos riesgos y más facilidades y en mayor escala que los que podrían -- prometerse utilizando los recursos propios de los robos y de los hurtos". (43).

28.- Historia.

El antecedente más remoto del fraude lo encontramos - en el llamado "crimen stellionatus" que viene a ser la base jurídica de este delito. En términos generales se llamó estelionato a todo acto engañoso, obscuro, realizado de manera no manifiesta, cuando no constituyera otro delito.-

En las Partidas encontramos una serie de hechos que más -- tarde han sido considerados como verdaderos fraudes.

El Código Penal de 1871 estableció una definición general de fraude en el artículo 413 "Hay fraude: Siempre -- que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél".

Las palabras "con perjuicio de aquél" implican que el engañado y el perjudicado sean la misma persona, no suce-- diendo siempre de esta manera.

El Código Penal de 1929 hizo modificaciones en cuanto a la nomenclatura, llamó al delito en general: estafa, designando así impropriamente el género por la especie.

En nuestro Derecho moderno encontramos en el artículo

(43) Groizard Op.cit.T.VI.Pág. 431 y 432.

386 del Código Penal lo que podría ser una definición general de fraude, aplicable a todos los casos contenidos en - dicho texto legal: el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante el engaño.

Nuestro Código Penal a diferencia de lo que sucede en muchos otros Códigos sigue el sistema de evitar la multi-- plicidad de figuras delictivas mediante el establecimiento de normas de mayor amplitud, en sus artículos 386, 387 y - 389.

El sujeto activo del delito de fraude puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es la persona que sufre el engaño, sin ser necesariamente la que sufre el perjuicio - patrimonial.

El objeto del delito es el conjunto de bienes susceptibles de ser valorados en dinero, abarcando tanto los bienes muebles como los inmuebles. En nuestro Código vemos - que la sustracción de la fuerza motriz es considerada como fraude.

29.- Elementos generales del fraude.

a) Un perjuicio patrimonial

El primer elemento del delito de fraude consiste en - que, se causa un perjuicio de naturaleza económica.

b) El ánimo de lucro.

Es menester que al apropiarse la cosa ajena, el agente tenga la idea de algún provecho ya sea personal o para un tercero, pues es casi imposible imaginar que nadie despoje a otro de sus bienes sin esa idea de lucro.

c) El engaño.

En tercer lugar es necesario que el perjuicio haya tenido como punto de partida un engaño consistente en inducir al sujeto pasivo a un error mediante la mutación de la verdad, utilizando una serie de artificios para que hechos falsos parezcan verdaderos.

Cuello Calón nos dice que no basta una conducta meramente pasiva respecto de las creencias y opiniones ajenas, es preciso la ejecución de hechos.

Momento consumativo del delito.

Se consuma el fraude en el momento en que el agente tiene a su disposición la cosa ajena. La tentativa la encontraremos cuando el agente ha empleado todos los medios engañosos para inducir a error a una persona sin que llegue a realizarse el apoderamiento.

C A P I T U L O V I I I

30.- Delimitación del delito de robo dentro del ámbito de los delitos destinados a proteger a las personas en su patrimonio.

- a) Robo y extorsión.
- b) Robo y fraude.
- c) Robo y Abuso de confianza.

Reformas al Código en cuanto al nuevo margen de la cuantía para efecto de la imposición de la pena en los delitos bajo el título de "Contra las personas en su Patrimonio".

El maestro Carrara en un intento de calificar estos delitos, los agrupa de la siguiente manera: Ofensas que se producen con: Avidéz de lucro y con ánimo de venganza. Estos y otros intentos de clasificación han fracasado debido a que los diversos delitos patrimoniales se diferencian por una serie de elementos y circunstancias insusceptibles ontológicamente, de ser encuadrados en una clasificación general, pues si bien tienen el mismo objeto jurídico en cuanto a que tutelan el patrimonio de las personas, las diferencias existentes entre unos y otros dependen de un notable número de elementos de variación índole, y la existencia -- autónoma de cada una de las figuras típicas patrimoniales -- obedecen a la necesidad de tutelar enérgicamente los diversos elementos que integran el activo patrimonial de las personas, frente a la creciente variedad de conductas antijurídicas que pueden lesionarle.

El problema como lo manifiesta el Maestro Jiménez Huerta (44) no es la clasificación o sistematización sino de delimitación y fijación de los perfiles y contornos típicos de cada delito patrimonial, quedando al descubierto cuando ello se logra el elemento activo del patrimonio que cada tipo autónomo protege, la forma específica de lesionar dicho elemento activo y el fin, alcance y sentido de la tutela penal.

(44) Mariano Jiménez Huerta. Tutela Penal del Patrimonio, - Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1977.

Entre los diversos delitos destinados a proteger a -- las personas en su patrimonio, el robo es el más frecuente, dada su simplicidad ejecutiva, pudiendo quedar perfeccionado con un único acto, que es mover la cosa con la inten- - ción de lucro.

ROBO Y EXTORSION

Definición de extorsión: El delito de extorsión consiste "en obligar a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo" de manera que para su consumación no es necesario el apoderamiento. Produciendose en ese momento una lesión -- patrimonial y la lesión a la libertad.

Bajo el rubro de extorsión se colocan la represión -- de aquellos actos que teniendo como una de las formas el robo, al apoderamiento ilegítimo por medio de la violencia sobre las personas, no pueden causar el apoderamiento sino de una manera mediata e indirecta o con un intervalo de -- tiempo. Se diferencia la extorsión del robo, por la des-- continuidad inherente a la intimidación que existe en los diferentes actos tendientes a obtener un provecho mediante la amenaza de un mal, de tal suerte que hay siempre una -- disyunción entre el mal amenazado y la prestación exigida. "La extorsión es un atentado a la propiedad cometido - - mediante una ofensa a la libertad".

La extorsión como tal no se encontraba encuadrada en nuestra legislación como en otros países en los que se localiza dentro de los delitos que lesionan el patrimonio de las personas. Encontrándose en nuestro país una figura -- parecida a esta infracción encuadrada dentro del título -- decimo octavo, Capítulo I, entre los delitos contra la paz y la seguridad de las personas, bajo el nombre de amenazas, y consiste en la manifestación verbal o escrita o expresada de cualquier manera directa o encubierta, de causar a una persona un mal de realización posible. Si la amenaza se anuncia a una persona como para ejecutarse en otra ligada a aquella por algún vínculo constituye una intimidación, y por ello perturba su paz y su tranquilidad aunque no represente un peligro de daño para dicha persona. No especificando claramente la ley el vínculo que deba ligar a dichas personas, pudiendo ser cualquiera; de ascendencia o descendencia, de consanguinidad, afinidad o civil en cualesquiera grados.

Y es hasta el 13 de Enero de 1984, cuando el Art. 390 es reformado ya que se refería a la responsabilidad de los parientes en el delito de fraude y en su lugar establece: "Al que sin derecho obligue a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo, obteniendo un lucro para si o para otro y -- causando un perjuicio patrimonial, se le aplicarán las penas previstas para el delito de robo".

El objeto jurídico según Eugenio Cuello Calón, es el derecho que tienen todos los hombres de sentirse seguros y tranquilos; su confianza en la potencia protectora del orden jurídico que les da seguridad, en otros términos de paz jurídica.

El delito de amenazas es de mera conducta, doloso -- de peligro particular y concreto, en el que no es configurable la tentativa, el cual se consuma por el hecho mismo de producir el agente la amenaza independientemente de -- que el mal con que se amenace sea ejecutado o no, si lo -- fuere se estará al caso de la acumulación real.

Violandose en la extorsión dos preceptos ya que consiste en un atentado a la propiedad cometido mediante una ofensa a la libertad, y el delito de amenazas consiste -- solo en causar un mal, de tal forma que si el mal fuere -- realizado se atenderá a la acumulación real con la san -- ción de éste y la del delito que resulte, ya que el delito de amenazas no constituye en ningún caso un medio preparatorio de la comisión de otro delito, ya que es un delito autónomo y como tal se sanciona no por el hecho de -- revelar el propósito de cometer otro delito sino por el -- atentado que en si mismo constituye para la paz y la seguridad de las personas.

M-0028'85

La razón por la cual se ha creado esta nueva figura delictiva, es para evitar un vacío en la legislación penal, ya que se daban gran cantidad de impunidades las cuales -- se originaban por falta de un tipo preciso ya que como hemos visto, en el delito de amenazas, con el que guarda -- semejanzas no se encuadran todas las conductas y muchas -- quedaban sin castigo por no existir una adecuación. Y toda vez que este tipo de conductas, no estaban prohibidas ni sancionadas en otras disposiciones no penales, del orden jurídico, y ya que su realización importa graves consecuencias para el patrimonio de las personas, se ha considerado necesaria su regulación por el Derecho Penal.

Del estudio de las diferencias entre el robo y extorsión llegamos a la conclusión de que ambos tienden a afectar el patrimonio de las personas siendo el primero la -- forma más simple y la extorsión como aquella en que se emplea fuerza o intimidación en las personas para que esta -- entregue el bien u objeto.

Y respecto del delito de amenazas, previsto por nuestra legislación, con el que guarda ciertas semejanzas está previsto por el artículo 284 del Código Penal, y en el -- cual se da el concurso real previsto por la misma reglamentación en su artículo 18, en el que se acumula a la sanción que por este ilícito perturbador de la paz y seguridad -- corresponde, la pena que al ilícito que resulte corresponda.

b) ROBO Y FRAUDE

El delito de fraude ha recibido en otras legislaciones y épocas nombres diversos, tales como estelionato escroquerie, trufa y estafa. La diferenciación del fraude y de los otros delitos patrimoniales principia desde el derecho romano con la Lex Cornelia de Falsis, en que se reprimían las falsedades en los testimonios y en la moneda; posteriormente se le agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofenzas a la fé pública. Además en el estelionatus se comprendieron los fraudes que no caían dentro de los delitos de falsedad previstos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancías, la venta de una misma cosa, etc. En general se consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra forma o cualificación delictiva.

Según Puig Peña, no puede hablarse de autonomía en la incriminación de la estafa sino hasta el derecho romano de la época imperial, pues las graves figuras de dolo malo quedan comprendidas en el crimen falsi, o bien daban lugar a un actio dolo famosa, producto de infamia, siendo en tiempo de los emperadores cuando adquiere categoría de crimen extraordinario surgiendo en tiempos de Adriano, -- llamado crimen stellionatus (de stillio, salamnquesa, animal que expuesto a los rayos del sol toma múltiples colores),

que tenía lugar cuando intervenía queendan perfidia, citando el Digesto numerosos casos del mismo.

En nuestra vigente legislación el fraude está encuadrado dentro del título vigesimo segundo capítulo III, y es definido de la siguiente forma: 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.

Existiendo además determinadas conductas las cuales se castigarán igualmente como fraude, siendo claramente descritas en el artículo 387 las que por su amplitud sería imposible tratar en este trabajo encontrándose sancionadas con las mismas penas descritas en el artículo anterior, según corresponde, con lo cual quedan comprendidas todas aquellas formas en que mediante el engaño se hace uno de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

FRAUDE

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

"Siendo la esencia jurídica doctrinaria del delito de fraude propiamente dicho, salvo casos especiales tipificados expresamente en la Ley, el engaño, o sea la mutación o alteración de la verdad, aunque existen semejanzas entre el fraude y el dolo civil".

El fraude consiste en el error producido por el empleo de ciertas maniobras, error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse del bien de otro.

Y lo que la Ley Penal siempre ha castigado no es la -- mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio.

Los dominios del Derecho Civil y del Derecho Penal -- estan de esta manera trazados: La Ley Penal hace delito -- de todo atentado a la propiedad cuando la sustracción se -- comete mediante engaño.

En el delito a estudiar, la violencia desaparece y es -- sustituida por recursos intelectuales, por lo que el peligro que corre la víctima en su integridad corporal es nulo, ya que el sujeto pasivo por el error en que se encuentra, -- ayuda a que el delito se perfeccione, y no existe la posibilidad de que el daño se prolongue o lo extienda contra -- la seguridad, libertad o integridad de la víctima. Motivo-

por el cual se estima al fraude como un delito de menor -- peligro comparado con el robo violento, aunque cabe hacer mención que socialmente puede hacerse más por evitar la -- forma agravada del robo que por el fraude, el cual puede -- operar de no implicar en sí riesgos personales a los ciuda-- danos, si entraña mayor peligro para los bienes patrimonia-- les de estos y en los que el daño en el puede ser mayor.

Y la mejor forma que tienen los jueces de poder impo-- ner una pena justa de acuerdo con el tipo de defraudador y su peligrosidad es el amplio margen de que gozan dentro -- del máximo y mínimo aplicable a cada caso.

En el Código Penal de 1871 se establecía una defini-- ción general de "fraude contra la propiedad".

"Hay fraude siempre que engañando a uno o aprovechán-- dose del error en que este se halla se hace otro ilícita-- mente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con per-- juicio de aquel". Art. 413 del Código Penal de 1871.

De la restringida redacción del precepto, por el em-- pleo de la frase "con perjuicio de aquel", resultaba que -- el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisa-- mente el engañado; no se preveía el caso en que se induje-- se a error a una persona para obtener de ella la cosa o el

lucro a costa de otra distinta. (45).

En el Código Penal de 1931, la principal reforma fué el cambio de nombre, ya que a este delito se le llamaba estafa, siendo designado así la especie y no el género como debiera ser.

FRAUDE: DEFINICION Y PENALIDAD VIGENTE.

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

1.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda a ésta última cantidad.

(45) González de la Vega Francisco.- "Derecho Penal Mexicano" 5a. Ed. Parte Especial, Editorial Porrúa, México 1958.

- 2.- Con prisión de 3 meses a 6 años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de cien pero no de quinientas veces el salario.

- 3.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de 120 veces el salario si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Artículo reformado y publicado en el Diario Oficial -- del día 29 de diciembre de 1981 del que se dió fé de erratas en los Diarios Oficiales de fechas 13 y 15 de enero de 1982 respectivamente.

Otra reforma importante de las planteadas en enero de 1984, en el título de los delitos patrimoniales es :

El fraude mediante libramiento de cheques; operando -- en el capítulo relativo de fraude y que, además de adicio-- nar una fracción al Art. 387 del Código Penal que regula -- los fraudes específicos, involucra también a la Ley General de títulos y operaciones de crédito en su Art. 193.

Fracción XXI.- "Alque libre un cheque contra una cuenta Bancaria, que sea rechazado por la Institución o Sociedad Nacional de crédito correspondiente, en los términos - de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la Institución o Sociedad respectiva o por carecer - este de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de -- fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclu-- sivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la Institución o Sociedad Nacional de crédito - de que se trate".

La justificación de la inclusión de este tipo de conductas en el ambito del Código Penal, se da en el sentido-- de que estas conductas han ocasionado tan numerosos frecuentemente e injustos procesos, de los que a veces se vale el - supuesto ofendido para consumir fraudes o extorsiones con el denominado libramiento de cheques sin fondo, sin tener en cuenta el propósito no delictuoso del sujeto activo, ni el hecho de que se hubiese pagado ya a quienes se ostentaban como víctimas, la cantidad adeudada, ni las condicio-- nes en que hoy en día se manejan los cheques.

Consumandose constantes injusticias y se ha utilizado al Ministerio Público y las autoridades Judiciales como instrumentos para ejercer presiones o venganzas.

En virtud de lo anterior, aquellos casos que por efectos del Art. 193, parrafo segundo de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, hayan sido o sean materia de conocimiento de los tribunales Federales por razón de la derogación de este tipo penal en los terminos de esta Ley, deberán ser resueltos conforme a lo dispuesto por el Art. 57 del Código Penal.

Del estudio técnico de este nuevo delito, se desprende que la conducta que aquí se prohíbe y que por tanto constituye el núcleo del tipo, consiste en librar un cheque contra una cuenta bancaria como condición típica objetiva, por una parte, que el librador "no tenga cuenta en la institución o sociedad respectiva" o que no tenga fondos suficientes para el pago", y que por tal motivo sea rechazado el cheque por la institución o sociedad; pero además, es también conditio sine qua non la concurrencia de un elemento subjetivo, que convierte a esta conducta precisamente en fraudulenta, "que el agente haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtenga un lucro indebido", como lo establece el segundo párrafo de la fracción XXI.

Por lo que sólo cuando se den esos requisitos o presupuestos típicos tanto objetivos como subjetivos, podrá hablarse de una conducta penalmente relevante. De donde se de

riva que, si falta la finalidad en el librador o tiene una diferente, cosa que se puede dar con mucha frecuencia, de procurarse ilícitamente una cosa o de obtener un lucro indebido, por más que se den los elementos objetivos (falta de cuenta o falta de fondos), no podrá configurarse la realización típica.

Cosa distinta de lo que sucede con el párrafo segundo del Art. 193 de la Ley General de títulos y operaciones de crédito ahora derogado, ya que en el no existía la exigencia típica del elemento subjetivo, por lo que con el o sin el, dándose el elemento objetivo se estaba ya ante una conducta relevante y por consiguiente, merecedora de una sanción.

Y por lo que respecta a lo establecido por el párrafo segundo de la fracción a comento, y que dice "no se procederá . . . ", no se trata de un requisito de procedibilidad, ni de una condición objetiva de punibilidad", en el sentido que la doctrina considera a estas sino de una exigencia típica. La necesidad de este elemento subjetivo del injusto, y el que es propio del delito de fraude, plantea la interrogante de sí el hecho puede realizarse tanto dolosamente como culposamente; a este respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que indiscutiblemente solo será admisible la forma dolosa, por la naturaleza misma del tipo.

Además, cabe mencionarse que todos los demás -- problemas técnicos que puede plantear está nueva -- hipótesis como sería el relativo al momento consuma-- tivo del hecho o el error, etc., se resolverán por -- aplicación de las reglas generales.

LAS ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS
DE ROBO Y FRAUDE SEGUN PAVON VASCONCELOS SON:
(46).

I.- La identidad en el ánimo del agente, ya -- que en ambos el agente es guiado por la misma inten-- ción de ejercer dominio sobre la cosa como si fuera-- propietario de ella, lo que se traduce en una afecta-- ción del patrimonio del sujeto pasivo de tales in-- fracciones.

(46) Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Pe--
nal, Tomo IV, Parte Especial, 4a. Edición, Edi--
torial Porrúa, México 1977.

II.- El objeto jurídico en estas figuras lo constituye el patrimonio el cual resulta el bien tutelado a través de la punci3n de la conducta o hechos tipificados.

III.- En ellos existe, por lo com3n un enriquecimiento -- indebido o il3cito, concordante con la disminuci3n patrimonial de la v3ctima.

Gonz3lez de la Vega subraya que tanto el robo como el fraude son infracciones que en sus m3viles y en sus efectos tienen la m3s profunda analog3a, constituyendo -- junto con el abuso de confianza, importante trilog3a de delitos de enriquecimiento indebido o apropiaci3n il3cita de los bienes ajenos. En los que en sus resultados coinciden por que todos ellos importan un perjuicio a la v3ctima por la disminuci3n de su caudal patrimonial y por -- que causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece.

En otras palabras los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la v3ctima al dismi---

nuirse sus valores patrimoniales, sino que se traduce de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción, y por lo que respecta a las figuras delictivas del robo y el fraude basta con recordar la esencia constitutiva, en orden al tipo, ya que mientras en el robo la acción consumativa radica en el apoderamiento lo que implica un movimiento corporal de aprehensión de las cosas, en el fraude supone la recepción de la cosa por voluntaria entrega que hace la víctima como consecuencia del estado de error en que se encuentra, bien motivada por la engañosa actividad desplegada por el delincuente o por una situación anterior que es aprovechada por éste.

Por ello, lo manifestado por González de la Vega, cuando expresa que lo que varía son los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno. Siendo en el robo la acción criminosa, el apoderamiento no consentido por el paciente, y en el fraude por regla general el apoderamiento se logra por la entrega que hace al infractor de sus cosas o derechos la víctima, en virtud de la actitud engañosa asumida por éste.

Y en Abuso de confianza, la acción radica en la disposición o sea en el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión precaria.

c) ROBO Y ABUSO DE CONFIANZA

Abuso de Confianza.

La frase abuso de confianza puede tener en Derecho Penal un dobel significado: como circunstancia genérica agravada concurrente con cualquier delito y como delito típico-especial que lleva ese nombre.

Conforme a su primera significación la agravante del-abuso de confianza consiste en deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito y la cual se reglamentaba en el artículo 405 del Código Penal de 1871. (47).

El delito de abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares, ya que es la disposición indebida de una cosa ajena que no se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio.

El delito a estudio ha tomado una fisonomía diferente de los otros atentados patrimoniales.

El delito de abuso de confianza encuentra su individualidad, como delito autónomo en la Ley francesa del 29 de septiembre de 1791. Ya que en la antigüedad no se cono-

(47) Fco. González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, 5a. Edición, Pág. 222, Editorial Porrúa, México 1958.

cía legalmente la distinción entre el furtum y el abuso de confianza ya que presentan un rasgo común. "La apropiación injusta del bien ajeno", sin importar el que este resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consentida de la cosa, o por el abuso de la posesión material.

En el derecho romano, según Mommsen, en materia de -- furtum se reputaba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera consentido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de esta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debería hacer.

La antigua jurisprudencia francesa continuo la tradición romana Muyart de Vonglaus que decía: El robo no se comete solamente por la substracción sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro'.

Según Manzini el bien jurídico que se lesiona en este delito de apropiación indebida es el interés concerniente a la inviolabilidad del patrimonio y precisamente del derecho de propiedad o de otro derecho sobre la cosa.

Existiendo además variadas opiniones ya que aunque generalmente es la propiedad el bien que resulta lesionado -

en efecto en la definición legal de este ilícito no se individualiza el propietario como la persona que sufre el perjuicio patrimonial y por otra parte el acto de transmisión de la tenencia puede realizarlo además del dueño, la persona que ejerce un poder sobre la cosa mueble, pudiendo ser; el usuario o usufructuario de ella. Careciendo de validez el criterio que señala a la propiedad como el único bien -- que tutela el abuso de confianza.

LA NATURALEZA JURIDICA DEL ABUSO DE CONFIANZA

Puig Peña nos informa que con unanimidad censuraban -- los tratadistas a los Códigos anteriores por haber incluido estos delitos (de apropiación indebida) dentro de las figuras de la estafa, pues la entrega de la cosa no tiene aquí su origen en la ilusión fraudulenta suscitada por el culpable, sino que la entrega es completamente normal y lo único que se quebranta es la confianza puesta en nosotros y los deberes que el tenedor de la cosa tiene respecto de su dueño. Siendo la razón por la cual la mayoría de las legislaciones conceden autonomía a este delito respecto de las estafas, siendo una excepción el Código de Portugal el cual lo califica de hurto, siendo incorrecta esta postura ya que no hay sustracción por astucia, de una cosa de manos de su dueño, sino que la cosa esta ya legítimamente en manos del sujeto activo.

Del examen de varias legislaciones, resultan tres pos-

turas diferentes: La primera es en la que excluyen al delito de abuso de confianza dentro de la reglamentación del robo; y la segunda lo ve como una especie de defraudación, siendo la tercera aquella en que se le da autonomía propia y lo separan de cualquiera de las dos anteriores.

ELEMENTOS DEL DELITO A ESTUDIO

- I. Disposición para sí o para otro.
- II. El perjuicio.
- III. Que la disposición recaiga en cosas muebles.
- IV. Que se haya transferido al agente la tenencia de la cosa y no el dominio.

Las cuales es necesario se hayan reunidas para que -- pueda integrarse el abuso de confianza.

DISPOSICION

Disposición del bien es que el sujeto activo violando la finalidad jurídica de la tenencia de la cosa que le fué entregada, se adueña de ella, obrando como si fuese su propietario, sea para apropiarsela en forma de ilícita retención disponer para sí, o sea disipandolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona. Acto que con -

siste en la distracción de la cosa del fin para que fué --- entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de su disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa.

La disposición del bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza, siempre que, reunidas las demás condiciones jurídicas de la infracción, y es importante fijar el momento de la consumación -- para la fijación del término legal de la prescripción, ya -- que persiguiéndose el abuso por querrela necesaria, la -- acción del ofendido se extingue en un año contando a partir del día en que la parte ofendida tenga conocimiento del -- delito y del delincuente y en tres, independientemente de -- esta circunstancia (art. 107 del Código Penal).

PERJUICIO

Como todos los delitos patrimoniales el Abuso de confianza tiene la característica de importar un perjuicio patrimonial a la víctima, una disminución de sus bienes patrimoniales, quien resiste merma en la utilidad que le procuran los elementos activos de su patrimonio. Consistiendo -- el daño en la disminución de sus bienes o derechos por el -- acto de apropiación cometido por el sujeto activo, perdiendo -- biéndose esto desde el momento mismo en que debido a la --- ilícita maniobra sobre la cosa, no se logra el que sea restituido o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella.

Y no importa que después de consumada la acción delictiva, el ofendido logre recuperar la cosa por la persecución que hiciera, ya que esta posterior reparación del daño no destruye la previa existencia del perjuicio como elemento constitutivo del abuso de confianza, ni la restitución posterior, ni el pago de una indemnización son suficientes para reestablecer la figura del delito, salvo que coincidan con el perdón del ofendido, ya que el abuso de confianza se persigue por querrela necesaria.

OBJETO DEL DELITO

"El artículo 382 del Código Penal establece como objeto sobre el que puede recaer el delito a estudio "cualquier cosa ajena mueble".

"Por cosa se entiende" "un objeto corporal susceptible de tener un valor el cual no debe ser necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo". (51)., la carta que tiene un valor estimativo y sentimental como autógrafo o que puede probar un hecho ante los tribunales.

Las cosas pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas. Sobre el fluido eléctrico entendido como cosa susceptible de apropiación, su aprovechamiento se equipara al robo y se castiga como tal.

Es ajena la cosa que no pertenece al agente y si pertenece a alguien: aspectos negativos y positivos del concepto de alienidad de la cosa.

MUEBLES: Elemento normativo de valoración jurídica, - los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la Ley. (49).

Acción de transferir la tenencia y no el dominio.

El abuso de confianza requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito, haya sido remitida previamente al abusuario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posición precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de -- restituirlo o destinarlo al fin para que le fué remitido.

Diferenciándose el abuso de confianza del robo en que el abusuario tiene de antemano la posesión material del -- bien; en cambio el ladrón, no tenedor de la cosa antes del delito, va hacia ella, la toma, se hace de su posesión.

El Código de 1871 exigía que el autor del abuso de -- confianza hubiese recibido la cosa "en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, como dato u otro de los que no transfieren el dominio", siguiendo el proyecto de reforma de 1912, el lugar de estos térmi

(49) C.P. Anotado, Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas. Págs. 685 y 704 Ed. Porrúa, 1976, 6a. -- Edición, México.

nos, la legislación vigente adoptó la de "que se le haya - transferido la tenencia y no el dominio", para hacer com-- render dentro de la posibilidad delictiva además de los -- contratos restitutorios, aquellos actos tales como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros, en virtud de los- cuales se reciben cosas muebles sin transferirse su domi-- nio.

El abuso de confianza solamente se perseguirá a peti- ción de la parte ofendida (Art. 385 del Código Penal). La persecución del abuso por querrela necesaria fué introduci- da por el Código de 1931. Este sistema ha propiciado crí- ticas como la de Miguel Desentis, quien manifiesta que el- delito de abuso de confianza casi ha perdido en nuestra -- legislación los caracteres de tal, tocando los linderos de las obligaciones puramente civiles, como: el incumplimiento de un contrato: Esto se desprende de la notable dismi- nución de la penalidad con el mínimun bajísimo de tres - - días. Mínimo señalado por el Art. 25 del Código Penal, ya que en la primera fracción del Art. 382 de este ordenamiento y respecto del delito a estudio establece:

"Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transferido la tenencia pero no el dominio, se le san- cionará con prisión hasta de un año y multa hasta de 100- veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de - 200 veces el salario" (Art. 382 reformado del Código Penal).

Dandose la restricción del movimiento de la acción -- al arbitrio y voluntad del particular ofendido en su patrimonio y del desistimiento de la acción cuando ya ha sido - puesta en movimiento por medio del perdón del ofendido, -- aun más cuando éste haya manifestado su querella, a pesar de la temerabilidad y cinismo revelado por el abusuario, las autoridades estarán obligadas a ponerlo inmediatamente en libertad, tan pronto como el ofendido otorgue su perdón y lo que en dos casos iguales de abuso de confianza en donde en uno hay queja de parte y en otro no, y aunque los dos - sujetos activos tengan la misma peligrosidad sólo para uno habrá represión, castigo y segregación, dada la persecu---ción privada de este ilícito.

Se considera abuso de confianza y se castiga como - - tal:

"Artículo 383 (tipos equiparables del delito de abuso de confianza). Se considera abuso de confianza para los - efectos de la pena:

- I El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su po--der con el carácter de depositario judicial, o -- bien se la hubiese dado en prenda y la conserva - en su poder como depositario a virtud de un con--trato celebrado con alguna Institución de Crédito en perjuicio de esta.

II El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades, administrativas o del trabajo.

III El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponde la propiedad.

En la primera fracción se prevee un caso de delito especial distinto del verdadero abuso de confianza, porque el dueño embargado depositario de sus bienes no ha perdido su dominio, pero de todas formas su acción merma la garantía del secuestro y por ello se ordena la aplicación de la penalidad general del abuso.

En la Segunda Fracción, no se agrega ningún elemento extraño al tipo delictivo, tan solo configura un caso de él.

La fracción tercera constituye un caso de delito especial, en el que por disposición de la ley se considera como abuso de confianza a los efectos de la pena, una conducta que no es constitutiva de el ni siquiera analógicamente.

Ya que hacer aparecer como propio no siendolo el importe del depósito judicial con que se garantiza la libertad de una persona, puede obedecer a muy diversos motivos,

por lo que no pudieron precisarse su configuración adecuada se establece en el abuso de confianza.

La separación establecida por las modernas legislaciones entre el robo y el abuso de confianza es justificable por varias razones.

Si examinamos las dos infracciones desde el punto de vista del momento de la posesión observaremos que el ladrón la adquiere en el instante preciso de la consumación del delito o sea al tomar la cosa; el robo es un atentado en que se desposee a la víctima. En cambio, el abusuario antes de que ejecute el delito tiene lícitamente la posesión; su infracción consiste en el abuso que hace de esta tenencia disponiendo del bien (abuso: del latín *abusus*, - de *usus*, o desviación del uso). Este último delincuente cuenta con una ocasión favorable y propicia que no ha buscado para satisfacer su codicia o mala fé; afirmando Garraud, "Si cualquiera puede cometer robo, no cualquiera puede cometer abuso de confianza". En efecto, en este delito, la cosa se encuentra ab initio legítimamente entre las manos del agente por un acto que implica convenio y obligación de restituir; el agente no se hace de las cosas por la astucia o la violencia, y si más tarde la distrae es cediendo a la ocasión proporcionada por la víctima, no se le puede atribuir premeditación o conivencias dolosas porque no ha buscado el delito ni ha obrado con audacia en su ejecución, puesto que no ha hecho sino apropiarse las -

cosas que le habían sido confiadas. De ahí se infiere que el abuso se distingue del robo por la naturaleza de los -- hechos que lo constituyen, por el menor peligro que entraña para la propiedad y por la criminalidad muy inferior -- del agente. (50).

Señalando también el citado autor las diferencias entre el fraude y el abuso de confianza expresando " que el abusuario obtiene la cosa lícitamente sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios", su actividad dolosa surge después en el momento de la disposición. El autor del fraude recibe la cosa como resultado de su engañosa ac titud su dolo es anterior a la posesión y es causa de ésta.

DIFERENCIA ENTRE EL ROBO Y EL ABUSO DE CONFIANZA.

Según González de la Vega, mientras que el robo constituye un atentado en que se desposee a la víctima, en el abuso de confianza el agente tiene lícitamente la posesión, consistiendo su realización en la disposición indebida del bien. "De ahí se infiere que el abuso de confianza se dis tinguie del robo, por la naturaleza de los hechos que lo -- constituyen, por el menor peligro que entraña para la propiedad y por la criminalidad inferior del agente.

Lo que varía son los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno. En el robo, la acción

(50) Fco. González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1958, 5a. Edición.

criminosa es el apoderamiento no consentido por el paciente, este apoderamiento en las formas primitivas y brutales del delito, se logra empleando violencia física o moral o, en los latrocinios ordinarios por la habilidad más o menos acentuada de la maniobra. En el abuso, la acción radica en la disposición o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión precaria. En los fraudes, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos, en virtud de la actitud engañosa asumida por éste.

El robo con violencia en las personas es ciertamente la forma más primitiva de enriquecimiento ilícito, lleno de peligros para la integridad corporal de las víctimas. Este atentado rápidamente evoluciona hacia su comisión pacífica substituyéndose el empleo de la violencia por las maniobras subrepticias o hábiles de apoderamiento, caminos que evidentemente importan para el delincuente y su víctima, menores riesgos, logrados a cambio de una mayor inteligencia en la comisión del delito.

El robo ya sea en sus formas violentas u ordinarias, ha sido sustituido en parte, especialmente en las grandes ciudades, por el fraude, delito de técnica más avanzada, que requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual sobre la presunta víctima para hacer que

ésta sucumba al engaño o error.

En las campiñas y en general en todas aquellas poblaciones o barrios de escasos recursos económicos, el robo adquiere sus formas más brutales. La civilización también al alcance de los malvivientes, presta infinitos recursos a éstos para la consecuencia de lucros delictivos y agudiza sus sentidos para encontrar formas y medios especiales de defraudaciones con el menor riesgo posible. Puede en resumen establecerse como tendencia general la de que a una mayor civilización corresponde una mejor calidad operativa en el delito patrimonial; los atentados de simple apoderamiento, pacífico o violento son sustituidos por aquellos en que la víctima hace voluntaria entrega de sus bienes, que le son defraudados por el engaño que sufre o error que padece.

Sin embargo, es interesante observar como en las naciones en formación, dentro de cuyas fronteras se advierten profundas diferencias en la población de índole económica, cultural y étnica, coinciden con gran intensidad las diversas formas atentatorias de delitos patrimoniales. Entre nosotros se registran desde el fraude o estafa a la gran escuela, de realización más frecuente en nuestras grandes ciudades, hasta el robo en sus múltiples manifestaciones; en la provincia y, en las vías poco transitadas, apartados de los grandes centros de población, se practica el asalto en su forma más primitiva y violenta, siendo así

que en otros países el robo por cuadrillas o bandoleros no es sino un desagradable recurdo histórico. (51).

ABUSO DE CONFIANZA

Artículo 382.- Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se la haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excediera de ésta cantidad pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta de 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de dos mil veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario.

Artículo reformado y publicado en el Diario Oficial -- del día 29 de diciembre de 1982, del cual se dió fé de -- erratas en el Diario Oficial de fecha 13 de enero de 1983.

(51) Fco. González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, 5a. Edición Pág. 241. Editorial Porrúa, México 1958.

Reformas al Código Penal en cuanto al -
nuevo margen de la cuantía para efecto-
de la imposición de la pena en los deli-
tos bajo el título de "Contra las perso-
nas en su patrimonio".

El 29 de diciembre de 1981 se establecieron reformas-
al Código Penal y respecto a su artículo 370, cabe hacer -
notar que era una medida necesaria desde hacía ya tiempo,-
pues tomando en cuenta las cantidades que se establecían -
en sus tres párrafos, como base para la imposición de las-
diferentes penas, en mi concepto, no correspondían de nin-
guna forma a la realidad económica del país. Y no obstan-
te que la peligrosidad del sujeto no se determina por la --
cuantía de lo que obtiene por medios ilícitos, cabe mencio-
nar que no era adecuado imponer las penas que establecía -
el reformado artículo 370, cuando el perjuicio que se lo--
graba tenía los valores señalados o comprendidos en dicho-
precepto, además de que en los casos en que el sujeto acti-
vo es más peligroso y actúa de determinada forma y lesiona
otros bienes jurídicamente tutelados, el propio Código Pe-
nal, establece sanciones adicionales para esos casos espe-
ciales con lo cual queda resuelto de antemano dicho proble-
ma. Y si por otro lado no se imponen sanciones tan eleva-
das cuando el monto es reducido, beneficiando con ello, --
que en primer lugar muchos presuntos responsables obtengan

el beneficio de la libertad provisional, mientras se determina si son inocentes o culpables y al gozar de este beneficio puedan resarcir al perjudicado en el daño que sufrió pues de ésta manera podrán más fácil los procesados trabajar y cubrir el daño que causaron. Siendo menos perjudicial de tal manera pues así no perderán su empleo ni la integración de su familia por lo que les resultará más fácil su readaptación a la sociedad y que se cumpla con uno de los objetivos y justificaciones del sistema penal mexicano, que el ofendido sea restituido cuando menos en cuanto a lo económico en el daño que sufrió en el caso de los delitos a estudio, siendo que de otra manera, cuando el autor de un delito patrimonial, no puede obtener su libertad sino después de varios años, para entonces le es imposible pagar el monto de lo que ha tomado y la víctima, después de tanto tiempo ni siquiera recibía lo que había perdido o el equivalente a ello.

Modificándose los artículos de los delitos a estudio no sólo en cuanto al aumento sino que se estableció otro sistema en el que obra como base el salario mínimo vigente al momento de la comisión del ilícito, para que siempre esté más acorde con la realidad económica reinante de cada tiempo.

C O N C L U S I O N E S

=====

Primera: Considero que debería reformarse el Código Penal, en lo que se refiere a los delitos patrimoniales en el sentido de que tanto el robo como el fraude, fuesen igual que el abuso de confianza perseguibles por querrela de parte.

Segunda: La razón de lo antes expuesto, es porque siendo el bien jurídicamente tutelado el patrimonio al resarcirse este, resulta innecesario -- que se continúe un procedimiento penal, que -- además de ser costoso para el Estado, no rehabilita a las personas sino que por el contrario las vuelve contra la sociedad.

Tercera: Con la salvedad del robo con violencia, en el que además del patrimonio se lesionan la integridad física y moral de las personas, en donde la aplicación de la pena debería ser mayor a la pena establecida en el Artículo 372 del Código Penal vigente, en virtud del grado de peligrosidad del sujeto activo y, el peligro que corre la víctima.

Cuarta: En el Capítulo séptimo, vemos de forma muy ge-

neral el delito de fraude, ya que existen mu---
chas maneras de obtener un lucro mediante enga-
ños como lo establecen los Artículos 387, en su
XXI fracciones, 388, 389 y 389 Bis. Los cuales
resultaría imposible estudiar en este trabajo -
dada su amplitud.

Quinta: En mi opinión y después de haber analizado los-
delitos que afectan a las personas en su patri-
monio, me es interesante proponer que en deter-
minados casos en el delito de fraude debería de
proceder el otorgamiento de perdón por parte de
la persona agraviada, pues siendo éste una ofens
sa contra el patrimonio, que en nada pone en pel
ligro otro tipo de bienes y cuando el autor del
ilícito hubiese cubierto satisfactoriamente el-
lucro que obtuvo, podría entonces extinguirse -
la acción penal en su contra y dejarsele en li-
bertad, esto es cuando fuera la primera vez que
este sujeto activo hubiese cometido una falta -
de esta naturaleza, ya que como hemos visto, --
cada día aumenta más el índice de este tipo de-
ilícitos en los que la fuerza física se va reempl
azando por la astucia y las artimañas, por lo
que un delincuente habitual no debe gozar de --
este beneficio, pues constituiría una ayuda pa-
ra que siguiera delinquiendo, evitando así que-

una persona que por primera vez comete este tipo de ilícito, no pueda adquirir su libertad y que no obstante haber pagado el monto de lo defraudado, pase meses o años en prisión, reclusión que de ninguna manera lo favorece y sí en casi todos los casos lesiona otro tipo de valores que el sujeto activo tiene y que son su familia, su empleo y por lo tanto su propia reintegración a la sociedad.

B I B L I O G R A F I A

- F. Cárdenas Raúl.- Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, -- Editorial Porrúa, México 1977.

- Castellanos Tena Fernando.- "Lineamientos elementales de Derecho Penal", Parte general, 8a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México 1976.

- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá Rivas Raúl.- Código Penal anotado. Editorial Porrúa, México 1983.

- Cólín Ambrosio y Capitán H.- "Curso elemental de Derecho Civil, Tomo Ii, Vol. II.- Instituto Editorial Reus, Madrid 1952.

- Cuello Calón Eugenio.- "Derecho Penal", Tomo II.- Editora Nacional, México 1944.

- Gómez Eusebio.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, -- Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires 1939.

- Gomís José y Muños Luis.- "Elementos de Derecho Civil-México", Tomo II. Derechos Reales, México 1943.

- González Roura.- "Derecho Penal", Tomo III.

- González de la Vega Francisco.- "Derecho Penal Mexicano" 5a. Edición, Parte Especial. Editorial Porrúa, México -- 1958.
- Groizard Alejandro.- "El Código Penal de 1870", Tomo IV
- Jiménez Huerta Mariano.- "Derecho Penal Mexicano", Tomo IV, Tutela Penal del Patrimonio, 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- Ortolán J.- "Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano". Tomo IV, Librairie Plon, París -- 1886.
- Pavón Vasconcelos Francisco.- "Comentarios de Derecho Penal", Parte Especial, Robo, Abuso de Confianza, Fraude Genérico simple, Tomo IV, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- Petit Eugéne.- "Tratado elemental de Derecho Romano", -- Editorial Saturnino Calleja, Madrid 1924.
- Rojina Villegas Rafael.- "Derecho Civil", Editorial Robledo, México 1965.
- Soler.- "Derecho Penal Argentino", Tomo V, Parte Especial, Sebastián 1962, Buenos Aires.

- Ure Ernesto J.- "El delito de apropiación indebida". - Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

- Von Ihering Rodolfo.- "El fundamento de la protección-Posesoria", Versión Española de Adolfo Pasada.

- Vincenzo Manzini.- "Tratado di diritto Penale Italiano" Tomo IX, Turin 1933 - 1939.