

24.160

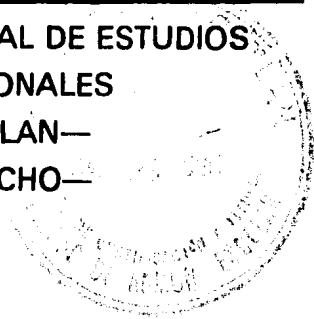


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES

—ACATLAN—

—DERECHO—



EL DELITO DE ADMINISTRACION FRAUDULENTA

TESIS QUE PRESENTA EL ALUMNO
FEDERICO MENDOZA AGUILAR
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I.- El Patrimonio como Bien Jurídico Tutelado

CAPITULO II.- Robo

- 1.- Concepto
- 2.- Referencia Histórica
- 3.- Objeto de la Tutela Jurídica
- 4.- Diferencia Específica
- 5.- Derecho Positivo Mexicano. Códigos de 1871, 1928 y 1931.

CAPITULO III.- Abuso de Confianza

- 1.- Concepto
- 2.- Referencia Histórica
- 3.- Objeto de la Tutela Jurídica
- 4.- Diferencia Específica
- 5.- Abuso de Confianza y Peculado
- 6.- Derecho Positivo Mexicano. Códigos de 1871, 1929 y 1931.

CAPITULO IV.- Fraude

- 1.- Concepto
- 2.- Referencia Histórica
- 3.- Objeto de la Tutela Jurídica
- 4.- Diferencia Específica
- 5.- Derecho Positivo Mexicano. Códigos de 1871, 1929 y 1931.

CAPITULO V.- Administración Fraudulenta

- 1.- Concepto Histórico
- 2.- Concepto Moderno
- 3.- Naturaleza Jurídica

4.- Diferencias con Figuras Afines

- a) Robo
- b) Abuso de Confianza
- c) Fraude

5.- Leyes Especiales

- a) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
- b) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares
- c) Ley General de Sociedades Mercantiles.

6.- Derecho Comparado

- a) Nacional
 - a1) Baja California
 - a2) Coahuila
 - a3) Chihuahua
 - a4) Durango
 - a5) Nayarit
 - a6) Nuevo León
 - a7) Puebla
 - a8) Quintana Roo
 - a9) Veracruz
 - a10) Zacatecas
- b) Internacional
 - b1) Alemania
 - b2) Italia
 - b3) Argentina

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

Para poder intentar y determinar el estudio de un delito novedoso como es el de la Administración Fraudulenta, es necesario avocarnos a la investigación y análisis de los delitos patrimoniales que guardan una estrecha relación con éste, tan estrecha que en ocasiones se confunde con el robo, abuso de confianza y fraude.

Para tal propósito, es requisito conocer las características propias de los mencionados delitos, su origen y su desarrollo a través de la historia, la medula y naturaleza misma de cada uno de ellos, así como su tipificación en el derecho positivo mexicano.

Es interesante descubrir la trayectoria que ha tenido y seguirá - teniendo dentro de nuestro ordenamiento legal un delito que esta practicamente despuntando aqui en México; tal es el caso de la Administración Fraudulenta y - se confirma tomando en consideración que son escasos los estados de la República que en sus respectivos Códigos -y no mucho tiempo atrás- lo contemplan.

En otro aspecto de nuestro estudio trataremos de establecer lo -- conveniente o inadecuado de que en México se legisle y tipifique en forma general y uniforme el delito de Administración Fraudulenta o Infidelidad Administrativa, como se le denomina en algunas legislaciones extranjeras.

Estamos pues, en presencia de un delito con características especiales y que por lo mismo necesitamos precisar y determinar su independencia, - así como su autonomía propia en relación a cualquier otro delito patrimonial. Cabe hacer notar que dentro de la naturaleza propia o intrínseca de la Administración Fraudulenta, será menester considerar y analizar si el objeto de la tutela jurídica esta encaminado a una seguridad del orden patrimonial, o si por - el contrario se trata de una protección en la relación de fidelidad como finalidad jurídica tutelada.

Así pues, por los razonamientos mencionados desde luego sobresa-- liendo el referente a la autonomía propia como delito independiente y sus caract

terísticas tan particulares de la Administración Fraudulenta, aunado a la poca importancia que se le ha dado a este delito en casi todo el país al no estar debidamente legislado en la mayoría de los estados, ha sido impulso más que su ficiente para llevar a cabo este trabajo.

Mi agradecimiento al Maestro José Dibray García Cabrera por su - inapreciable colaboración.

CAPITULO I

EL PATRIMONIO COMO BIEN JURIDICO TUTELADO

El Código Penal para el Distrito Federal en el título vigésimo segundo y bajo la denominación "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio", contempla todos aquellos delitos que tienen como consecuencia común el menoscabo o daño sobre las cosas o bienes que integran el patrimonio de una persona. En dicho título encontramos seis capítulos a saber: Robo, abuso de confianza, fraude, de los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena. Para el interés de nuestro estudio, sólo nos ocuparemos de los tres primeros delitos mencionados, en virtud de que son los que más se relacionan con el delito de Administración Fraudulenta.

Encontramos que en el Código Penal de 1871 los delitos de robo, fraude contra la propiedad, abuso de confianza, despojo de cosa inmueble o de aguas, quiebra fraudulenta, amenazas, amagos, violencias físicas y destrucciones o deterioros causados en propiedad ajena por incendio, por inundación o por otros medios estaban encuadrados bajo el título de delitos contra la propiedad; asimismo, el Código Penal de 1929 emplea la misma denominación, título obviamente equivocado en ambos códigos como veremos más adelante.

En el Código Penal de 1871 se incluían como ya notamos, los delitos de amenazas, violencias físicas y amagos, en el enunciado de delitos contra la propiedad; consideramos que en forma errónea, como lo apunta el Maestro --- González de la Vega al decir: "...el viejo código de 1871, olvidó la extensa gama de móviles con que el agente activo puede realizarlos; cierto es que estos delitos se cometen frecuentemente con finalidad de causar perjuicio económico en los bienes del ofendido, pero también lo es que la intimidación amenazante o el amago físico o moral pueden perseguir una finalidad no patrimonial, como cuando se requiere al ofendido para que ejecute un acto cualquiera contrario a su voluntad". (1)

(1) González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Decimoséptima Edición. Editorial Porrúa, S. A., México 1981. Pág. 150.

Con mayor acierto el Código Penal de 1931, encuadró las amenazas bajo el título "Delitos Contra la Paz y Seguridad de las Personas" y en cuanto a las violencias físicas o amagos, se clasifican dependiendo del delito que --causen.

La designación en los Códigos Penales de 1871 y 1929 de "Delitos Contra la Propiedad", no era de extremada precisión tomando en consideración - que los delitos integrantes de este título no están encaminados a proteger - únicamente el derecho de propiedad, sino otros derechos que se derivan de el, - como son los derechos de un usufructuario, de un usuario y cualquier otro derecho real en general, llegando incluso a proteger situaciones de hecho como la - simple posesión y la tenencia.

Resulta interesante observar que no todas las lesiones patrimoniales en nuestro derecho positivo mexicano estan encerradas dentro del título "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio", tal es el caso del delito de terrorismo previsto en el capítulo VI de los "Delitos Contra la Seguridad de la Nación". No obstante que estos hechos lesionan patrimonios ajenos, - estan previstos en títulos distintos ya que su comisión trae como consecuencia un atentado directo contra otros bienes que se consideran sobresalientes, amén de que vulneran más de un bien jurídico. "En síntesis -menciona el Profesor - Eusebio Gómez- para que el daño constituya un delito contra la propiedad, debe ser fin de si mismo y su comisión se ha de efectuar por medios que no la con- viertan en un delito más grave". (2)

Es de elogio, que México desde 1931 emplee en título de "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio" substituyendo a "Delitos Contra la Propiedad", como lo siguen designando en otras legislaciones extranjeras, - ya que como hemos apuntado, resulta más clara y exacta la primera asignación.

Al tratar de definir al patrimonio nos encontramos con el problema de que, ni el Código Penal Positivo ni el Código Civil en vigor lo puntualizan; por lo tanto acudiremos a la definición clásica del tratadista Fran-

(2) Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, Argentina. 1941. Pág. 18.

ces Planiol quien señala que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero. El patrimonio de una persona por consiguiente se forma de activos y pasivos no alcanzando a ser comprensible un ataque o daño al pasivo del patrimonio, ya que las conductas que la ley describe, se lesionan bienes o derechos individuales los cuales forman el activo del patrimonio.

Con ésto, entendemos que los ataques al patrimonio no estriban -- únicamente en variar al mismo, sino que es necesario menoscabarlo, siendo por lo consiguiente lesiones al activo de esos bienes o derechos.

Por otro lado nuestro ordenamiento legal no únicamente contempla y defiende aquellos bienes apreciables en dinero, sino también cosas que únicamente tienen valor para la persona ofendida, es decir, un valor sentimental como lo señala el Maestro Jiménez Huerta al comentar "...pues en tanto que la -- común doctrina privatista considera que en la noción del patrimonio entran sólo las cosas por derechos susceptibles de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas que no tienen valor económico, na die duda que puede ser objeto de robo, por ejemplo, una guedeja de cabellos de gran valor emotivo para la persona ofendida, aun cuando dicha guedeja no tuviera ni el más mínimo valor económico". (3) Confirmando lo anterior, el Código Penal Mexicano en vigor, señala en su artículo 371, primer párrafo, que "... si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero ó si por naturaleza no -- fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco ---- años".

Debemos tomar en consideración que en derecho penal, el patrimo-- nio como bien jurídico protegido no se refiere a una ficción como algo incorpóreo, sino que por el contrario, se encuentra delimitado a cosas y derechos en particular.

(3) Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio. Antigua Librería Robredo. México, D.F., 1963, Pág. 13

Creemos que la significación de patrimonio en derecho privado, es muy distinta a la del derecho penal, ya que mientras en la primera -derecho -- civil- el patrimonio se considera como una universalidad de derechos y obligaciones, como una unidad organica, como un todo, en cambio vemos que en derecho penal se enfoca únicamente a lo particular, es decir las cosas, los derechos - individualmente concebidos; sobre esta base y mediante las conductas descritas en el ordenamiento penal, se lesionan uno o varios bienes y derechos particulares que en síntesis integran el activo del patrimonio de una persona física o moral.

Podemos resumir que en derecho penal, el objeto de la protección-jurídica del patrimonio esta encuadrada dentro de un sistema tutelador de derechos reales, personales, bienes tanto muebles como inmuebles y que en un momento dado pueden ser lesionados por las diferentes conductas que señala el Código Penal.

"El patrimonio -dice Jiménez Huerta- (4) penalísticamente concebido, esta pues constituido por aquel plexo de cosas y derechos destinados a -satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular".

Siguiendo el pensamiento del Maestro Jiménez Huerta, el patrimonio se compone por todas aquellas cosas que son susceptibles de apropiación, -tal como lo apunta el artículo 747 del Código Civil; una vez que el objeto entra en la esfera patrimonial de la persona, sufre una mutación en su cualidad, ya que la cosa se modifica en bien patrimonial.

Debido al desarrollo tan complejo de la vida actual, la protección al patrimonio se torna día a día más considerable; podemos observar que - en la antigüedad eran cosas reales, materiales lo que formaba el patrimonio de una persona, tales como objetos preciosos, muebles, inmuebles, ganado, etc., - para lo cual existía una protección eficiente como lo era, y hasta la fecha lo es, la contemplación de figuras como el robo, el fraude, el despojo, etc.

(4) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 13.

Sin embargo y a causa del desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad del mundo moderno, no sólo el patrimonio de una persona se conforma de cosas tangibles y materiales, sino también de cosas inmateriales, de ideas, de derechos intelectuales, créditos, acciones, etc., los cuales lógicamente pueden ser objeto de ilícitos enriquecimientos. Esto trae como consecuencia la inaplazable necesidad de tipificar delitos que contemplen dichos ataques y que por lagunas legislativas, muchas conductas quedan impunes. Tal es el caso en particular y menester el precisar, que conductas encuadran dentro del delito de Administración Fraudulenta.

R O B OCONCEPTO

Dentro de los Delitos Patrimoniales el robo es indudablemente el que se comete con más regularidad, es el más usual, tomando en cuenta que en -infinidad de casos la simpleza y facilidad para ejecutarlo no requiere de mayores esfuerzos.

En las legislaciones extranjeras como la Española, Italiana o Argentina, podemos observar una disparidad entre el hurto y el robo; por ejemplo: Los españoles separan al hurto del robo en cuanto a que el primero, es decir - el hurto se comete sin emplear fuerza en las cosas y violencia en las personas, es una sustracción astuta y en el robo, es característica esencial cualquiera de esas dos circunstancias.

En México la ley diferencia en forma similar el modo de ejecutar un robo, ya que castiga al que comete un robo simple -hurto en otras legislaciones- aumentando esta pena al sujeto que lo realice en lugar cerrado o ejercitando violencia, mejor conocido en México como robo calificado.

El Código Penal Mexicano en vigor, define al robo en su artículo 367 que a la letra dice: "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". Esta definición data del Código Penal de 1871 e igualmente la transcribe el Código de 1929.

El interés jurídico que se protege en el delito de robo es la posesión de hecho de las cosas, muebles, sin importar la causa de esa posesión.- "Generalmente el interés protegido por el robo, es el patrimonio, pero específicamente la parte que se afecta del mismo, con el tipo que estamos estudiando, es la posesión". (5)

(5) Cardenas Raúl F. Derecho Penal Mexicano del Robo. Editorial Porrúa, S. A. México, 1977. Primera Edición. Pag. 93.

Para que se tipifique este delito, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos, los cuales analizaremos en forma escueta: Apoderamiento, cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento.

a) Apoderamiento: Es muy importante definir que es el apoderamiento y como la ley emplea este término, ya que aunque gramaticalmente el hecho de remover una cosa, tocarla o llevársela, son términos semejantes, para el derecho tiene un significado muy distinto; el Maestro Sebastian Soler es muy claro a este respecto: "Por eso, las definiciones de la acción adoptan generalmente una expresión desdoblada, en la cual una parte se refiere a la acción material en si misma y la otra al contenido subjetivo que caracteriza esa acción". (6)

Tomando en cuenta lo anterior, vemos que toda acción de tomar, - remover, llevarse una cosa, etc. trae aparejada obviamente un comportamiento psicológico concomitante con el acto que se lleva a cabo; ésto es, el verbo --apoderarse encuadra una "Noción compuesta, comprensiva de un acto material y de un propósito". (7)

Las acciones de quitar, llevarse la cosa, remover, etc., únicamente representan las formas con que materialmente se realizó el apoderamiento del legítimo dueño y lógico es pensar que en todos estos actos existe siempre una intención particular. Redondeando la idea, el Doctor Fontan Balestra comenta: "Consideramos entonces que la exigencia subjetiva del delito de hurto se completa con el dolo, consistente en la conciencia de que la cosa que se toma es ajena y el propósito de apoderarse de ella". (8)

Por lo tanto no es suficiente para que se tipifique el delito de robo, la remoción o desplazamiento de la cosa; se requiere que dicho desplazamiento o remoción se ejecute con intención de apropiación.

(6) Soler Sebastian. Derecho Penal Argentino. Primera Reimpresión. Tomo IV Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1951. Pág. 187.

(7) Soler Sebastian citando a Núñez Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Op. Cit. Pág. 189.

(8) Fontan Balestra Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Abellido-Perrot Buenos Aires, Argentina. Pág. 430.

En nuestro derecho, el acto de apoderarse estriba en la acción de poner bajo su dominio y acción inmediata una cosa que antes de ésto se encontraba en poder de otro; ésto es, llevar a su poder una cosa ajena, por lo tanto, - en el robo se requiere un evento consecutivo a la acción, y es precisamente el desplazamiento del objeto ajeno. Si no hay una acción de apoderamiento de la cosa, si la cosa no se toma, sino que se recibe, no puede haber robo; ésto es - muy significativo, ya que es un elemento de diferenciación con el abuso de confianza, tomando en consideración que en el robo la cosa se toma, se apodera y - en el abuso de confianza, se recibe.

Es muy importante hacer notar que en el delito de robo, cuando el sujeto se apodera de la cosa mueble, no adquiere un dominio sobre la cosa, sino únicamente adquiere el poder sobre la misma y ésto se debe a que el legítimo -- dueño de la cosa robada no puede perder el dominio a pesar de que no esta en su poder la cosa; pierde el poder, más no el dominio, ya que de cualquier manera - la cosa sigue siendo suya. El apoderarse de una cosa trae como consecuencia la pérdida de poder de parte de la víctima y también por ende, la adquisición de - poder por parte del ladrón.

Tal y como lo expresa Binding -citado por muchos tratadistas-, -- el que se apodera de una cosa quiere llegar a ser de hecho lo que el propietario es de derecho.

Por otra parte, el apoderamiento puede consistir en una aprehensión directa, cuando el sujeto activo se hace de la cosa utilizando su propia - fuerza física, sus órganos, ésto es, lo toma con sus manos; estaremos en el supuesto de una aprehensión indirecta, cuando el ladrón para hacerse de la cosa, - emplea otros medios como sería el caso de terceras personas, instrumentos manuales o mecánicos, animales amaestrados, etc.

En el delito de robo, el verbo apoderarse es el elemento principal y donde estriba la diferencia fundamental con los otros delitos de enriquecimiento indebido. El Maestro González de la Vega, expone: "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 y a título

lo de tenencia; la infracción abusiva radica no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene 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 constitucional, por lo que 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". (9)

Asimismo por nuestra parte diremos que en el delito de robo se actúa sobre la cosa, mientras que en el fraude se actúa sobre la voluntad del ofendido.

Sin intentar involucrarnos en teorías, el robo se consuma con el apoderamiento según nuestro Código Penal Artículo 369, que a la letra dice: -- "Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tienen en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella".

Resulta importante advertir que el Código Penal de 1871, daba por consumado el robo en el instante en que el sujeto activo tenía en sus manos la cosa robada; afortunadamente el código actual modificó esa frase, la cual ya incluye la forma de apoderamiento desviado o indirecto, lo que no sucedía con el antiguo código que únicamente lo limitaba a la forma de apoderamiento directo.

Para terminar, consideramos que el concepto de apoderamiento es un término abstracto, que se debe de delimitar no materialmente sino jurídicamente.

b) Cosa Ajena Mueble: Resulta muy difícil la palabra cosa, en virtud de que tiene un sinnúmero de significados, dependiendo del enfoque que se le dé. Gramaticalmente una cosa es todo aquello que tiene entidad, que tiene esencia, bien sea real o imaginaria, natural o artificial.

En términos jurídicos "La cosa físicamente delimitada y potencial

mente util al hombre, deviene bien jurídico en cuanto sirve para satisfacer sus necesidades, ésto es, los intereses de un sujeto determinado. Todo bien es, - por consiguiente una cosa pero no toda cosa es un bien". (10)

Por lo que respecta al valor económico de la cosa, a nuestro Derecho Penal no interesa, como tampoco le interesa su valor de uso; más adelante - trataremos este punto.

El Código Penal no define que es un bien mueble, no así el Código Civil que en sus artículos 752, 753 y 754 establece: Artículo 752: "Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley"; Artículo 753: - "Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior" y Artículo 754: "Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones- y los derechos o acciones que tienen por objeto cosa muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal".

Existen también ciertos bienes muebles, que mientras esten adheridos o incorporados a un bien inmueble, tienen esta última calidad, pero separados vuelven a ser muebles; así sucede con los árboles y plantas que mientras esten unidos a la tierra son inmuebles y se convierten en bienes muebles, si - se les desincorpora. Como acertadamente menciona González de la Vega "...estos inmuebles por ficción -verdaderos muebles por su naturaleza- recobran su calidad legal de muebles cuando el mismo dueño (y no otra persona) los separa del edificio o heredad". (11)

En fin, que hay una cantidad considerable de supuestos que el Código Civil menciona pero para nuestro estudio sólo nos interesan las cosas materiales y corpóreas. De cualquier manera y observando todas las posibilidades que el Código Civil señala, para saber cuando estamos en presencia de un bien mueble o inmueble por su naturaleza, disposición de la ley o por accesión o destino, somos de la opinión que en materia penal únicamente debemos de aten-

(10) Jiménez Huerta Mariano Op. Cit. Pág. 45.

(11) González de la Vega Francisco. Op. Cit. Pág. 171.

der a la naturaleza real de la cosa objeto del apoderamiento.

Hay ciertos bienes que no son capaces de apoderamiento -cosas in corporales- como son los créditos, derechos, ideas, etc., con la lógica consecuencia que no pueden llegar a tipificar un robo; ahora bien si esas ideas, de rechos o créditos están insertos o asentados en un documento, entonces si existira robo ya que se convierten en cosas corpóreas.

Sin embargo existen cosas incorpóreas que por disposición de la ley se equipara al robo, teniendo la misma sanción; el artículo 368 establece en su fracción II: Se equipará al robo y se castigarán como tal - II: El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de él.

Es importante hacer notar la diferencia de verbos que emplea el Código Penal, ya que por un lado al definir al delito de robo utiliza el vocablo "apoderamiento" y al referirse a los delitos equiparables al robo, en la fracción II habla de "aprovechar" en donde lógico resulta pensar que ya no se refiere a objetos corpóreos, pues sería absurdo que una persona se apodere - (poner bajo su poder físicamente) de energía eléctrica o algún otro fluido.

Podemos encontrar bienes corporales en estado líquido, como es el caso del agua y existe cierta problemática para saber si estamos ante un robo o un despojo; si un sujeto se apodera del líquido estando éste envasado o embotellado, indudablemente que es robo, tomando en consideración que tiene que removerlo del lugar, asimismo si el sujeto se introduce a la propiedad de su vecino y con una cubeta saca agua del pozo, igualmente estaríamos ante un robo, aunque ese estanque sea un bien inmueble o forma parte de él, ya que el sujeto activo le da movilidad a ese líquido y lo separa. Por el contrario si el individuo en lugar de sacar agua del pozo, hace una horadación desde su propiedad directamente hacia donde está el agua desviándolas a su propiedad, estamos en presencia del delito de despojo, toda vez que éste bien, o sea el agua no pierde su calidad de inmueble.

Con respecto al valor del objeto materia del robo, esta calidad-

es secundaria para nuestro derecho en cuanto que el valor de cambio o de uso - de un objeto en nada destruye el delito de robo; es intrascendente y tan es -- así que aunque no tenga ningún valor, inclusive ni para el ladrón, sigue existiendo el delito de robo. El Código Penal establece en su artículo 371: "Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del - - objeto del apoderamiento, pero sí por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar el valor, se aplicará. .."

Jiménez Huerta comenta al respecto "El código sigue en este punto la mejor dirección jurídica, pues el patrimonio no se integra sólo por las cosas que tienen un valor de cambio estimable en dinero, sino también por aquellas que sólo tienen un valor en uso, éste es, que satisfacen los gustos, las aficiones y los afectos de su titular. Empero si conforme a las imperantes - concepciones económicas y sociales la cosa carece de valor en cambio y de valor de afección, el delito de robo no sería configurable, pues faltaría el interés jurídico patrimonial en el tutelado".(12)

No estamos de acuerdo por lo comentado por el Maestro Jiménez -- Huerta, puesto que la tutela penal protegida en este delito no estriba en su - valor o no valor de lo robado, sino en la relación dominical que se tiene ---- sobre el objeto. Para que exista robo, no depende de la lesión patrimonial, - sino a la lesión al derecho de propiedad que recae sobre el objeto materia del robo.

Definitivamente la circunstancia de que un objeto tenga o no valor de cambio o de uso, en nada altera la relación dominical y por lo tanto el robo siempre existirá.

Confirmado lo anterior, la Jurisprudencia Mexicana ha sostenido que siendo el robo "delito de contenido patrimonial, tutela el derecho de propiedad, así como la posesión de bienes muebles y derechos personales relativos a la cosa". (Tesis 3233 Jurisprudencia 1955-1963. Mayo Ediciones. 1979)

(12) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 51.

Tocante a la ajenidad de la cosa mueble, debemos de aclarar que, el robo sólo puede recaer sobre una cosa que sea ajena. "Es cosa ajena para los efectos de este artículo la que en el momento del hecho, es propiedad o está en posesión, o es propiedad y está en posesión conjuntamente de persona diversa de la que la toma". (13)

Siguiendo los comentarios del Maestro Cuello Calón, entonces basta que la cosa sea sustraída ya no al propietario poseedor, sino simplemente al poseedor para que se tipifique el delito de robo.

Que sucede si el legítimo propietario se apodera de la cosa la cual tiene el legítimo poseedor; no hay robo, ya que si el propietario le entrega la cosa a un tercero a título de prenda, depósito, etc., y luego se apodera de ella obviamente no existirá este delito, por que la cosa no ha dejado de ser de su propiedad, por consiguiente no está incluido en el robo la cosa propia.

Por cosa ajena debemos entender, aquello que no pertenece al sujeto activo y que por lo tanto, el propietario no puede ser autor del delito de robo.

Sobre la cosa propia no puede haber robo, aunque si pueden existir otros delitos. El Artículo 368, Fracción I, establece: "Se equiparán al robo y se castigarán como tal: I.- La disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutados intencionalmente por el dueño, si la cosa se halla en poder de otro a título de prenda o de depósito, decretado por una autoridad o hecho con su intervención o mediante contrato público o privado".

Es decir se equipara al robo más no es un robo, ya que hace falta el elemento cosa ajena, que es imprescindible.

Respecto de los bienes monstrencos, éstos son bienes abandonados

(13) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. (Parte Especial) Cuarta Edición, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1945. Pág. 118.

o perdidos, definiéndolos el Código Civil en su Artículo 774: "Son bienes mostrados, los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore". Es necesario distinguir entre cosa perdida y cosas abandonadas; las cosas perdidas son cosas ajenas pero sin poder actual, sin custodia y las abandonadas, son cosas - que voluntariamente han salido de un patrimonio, es decir, el legítimo propietario abdica a sus derechos dominicales y por lo tanto cualquier persona legítimamente puede cobrar poder sobre ella, con la condición de que dentro de los -- tres días siguientes al hallazgo ponga la cosa a disposición de la autoridad -- tal y como versa el Artículo 775 del Código Civil.

El abandono lógicamente debe de realizarlo el dueño de la cosa y nadie más; pensamos que de cualquier manera es difícil probar que una cosa fue abandonada.

En cuanto a las cosas perdidas, éstas siguen siendo ajenas y por lo tanto, no pueden ser objeto de apropiación, el dueño no ha renunciado a su propiedad, simplemente ha dejado de poseer. Existe el problema de saber realmente que cosas son perdidas y cuales no; no podemos hablar por ejemplo de una bicicleta como una cosa perdida cuando ésta se encuentra recargada a un lado de la puerta de entrada a un supermercado. "No es cosa perdida la que ésta en poder del titular del patrimonio aunque éste ignore el lugar en que se halla. El libro de nuestra biblioteca no puede considerarse perdido por el hecho de que - no sepamos el lugar exacto en que se halla, ni tampoco con el billete de banco que en nuestra casa se nos cae del bolsillo. Contrariamente es cosa perdida, - la pitillera de oro que se salió de nuestra chaqueta cuando a caballo corríamos por el parque. Para determinar si una cosa esta efectivamente perdida hay que recurrir -como indica Anglotti- a los usos y costumbres y a su destino y naturaleza propia y en general a la conciencia social, esto es, a la valoración histórica social del momento". (14)

Pensamos que el apoderamiento de una cosa perdida, no puede llegar a tipificar el delito de robo; por un lado, el Código Penal no hace mención alguna sobre las cosas perdidas y por otro lado, el Código Civil al respecto es

(14) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 56.

tablece en su Artículo 775, que el que se encuentre una cosa abandonada o perdida, tiene la obligación de entregarla a la autoridad en un término de tres días. Es decir, la ley permite una posesión legítima, pero por tres días; - - transcurrido ese tiempo, la persona que no haga entrega a la autoridad del - - bien perdido o abandonado, automáticamente se constituye en sujeto activo del delito de retención indebida, tomando en consideración que la autoridad respectiva es la que está facultada legalmente para recibirla, depositarla y según el caso rematarla.

Sin embargo es interesante la opinión del Profesor Eusebio Gómez "...respondiendo al concepto de que la simple ocupación de la cosa hallada no puede constituir delito, siendo necesario que se exteriorice la intención de -- apropiarsela, lo que no ocurre en el instante del apoderamiento, sino después, cuando el que la encontró está ya en posesión de la misma". (15)

Y por nuestra parte agregamos a los comentarios del Maestro ---- Gómez que, en México y siguiendo los lineamientos del Código Civil, estaremos en presencia de una posesión delictuosa una vez transcurrido el término que - nos señala la ley.

El Maestro Ignacio Mendoza Iglesias, comenta: "Las cosas perdidas o abandonadas no son susceptibles del delito de robo, puesto que si la ley autoriza y legitima la toma de poder sobre las mismas, resulta obvio que no se puede generar la acción típica constitutiva de esa infracción; eventualmente - la conducta podrá ser constitutiva del delito de abuso de confianza en sus expresiones de disposición o retención si no se diere cumplimiento a lo ordenado por el Artículo 775 del Código Civil pues concluido el término de tres días -- que en el mismo precepto se señala, la detentación de las cosas se torna ilegítima con la posible consecuencia jurídica comentada". (16)

Acerca de los dos últimos elementos que integran el delito de robo -sin consentimiento y sin derecho- el apoderamiento debe llevarse a cabo --

(15) Gómez Eusebio. Op. Cit. Pág. 52

(16) Mendoza Iglesias Ignacio. Su Cátedra en la Escuela Libre de Derecho.

sin la voluntad de su dueño; si el sujeto activo toma la cosa ajena con el consentimiento del dueño, lógicamente no habrá delito.

"El consentimiento para excluir el hurto ha de ser prestado por persona capaz de disponer de sus bienes. La falta de oposición del dueño al --apoderamiento de la cosa no basta para excluir el delito cuando sea debido a intimidación o a engaño, pero entonces cambia el título del delito, constituyendo en aquel caso un robo y en éste una estafa. Tan solo el consentimiento prestado libre y espontáneamente puede excluir el hurto". (17)

El consentimiento puede ser expreso o tácito, pero es necesario que se dé esa voluntad antes del acto de apoderamiento, ya que si se otorga ese consentimiento después del apoderamiento, el delito de robo no se destruye en virtud de que esta consumado.

Es importante recalcar que el autor de un robo debe estar conciente de que el apoderamiento se verifica sin la voluntad del dueño de la cosa robada; si el sujeto activo cree contar en forma fundada con el consentimiento del dueño, obviamente no habrá robo, toda vez que falta uno de los elementos --fundamentales para integrar el delito en cuestión.

El que se apodera de una cosa que creyó propia, que sabe y tiene la convicción de que no es ajena, aunque efectivamente esa cosa no le pertenezca, no comete el delito de robo, ya que no existe la intención de desapoderar al legítimo propietario. Lo mismo sucede con el que se apodera de una cosa creyendo que tiene derecho a ello.

El Código Penal al definir al robo termina con la frase "sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella"; pensamos que esta frase sale sobrando, toda vez que apoderarse de una cosa sin el consentimiento de la persona que pueda disponer de esa cosa conforme a la ley, obviamente esta actuando antijurídicamente, es decir, sin derecho.

(17) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Pág. 121.

REFERENCIA HISTORICA

El llamado furtum o robo, como lo conocemos actualmente, a principios de nuestra historia, tenía un significado más extenso en cuanto a sus alcances que hoy en día, ya que "significaba todo acto de apropiación dolosa o fraudulenta de cosa ajena, abarcando por tanto no sólo el hurto, sino el robo, la usurpación y la estafa". (18)

El furtum entre otras características que veremos más adelante, era un delito que únicamente se sancionaba con multa cuando el autor no era -- sorprendido flagrantemente -furtum necmanifestum--; de lo contrario, es decir - si el sujeto activo era sorprendido al momento de cometer el ilícito -furtum manifestum-, su castigo variaba desde los azotes, la esclavitud y en ocasiones hasta la muerte a capricho del ofendido; este tipo de castigo tan drástico era fundamentalmente por que se suponía un mayor peligro para la víctima que tenía que defenderse del ladrón. Con el tiempo, el castigo al ladrón sorprendido, - dejó de ser tan severo, teniendo la obligación únicamente de pagar una multa.

En el derecho romano, el hurto era "el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión". (19)

Desde aquella época únicamente los bienes muebles podrían ser objeto del delito de furtum, no así los bienes inmuebles, ya que como expresa el Maestro González de la Vega. "...en un principio no era conocida la propiedad privada de los inmuebles".

Por medio de la acción "furti", originada por el delito, se creaba una obligación a cargo del ladrón, consistente en el pago de una multa. - Esta acción nunca prescribía y al ladrón siempre se le consideraba persona infame; recaía directamente en el autor del ilícito y si fuesen varios los partícipes, cada uno quedaba obligado por todo lo robado.

(18) Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo Americana. Tomo XXVIII. Primera Parte. Espasa Calpe, S. A. Madrid, España. Pág. 1065.

(19) Petit Eugenc. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción a cargo de José Fernández González. Editora Nacional, México, D.F. Pág. 456.

Sin embargo la acción furti, no se daba entre conyuges ni tampoco el jefe de la familia podría llevarla a cabo en contra de sus hijos que estuvieran bajo su patria potestad. Este tipo de acción era otorgada primeramente al propietario de la cosa robada, pero también se hacía extensiva a personas -- que únicamente tuvieran la posesión o fueran simples detentadores.

Quien llevara a efecto esta acción con legítimo derecho, era -- acreedor a que se le pagara el doble del daño que le ocasionó el robo.

Por otro lado la víctima de un robo tenía la acción "rei vindicatio", consistente en la sanción del derecho de propiedad; podría reivindicar la cosa robada contra cualquier persona, aún contra el adquirente de buena fe.

La ley de las XII tablas permitía al ofendido sacrificar al ladrón que intentara llevar a cabo el robo con armas, así como al que robara de noche.

Ya desde el derecho romano, se distinguía a la rapiña -robo con violencia- de la sustracción astuta y clandestina que generaba el hurto.

Cabe aclarar por último que el hurto en el derecho romano, era un delito privado, ya que únicamente correspondía al perjudicado la acción de perseguir al autor, pudiendo hacerlo también cualquier persona que tuviera interés legítimo en la cosa objeto del hurto.

OBJETO DE LA TUTELA JURIDICA

En el primer capítulo de este estudio asentamos que en nuestro ordenamiento legal, no se protege exclusivamente a la propiedad como bien jurídico, sino también situaciones que se derivan de ello, así como cualquier derecho real o personal que se tenga sobre el bien.

"Dentro del amplio concepto de la propiedad como interés lesionado por los delitos que la ofenden, la sanción contra el hurto protege la pose--

si3n de las cosas muebles, proveniente del ejercicio del derecho de propiedad de una situaci3n de hecho o de un derecho real o personal relativo a la cosa.- La v3ctima del hurto puede ser por lo tanto, el due1o de la cosa, su poseedor o su tenedor civil, cualquiera que sea el car3cter de la posesi3n y el origen de la tenencia". (20)

De acuerdo con los comentarios del Maestro N3ñez, el due1o de un bien ejerce un derecho real, disponiendo a su voluntad de dicho bien; es poseedor aquel que tiene bajo su poder un bien ejerciendo sobre el mismo un poder de hecho. El C3digo Civil, tocante al tema de la posesi3n en su Art3culo 790- establece que "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho".

No podemos negar definitivamente que lo que se protege no es la propiedad 3nicamente, sino tambi3n la posesi3n; es m3s, el ladr3n de un bien - puede llegar a ser v3ctima de robo con respecto a ese bien. Es robo sustraerle la cosa robada al ladr3n.

El Art3culo 367 del C3digo Penal al definir al robo no habla de due1o o propietario, sino que se refiere como v3ctima del robo genericamente - a cualquier persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley; 3sto es, se protege un poder de hecho o de derecho que se tenga sobre las cosas muebles o su posesi3n. El verbo rector de este delito es el apoderamiento y por lo tanto , se comete la infracci3n al desapoderar la cosa a quien la tiene en su poder.

"En el delito de robo el alcance de la tutela penal abarca ampliamente toda posesi3n, 3sto es, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble que le interesa conservar". (21)

(20) N3ñez Ricardo C. Delitos Contra la Propiedad. Principios Generales Hurto - Robo - Extorsi3n. Editorial Bibliogr3fica Argentina. 1951. Buenos Aires Argentina. P3g. 52.

(21) Jim3nez Huerta Mariano. Op. Cit. P3g. 31.

Así pues, la tutela jurídica del robo se extiende a las diversas formas y derechos de posesión sobre las cosas muebles. El sujeto pasivo de un robo pierde la posesión de este bien, más no la propiedad, toda vez que no deja de tener el derecho a poseerla y a llevar a cabo jurídicamente las acciones propias para su recuperación. Si el ladrón es objeto de robo, se vuelve a - - quebrantar la posesión, más no la propiedad ya que ésta la conserva el que tenga el derecho sobre el objeto materia del apoderamiento.

DIFERENCIA ESPECIFICA

En el inciso de este trabajo estudiaremos escuetamente el robo - ordinario -simple calificado- el robo con violencia y ciertas reglas especiales de este delito que entre otros encontramos el robo de uso.

a) Robo Ordinario

El robo ordinario o no violento se divide en simple y calificado; se llama robo simple -hurto en muchas legislaciones extranjeras- el que se lleva a efecto en forma astuta y careciendo de circunstancias que lo califican como son las relativas a lugar y persona que lo comete. Mientras estas características no se den, estaremos siempre en presencia de un robo simple.

Será robo calificado por circunstancias del lugar, aquel que se comete en un lugar cerrado, en edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado o destinado para habitación incluyendo no sólo los que están fijos en la - - tierra sino también los móviles, así como vehículos estacionados y no ocupados por persona alguna y al que se apodere de cabezas de ganado en campo abierto o paraje solitario.

Estaremos en presencia de un robo calificado por condiciones personales, el cometido por dependientes, domésticos, obreros, artesanos, aprendices, discípulos, el huésped o comensal, el propietario o familiares de éste en contra de sus dependientes o domésticos, así como los dueños o dependientes en contra de sus huéspedes o clientes.

Cualquiera que sea la calificativa -bien de persona o bien de lugar- la pena del robo simple se agrava.

No nos detendremos a analizar cada una de las calificativas, pero cabe hacer hincapié en las razones del legislador para agravar la pena cuando se dan esas características; por un lado se aumenta la sanción cuando se comete en lugar cerrado por la mayor peligrosidad que representa el delincuente al introducirse a un lugar que tiene franqueado sus accesos. Si el sujeto no se introduce ilícitamente, éste es, tiene libre acceso y comete el delito de robo, obviamente no será un robo calificado es un robo simple. Pero repetimos, si se comete en lugar cerrado, lesiona también el bien jurídico de la libertad individual y seguridad de los moradores, independientemente que éstos se encuentren o no en el interior al momento de perpetrarse el delito.

El Maestro Soler comenta al respecto: "La razón de la mayor tutela no recae por decirlo así sobre los elementos, sobre las cosas, sino sobre el cerco mismo, sobre el alambrado más que sobre el alambre; en una palabra, sobre la función más que sobre la cosa". (22)

Con respecto a si es robo calificado el hecho de que un sujeto se introduzca a una casa habitación a base de engaños, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado lo siguiente:

"Robo en Casa Habitada: La calificativa de haberse perpetrado el robo en casa habitada, subsiste aún en los casos en que el reo se valga del engaño para introducirse en dicho recinto, ya que es indiferente, para los efectos de la existencia de dicha calificativa el medio de comisión por furtividad engaño violencia de que se valga el agente para entrar a la casa habitada. No existirá tal calificativa, si se autoriza al quejoso a penetrar lícitamente al hogar del ofendido".

(Tesis No. 990. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de 1966 a 1970. Actualización II Penal. Mayo Editores. México).

Cabe aclarar que a comparación de otros ordenamientos extranjeros, nuestra legislación no prevee en forma expresa la calificativa llamada fuerza en las cosas consistentes en el uso de instrumentos de que se sirve el ladrón para entrar a robar como sería el caso del empleo de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante, así como tampoco se contempla el robo calamitoso, aquel que se comete en ocasión de un incendio, explosión, naufragio y en general aprovechando - las facilidades provenientes de cualquier desastre; en el siguiente inciso, cuando veamos lo relativo a los Códigos Penales de 1871 y 1929 abundaremos sobre --- este último comentario.

En relación a la calificativa por circunstancias de la persona que lo comete, muchos tratadistas mencionan que se dá esta agravante por la razón de que se vulnera la fidelidad de que era objeto el ladrón por parte de la víctima; se viola esa seguridad, tática seguridad y confianza inherente a las relaciones - de trabajo, servicio, hospitalidad, etc., entre el sujeto activo y el ofendido.- Es de los llamados delitos propios, es decir sólo se tipifica cuando la persona que lo comete coincida con las cualidades previstas por la ley.

Por nuestra parte, pensamos que la ratio legis que el legislador - ha querido imprimir a este tipo de robos no se debe a ese "quebrantamiento de fe o confianza", sino principalmente como acertadamente comenta el Maestro Quintano Ripolles "por la mayor facilidad que ello reporta al agente para la realización del delito". (23) Esto es, se abusa de la facilidad que su situación de trabajador le proporciona para llevar a efecto el delito y también por otra parte, en la casi nula defensa del perjudicado para evitar el atraco. En resumen, la relación de trabajo que guarda el ladrón con su víctima, es el medio para consumir - el robo, razón por la cual es necesario para que opere la calificativa que el delito se efectúe en horas de trabajo tratándose de un obrero, artesano, aprendiz, etc., en el taller donde habitualmente labora. En cuanto a los sirvientes no importa el lugar donde se lleve a efecto, con tal de que se aproveche de la facilidad que le da el servicio.

(23) Quintano Ripolles Antonio. Compendio de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.
Pág. 333

Problema muy interesante de dilucidar, es el relativo al planteamiento que en ocasiones se presenta con los sirvientes o trabajadores que cometen en contra de sus patrones, el delito de robo confundiéndose con el delito de abuso de confianza; ya hemos estudiado que en el delito de robo, la acción consiste en un apoderamiento y en el abuso de confianza estriba en una disposición; en el robo al trabajador no le fue entregada especialmente la cosa -nunca se le otorgo la tenencia- y en el abuso de confianza si se le entrega especialmente el bien mueble, se le entrega la tenencia no el dominio, para destinarla a cierto fin.

El Maestro González de la Vega comenta al respecto, que en el robo "el infractor va hacia la cosa" y en el abuso de confianza "la cosa va hacia el infractor", no compartimos la opinión de González de la Vega en virtud de que no siempre se dá este supuesto ya que se puede configurar el delito de robo aunque la cosa vaya hacia el infractor; pensamos que nada tiene que ver el hecho de que la cosa vaya o venga insistimos, la cuestión estriba en la acción de apoderarse de algo -robo- o disponer de algo -abuso de confianza-. El Artículo 793 del Código Civil establece: "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 esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor" luego entonces el sirviente o dependiente al apoderarse de la cosa, quebranta la posesión ajena aprovechando la situación de tener en sus manos el objeto, como sería el caso del empleado de un almacén que remueve objetos de un lugar a otro, y se apodera de alguno escondiéndolo entre sus ropas, lógicamente no podríamos hablar de abuso de confianza, sino de robo ya que nunca se le transmitió la tenencia de ese objeto. "El criado que toma en sus manos la bandeja de plata de su patrón y la lleva a la cocina para limpiarla, no efectúa una remoción o desplazamiento que quebranta la posesión que sobre ella tiene el dueño de la cosa; más en vez de devolverla a su lugar la saca de la casa para apropiársela o con el mismo fin se la entrega por la ventana a su complice, realiza un apoderamiento típicamente antijurídico". (24)

b) Robo con Violencia

Ya desde los inicios del derecho romano, existía la acción "vi bonorum raptorum" que se le otorgaba a la víctima de un robo agravado con violencia; al crearse esta acción, era únicamente en los casos en que lo cometieran grupos o bandas y más tarde, se podía llevar a cabo aunque lo ejecutara -- una sola persona. Se conoció también a este tipo de robo con violencia, con el nombre de rapiña. Entre otras características esta acción la "vi bonorum raptorum" prescribía al año de cometido el delito.

Desde sus orígenes en este tipo de robo se veía más que un delito contra el patrimonio, un delito contra las personas.

El Artículo 373 del Código Penal distingue la violencia a las -- personas en física y moral y expresa que "se entiende por violencia física en el robo; la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona" y agrega "hay violencia moral; cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un -- mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla".

Con respecto a la violencia física en las personas, diremos que la razón de la calificativa estriba en que no solamente se pone en peligro bie nes jurídicos de naturaleza patrimonial, sino otros bienes jurídicos de más al to valor que es la vida y la integridad corporal, amén de la mayor peligrosi-- dad del sujeto activo. Pero además compartimos las ideas del Maestro Soler, -- quien expresa: "No solamente entra en consideración el peligro de daño para -- el cuerpo y la salud sino también la propia libertad de disposición, puesto -- que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la vícti-- ma". (25) Esto último se refiere exactamente a lo que nuestra legislación -- llama violencia moral, y que como sostendremos más adelante, en el robo no -- existe este tipo de violencia.

Como ya expresamos, el Código Penal entiende por violencia fisi-

(25) Soler Sebastian. Op. Cit. 262.

ca la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona; debemos de entender a esta fuerza material en el sentido más amplio; ésto es, se necesita - la acción física del hombre sobre la víctima no importando la intensidad; luego entonces, estaremos en presencia de violencia física, el hecho de sujetar, - inmovilizar, encerrar, vendar, empujar a la víctima y en general, todo aquello que imposibilite al ofendido para defenderse. En este tipo de situaciones, la pena del robo simple se aumenta. Ahora bien, si para cometer el robo se lesion o mata a la víctima, o bien se comete otro delito, se aplican las reglas de la acumulación tal como lo establece el Artículo 372 del Código Penal.

No estaremos en presencia de un robo con violencia si para hacerse del objeto se emplea fuerza sobre el, ya que nuestra legislación no preveela calificativa de fuerza en las cosas, pero debe de ser fuerza sobre el objeto y nunca sobre la persona. Ahora bien, existirá tal calificativa si como expresa el Artículo 374 Fracción II, el ladrón ejerce violencia para darse a la fuga o proteger lo robado.

La violencia debe recaer "en las personas", entonces no es requisito indispensable que representa directamente en la víctima, sino que puede - ejercerse sobre otra persona y así lo establece el Artículo 374 en su fracción I: "Cuando se haga a una persona distinta de la robada que se encuentre en - compañía de ella". Asimismo pensamos que es extensiva a toda persona que inntente ayudar o defender a la víctima o proteger lo robado.

Es importante señalar que la violencia que se ejerce es únicamente un medio de apoderarse de lo ajeno. "La calificante se deduce del medio y no del ánimo accidental del agente". (26)

A pesar de que el verbo rector del delito de robo es el apoderamiento, estaremos en presencia de un robo con violencia también cuando a la -- víctima, mediante violencia, se le obliga a entregar el objeto, toda vez que - la entrega no puede llamarse voluntaria al haber sido impuesta por la violencia.

(26) Carrara Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial Vol. IV. Editorial DE PALMA. Buenos Aires, Argentina. 1946. Pág. 156.

Para el derecho penal, no importa que la violencia ejercida cause o no un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima; el delito de robo con -- violencia existirá independientemente de que se produzca o no tal daño.

Por otra parte, la violencia en las personas puede producirse antes del robo, en el instante mismo de cometerse o después de cometido para procurar su impunidad; en este último momento consumativo, la violencia ejercida - debe de ser en un acto continuo. "La violencia posterior al robo, para asegu-- rar su impunidad, debe de ser inmediata. La ley no lo dice pero hay una razón que lo impone: Si entre el robo y la violencia media un sensible espacio de -- tiempo o de lugar, la conexión desaparece". (27).

Cabe advertir que, la violencia ejercida sobre una persona, debe-- siempre de tener como fin último -para que opere el robo con violencia- el apo-- deramiento de la cosa ajena ya que, si al cometer un delito como por ejemplo -- una violación, el delincuente aprovecha para robar, no opera el robo con violen-- cia, sino que estaríamos en presencia de una violación y de un robo a lo sumo - calificado pero no violento. Asimismo, la violencia puede ser ejercida por - - cualquiera de los partícipes en el delito, siendo intrascendente que el que se apodera materialmente del objeto no haya ejercido la violencia.

Cuestión bien interesante de dilucidar, es la relativa a la vio-- lencia moral; el Código Penal en su artículo 373, parte segunda, establece "hay violencia moral; cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal gra-- ve, presente o inmediato, capaz de intimidarlo". Analizando la definición que-- nos da el código, creemos que la violencia moral no es más que una violencia -- física, toda vez que cuando a una persona se le amaga o amenaza en forma inme-- diata y presente, se convierte en un sujeto completamente a merced del ladrón; -- ésto es, no hay ninguna diferencia en cuanto a los medios que se empleen y que-- a la víctima se le ejerza una fuerza material o se le ponga una arma en la cabe-- za para entregar o dejarse quitar el objeto. Pensamos que cuando se ejerce lo que el Código Penal llama violencia moral, es en verdad una violencia física ya que al sujeto, amagándolo o amenazándolo, ésta se convierte en una fuerza mate-- rial que no le deja ninguna posibilidad de acción, de actuar; es por eso que -

creemos que no existe más que una sola violencia en las personas, que la física. "La amenaza inmediata mediante el empleo de una energía física ha sido mirada -- como una hipótesis de violencia tácita, pero en realidad, significa ya el uso de una violencia, pues produce el efecto paralisante que a los fines del robo hace de un acto material, una violencia física". (28)

Reafirmando lo anterior, la violencia en general es la fuerza mediante la cual se priva al sujeto pasivo del libre ejercicio de su voluntad, orillándolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que se le ordene.

En otro orden de ideas, analizaremos someramente ciertos artículos del Código Penal con relación al robo:

Artículo 375: "Cuando el valor de lo robado no pasa de diez veces el salario, sea restituído por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia".

En este tipo de robos, efectivamente como dice el Maestro González de la Vega, "constituye ejemplo claro de un perdón legal", de cualquier manera, el delito queda consumado y los elementos para que no exista pena, vienen implícitos en el mismo artículo.

Dos artículos quedaron parcialmente derogados a partir de las reformas al Código Penal de enero de 1984; nos referimos a los artículos 377 y 378 y decimos parcialmente, ya que en el nuevo artículo 399 Bis. vienen contempladas algunas conductas previstas en los ya derogados diversos 377 y 378; creemos necesario de cualquier manera, transcribir estos dos últimos preceptos.

Artículo 377: "El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o éste contra áquel, no produce responsabilidad penal contra ---

dichas personas. Si además de las personas de que habla este Artículo tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechara a ésta la excusa absoluta, pero para castigarla, se necesita que lo pida el ofendido. Pero si prece diere, acompañare o siguiere al robo algún otro hecho que por si solo constitu ya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley".

A reserva de profundizar los comentarios a este respecto una vez transcritos los otros dos artículos mencionados, es decir el derogado 378 y el de nueva creación el 399 bis. es importante señalar que desapareció la excusa - absolutoria en el robo cometido entre ascendientes y descendientes, y no nada - más en este ilícito, sino también en el abuso de confianza y el fraude, en los cuales se aplicaba este precepto.

Artículo 378: "El robo cometido por un conyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra áquel, por un padrastro - contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce res ponsabilidad pena!; pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a pe tición del agraviado".

Insistimos, estos dos artículos han caducado y veremos ahora el nuevo precepto 399 bis. para luego establecer las comparaciones.

Artículo 399 Bis: "Los delitos previstos en este título se per seguiran por querella de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascen- diente, descendiente, conyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo -- grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad- asimismo hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querella para la persecución de terceros que hubieren incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se re-- fiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por si solo -- constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley. Los- delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena, siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida".

En primer lugar, es de felicitarse por la derogación de la excusa absolutoria en los delitos de robo, fraude y abuso de confianza cometidos entre ascendientes y descendientes; sentimos que la ratio legis de la no responsabilidad penal, fue cosa del pasado cuando todo el patrimonio compuesto por la familia era uno y único, bajo el mando del "pater familias" y de donde al paso del tiempo esa figura ha quedado debilitada amén de la carencia en México -a diferencia de otras legislaciones extranjeras-, de disposiciones que protegen al patrimonio de menores incapaces ya que éstos quedaban bajo el imperio de los ascendientes; es loable la eliminación de esa histórica excusa absolutoria.

Por otra parte, también es encomiable que se incluya como novedad el hecho de la querrela de la parte ofendida, cuando el delito sea cometido por la concubina o concubinario, adoptante o adoptado, tomando en consideración el hecho de preservar hasta donde sea posible la paz familiar.

Asimismo, es menester hacer notar que el nuevo Artículo 399 bis. -- incluye a todos los delitos contra las personas en su patrimonio, cuando antes de la reforma estaba únicamente limitado al robo, fraude y abuso de confianza, - la querrela de la parte ofendida en los ilícitos cometidos por conyuges, hermanos, etc. Por lo demás no existe ninguna otra diferencia con los derogados preceptos 377 y 378.

Ahora bien, la ratio legis de este Artículo -399 bis- se sustenta en la no destrucción de la unidad familiar, en la intención de que el Estado no intervenga en un escándalo familiar en perjuicio exclusivo de esta unión, a menos que lo solicite el ofendido; se deja al arbitrio de éste presentar o no su querrela y el Estado sanamente no interviene de oficio, motivado por la no vulneración de los lazos familiares.

Artículo 379: "No se castigará al que sin emplear engaños ni medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". En la doctrina a este tipo de robo se le llama "robo famélico". En estos casos, - vemos que la ley no descarga ninguna responsabilidad a aquella persona que en momentos realmente apremiantes de supervivencia, roba lo indispensable para él-

o su familia. Al respecto el Profesor Jiménez de Azua expresa: "...Que el robo o el hurto cometido por el hambriento para no morir de inanición, presenta las características de un estado de necesidad, puesto que salva el bien superior, la vida, atacando un interés jurídico de menos categoría: La propiedad de lo robado o hurtado". (29)

Para que opere esta forma de exclusión de la pena, no debe existir engaños ni violencia, tiene que llevarse a cabo una sola vez y la pregunta que nos hacemos ¿Que tanto es lo indispensable? ya que el indigente puede apoderarse de lo indispensable para una sola ocasión o varias; también resulta interesante la cuestión del humilde que se apodera de algo que es propiedad de una persona - que esta en las mismas condiciones pauperrimas que el sujeto activo, es decir, - en intereses iguales ¿cabría la excluyente de responsabilidad?. pensamos que estas situaciones son tan subjetivas que el Juez debe resolverlas con criterios -- adecuados a cada caso en particular. El motor de la acción debe de ser la necesidad, pero una necesidad económica de salvar la vida, más no una necesidad ---- como atinadamente dice Mezger- de salvar el honor como sería el caso de apoderamiento de cartas comprometedoras para salvar el honor. Asimismo cuando la ley - habla de familiares, creemos que únicamente están incluidos aquellos parientes - necesitados y que dependen economicamente del sujeto que lleva a efecto el robo.

Por último analizaremos el robo de uso tipificado por el Código - Penal en su artículo 380: "Al que se le imputare el hecho de haber tomado una - cosa ajena sin consentimiento del dueño o legitimo poseedor y acredite haberla - tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán - de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devol - verla si se le requirió a ello. Además pagará al ofendido como reparación del - daño, el doble de alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada".

Desde el derecho romano se contempla el robo de uso o "furtum Usus" cuando "una persona que detiene la cosa ajena hace de ella un uso ilícito" (30).

(29) Cardenas Raúl F. citando a Jiménez de Azua Luis. Op. Cit. Pág. 245

(30) Petit Eugene. Op. Cit. Pág. 457.

Esto es, en el derecho romano, la cosa ya se tenía legitimamente en su poder y se usaba excediendo sus facultades.

Analizando la definición que nos da el Código Penal sobre el robo de uso, vemos que hay un punto bien interesante que resaltar: Nuestra legislación emplea como verbo rector de este tipo especial de delito, el de "tomar" muy diferente y con un significado muy distinto al verbo que rige al delito de robo en general, que es la palabra "apoderarse"; no es lo mismo apoderarse que tomar, a pesar de que para muchos tratadistas son conceptos sinónimos. Nuestro legislador atinadamente ha empleado en el robo de uso la palabra "tomar" considerando que en este caso, el sujeto activo al cometer la infracción, no tiene la intención ni se conduce como dueño, no tiene el ánimo de apoderarse del objeto como si sucede en el robo. Este es el único caso, que en el delito de robo, el Código Penal emplea el calificativo de "tomar".

En el robo de uso, el delincuente no teniendo el propósito de adueñarse del objeto, se satisface con usar la cosa ajena; este es su fin.

Empero, creemos que no todo el Artículo 380 está acertadamente redactado, tomando en cuenta la frase "siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello", esta infortunada frase da a entender que el ladrón se puede quedar con la cosa el tiempo que se le antoje, usar de ella no devolviéndola espontáneamente, sino esperar a que la encuentren y lo requieran, regresándola a su legítimo propietario y así obtener la mínima pena que impone el robo de uso.

Creemos que esa entrega, para que opere la sanción de este tipo de robo, debería de ser espontánea, al momento de terminar de usar la cosa y no esperar a que se la reclamen ya que esto último trae como consecuencia que cualquier ladrón una vez encontrada la cosa, alegará robo de uso.

Somos de la idea de que además la ley debería de precisar lo de "carácter temporal" ya que esta frase se presta a muchas interpretaciones; - ¿Que es lo temporal? ¿Que tiempo abarca?, una persona puede tomar un caballo y

pasear en el por varios días, regresándolo y alegar que fue robo de uso ya que lo tomó con "carácter temporal". Repetimos, la ley debería de ser más explícita en esos conceptos. La intención del legislador, con respecto al carácter temporal pensamos que no es otra que la de tomar la cosa, usarla en forma inmediata y momentánea para luego devolverla voluntariamente.

Por último para que exista robo de uso, debe de ser precisamente el uso el único fin y no un medio para cometer otro atraco, ya que en este supuesto es robo y no robo de uso.

IV.- DERECHO POSITIVO MEXICANOS: Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931.

Tanto el código vigente como el de 1929, transcriben textualmente la definición del robo que dá el código de 1871; es decir, durante más de un siglo en la legislación mexicana, comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

El código de 1871, en su artículo 369 equipara al robo la destrucción y la sustracción fraudulenta de una cosa mueble ejecutados por el dueño, en el caso de que el objeto se encuentre en poder de otra persona a título de prenda o de depósito por orden de una autoridad o hecho con su intervención; este es el único caso que el código de 1871 equiparará al robo, no así el código de 1929 ni el actual; el de 1929 en su artículo 1113 en su fracción I y el código vigente en su Artículo 368 Fracción I, contempla al robo en los mismos términos del código de 1871. El aprovechamiento de energía eléctrica equipara do al robo, ya que el código de 1871 si prevee la sustracción de energía eléctrica pero en el capítulo de "robo sin violencia".

Es interesante observar dentro de los equiparados al robo, la tercera fracción del artículo que analizamos del código del 29: "El hecho de que alguien se haga servir alguna cosa o admita un servicio cualquiera en un hotel, restaurante, café, casino o establecimiento semejante y no pague el importe del servicio". En realidad, no creemos que esto sea un robo, sino un fraude como atinadamente lo encuadra el código vigente dentro del delito de fraude en el Artículo 387 Fracción IV. El código de 1871, no hace mención alguna a este tipo de delito.

Analizando el Artículo 372 del código de 1871, se tiene por consumado el robo, en el momento en que el ladrón tiene "en sus manos" la cosa robada; es muy importante y muy diferente como ya lo analizamos, el término empleado ya que no es lo mismo "tener en sus manos, que "tienen en su poder"; tener en las manos un objeto, no necesariamente implica quererle robar, pero el tener en su poder definitivamente es con el único ánimo de apropiarse la cosa, de conducirse como dueño; acertadamente tanto el código de 1929 como el-

actual, cambian la frase "tener en sus manos" a "tener en su poder". Por lo demás en cuanto a la consumación del robo, esta redactado en términos similares y con la misma idea.

Otra de las diferencias importantes de señalar, es el robo cometido entre conyuges, en el código del 71 no producía responsabilidad penal "si no estan divorciados", ésto último obviamente sale sobrando. Los dos últimos-códigos, el del 29 y 31, el robo entre conyuges, suegros y yernos, si produce responsabilidad penal pero sólo a petición del agraviado. Con respecto al robo cometido entre ascendientes y descendientes hasta hace poco tiempo, no existía responsabilidad penal, ni en el del 31 -hasta antes de las reformas recientes ni en los otros dos ordenamientos que le precedieron. Hoy en día el robo-cometido entre estos parientes es penado, con la condición de que lo solicite - el ofendido.

Con respecto al "perdón legal" -que mencionábamos en el inciso anterior- consistente en que el ladrón restituya espontáneamente lo robado y - que no rebase cierta cantidad, en el código del 29 operaba siempre y cuando la autoridad no tomara conocimiento del hecho; en el código de 1871, el delincuente podía beneficiarse con este tipo de perdón hasta antes de que se le dictara el auto de formal prisión: En este aspecto, el código actual, sigue los lineamientos del código de 1929.

Asimismo desde el código de 1871, ya se tipificaba el robo cometido por los dependientes, los criados contra sus patrones o familiares de éstos últimos, huésped, obreros, el dueño o algún miembro de su familia contra - los sirvientes, etc. El código del 29, de igual manera preveía este tipo de - robos.

Los códigos de 1871 y el de 1929 a diferencia del actual, sí contemplaban el robo que se cometía aprovechándose de la consternación por una -- desgracia personal o familiar del ofendido; así como también, cuando el robo - se llevaba a cabo durante un incendio, naufragio, inundación, etc. aprovechándose del desorden y confusión.

Otra de las importantes diferencias de los tres códigos que comen-
tamos, es el aumento de la pena que señalaban los códigos de 1871 y 1929, cuan-
do concurrían a la ejecución de un robo, la circunstancia de que los ladrones -
seán dos o más, o bien ejecutar el robo de noche llevándose armas o con escala-
miento, fractura, horadación o excavación en interiores o con llaves falsas, es
decir, ejerciendo fuerza en las cosas. En este punto es importante advertir --
que, a pesar de que nuestro código específicamente no menciona la fuerza en las
cosas, no hace alusión alguna en cuanto a los robos cometidos con llaves falsas,
excavaciones, horadaciones, escalamiento, fracturas, etc., creemos que si está-
tácitamente agravada la pena y prevista en el artículo 372 del actual código, -
ya que un delincuente que ejercita fuerza en las cosas, comete necesariamente -
un robo con violencia, una violación física hacia las cosas y que para los fi-
nes del robo, facilitan la ejecución de éste.

El error del legislador del código vigente es, en primer lugar -
la difrencia entre violencia física y moral que como ya dijimos, no existe --
más que una sola, que es la física, error que data desde los otros dos códigos-
ya que también hacen esa diferencia y por otro lado, pensamos que no se debió -
definir la violencia física en el robo únicamente como la "fuerza material que-
para cometerlo se hace a una persona" sino que debió de haber agregado "y a las
cosas para facilitar el apoderamiento". En fin, de cualquier manera pensamos -
e insistimos que el robo con fuerza en las cosas encuadra en el artículo 372 --
del código actual, a falta del casuismo de que carece. Somos de la idea de que
por quererse ahorrar trabajo o esfuerzo, el código actual dejó muchas lagunas,-
pudiendo seguir perfectamente bien los conceptos y detalles a que hacen mención
los códigos de 1871 y 1929.

Por otra parte, el llamado "robo de uso", no se tipifica en el -
código de 1871; fue a partir de la legislación penal de 1929 que contempla este
tipo especial de robo. El actual ordenamiento, transcribe exactamente la defi-
nición que nos da el artículo 1138 del código del 29 sobre el robo de uso.

Para terminar pensamos que son más los errores que los aciertos-
del código actual en relación a los otros dos códigos; analizando someramente -
el código de 1871, vemos que contempla a diferencia del actual y en algunas ---

cosas también del código de 1929, el apoderamiento de objetos sustraídos de un cadaver, el robo de correspondencia conducida por cuenta de la administración-pública, robo de autos civiles o documentos públicos, robo de causa criminal, etc., así como también define lo que es un lugar cerrado, dependencias de un edificio, caminos públicos y en fin una serie de especificaciones que creemos carece el código actual ya que si por un lado deja de tipificar muchos casos - específicos, como inovaciones encontramos muy pocas, como sería el caso del robo famélico o robo de indigente el cual en el capítulo del robo, no hacen mención alguna los códigos de 1871 y el de 1929.

ABUSO DE CONFIANZAA) CONCEPTO

Este tipo de delito llamado en México abuso de confianza, tiene en otras legislaciones extranjeras denominaciones distintas, como acontece en el español, italiano o alemán que recibe el nombre de apropiación indebida o - en el argentino que se encuentra encuadrado dentro de los "casos especiales de defraudación".

Nuestra legislación actual, en su Artículo 382, define el abuso de confianza de la siguiente manera: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble de la que se le haya - - transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión... "A reserva de que analicemos más adelante los elementos fundamentales de este delito, es preciso establecer desde ahora que el verbo rector de este ilícito es - el de "disponer".

Es importante hacer notar que en el delito de abuso de confianza, la expresión "confianza" no debemos entenderla en toda su amplitud, tomando en consideración que no siempre se establece entre el sujeto activo y la -- víctima ese vínculo de confianza, sino simplemente una relación de conocimiento personal de ambas partes. "Para las figuras que ahora estudiaremos, lo importante es cierta forma de confianza que podríamos llamar jurídica, por que - la protección penal interviene para garantizar el cumplimiento de cierta clase de tratos cuya efectiva ejecución no es posible sino sobre la base de la buena fe". (31)

Como ya hemos visto se desprenden varios elementos de la definición que nos da el artículo 382 del Código Penal: El perjuicio, la disposi--- ción para sí o para otro, esa disposición debe de versar sobre cosas muebles - ajenas y como último elemento, una transmisión de tenencia y no de dominio de dicha cosa mueble.

(31) Soler Sebastian. Op. Cit. Pág. 407.

a) Perjuicio: Es el primer requisito que la ley señala, lo cual no es indispensable recalcar, ya que es el elemento constitutivo de todos los delitos contra el patrimonio; sin embargo, creemos que si es importante recordar que si bien el beneficio del autor o de un tercero, es un elemento típico, también, lo es el perjuicio patrimonial que se causa a la víctima.

El perjuicio tiene que ser causado a "alguien", es irrelevante - que este "alguien" sea o no la persona que entregó la cosa. Así por ejemplo, - el perjuicio puede soportarlo un arrendatario, comodatario o cualquier persona que legalmente hubiere transmitido el bien mueble o tenga derechos sobre ella.

Por otro lado, para que se cause un perjuicio patrimonial no es necesario que exista privación definitiva de la propiedad, basta tan solo con privaciones temporales, ya que esto también trae aparejado perjuicios económicos.

En este delito el perjuicio va a ser el resultado de ese abuso - de confianza; el perjuicio o daño se traduce en una disminución en los bienes - o derechos del sujeto pasivo.

b) Disposición: Como indicamos líneas atrás, la piedra angular del delito de abuso de confianza, consiste en el verbo "disponer" y que aparentemente es una palabra sin mayores alcances, pero que para nuestro estudio es muy significativa.

El hecho de disponer de una cosa ajena, es tanto como convertirse en propietario, conducirse como dueño de ella. "El verbo definitorio y distintivo de nuestro abuso de confianza, consiste en disponer para sí o para - - otro, en perjuicio de tercero. En el caso, disponer vale tanto como apropiarse o comportarse como dueño de una cosa ajena mueble, de la que sólo se tiene la tenencia y no el dominio. Y esa disposición o ejecución de actos dominicales, debe de ir acompañado de la conciencia de que la cosa mueble es ajena y - que se realizan esos actos de dueño en detrimento patrimonial de un tercero"-

(32)

(32) Mendoza Iglesias Ignacio. Op. Cit.

La disposición como la propia ley lo expresa, puede ser en beneficio del sujeto que tiene la tenencia o bien, en provecho de algún tercero.

El Maestro González de la Vega menciona que "la consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa" y nosotros por nuestra parte, agregamos que no solamente el incumplimiento se da -- cuando no se restituye el bien mueble, sino que también existe incumplimiento o violación a la confianza otorgada, cuando se entrega la tenencia de dicho bien para que se destine a cierto fin y no se cumple.

En otro orden de ideas, creemos muy importante que no toda extralimitación de la persona a la cual se le transmitió la tenencia, implica abuso de confianza, ya que insistimos se requiere que el individuo se comporte como dueño se haga dueño de la cosa. "El delito de abuso de confianza se configura por la apropiación indebida del objeto sobre que recae y no por el uso abusivo de dicho objeto". (33)

c) Cosas Muebles Ajenas: En el capítulo del robo, este punto lo tratamos en forma extensiva, por lo que en obviada de repeticiones, no haremos más comentarios. Sin embargo resulta interesante lo expresado por el Maestro Cuello Calón, quien al respecto manifiesta: "Nuestro legislador, como el francés, no ha incriminado más que el abuso de confianza respecto de los muebles, - por que la propiedad inmueble no esta expuesta a los mismos peligros que la propiedad mobiliaria. Aquel cuyo dinero, efectos o cosas muebles hayan sido disipados generalmente, no volverá a encontrarlos, lo cual no sucede con los inmuebles". (34)

d) Transmisión de Tenencia y no de Dominio: Como último elemento constitutivo de este delito, se requiere que la cosa mueble haya sido transmitida a título de simple tenencia y nunca el dominio de la misma; es lógico pensar que si se le transmitió el dominio -entendida esta palabra con todo lo que implica-, jamás existirá abuso de confianza. El hecho de una transmisión de la -

(33) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 126.

(34) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Pág. 220

tenencia, no es otra cosa que el transmitir la posesión corporal del bien mueble o como lo llama el Maestro Jiménez Huerta, el "independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito". Agrega Jiménez Huerta y con acierto, que "sólo puede estimarse que se ha transmitido a ésta dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejercita con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que la transmitió".

Pensamos que hay que resaltar el ejercicio de ese poder con autonomía e independencia, en virtud de que va a depender de eso, el hecho que se tipifique como robo o abuso de confianza; el simple contacto físico con la cosa, no integra este último delito, sino el robo ya que no implica una transmisión de un poder de hecho ni mucho menos existe autonomía e independencia con el objeto. Es importante insistir en este punto, tomando en consideración la trascendencia de un conflicto entre ambos delitos.

A continuación y para tener una idea más clara al respecto, transcribimos una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Robo y Abuso de Confianza. Lo constituye el hecho de que el empleado en razón de la dependencia o función que desempeñe, y a pesar de que tenga acceso a la cosa, si se apodera o sustrae ésta, sin haber recibido la tenencia o custodia correspondiente, no incurre en el delito de abuso de confianza, sino en el de robo, por virtud de no haber salido la cosa de la esfera de custodia del dueño. (Tesis No. 2591. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. II Parte. II Actualización Penal. 1971-1973. Mayo Editores. México). Así las cosas, lógicamente no podemos pensar en un abuso de confianza cuando a un sujeto se le entrega por instantes, la custodia de un vehículo, mientras el propietario realiza una llamada telefónica o se baja del automóvil para comprar cigarrillos, o en fin cualquier otro ejemplo donde no puede existir transmisión de tenencia, como tampoco existe una autonomía e independencia, sino simplemente una custodia física de hecho y momentánea.

REFERENCIA HISTORICA

El hecho de apropiarse de una cosa recibida con la obligación de

devolverla, es decir el ilícito traslado de la posesión a propiedad, que hoy en día conocemos en México como abuso de confianza, en la antigüedad fue considerada una modalidad del furtum, el furtum possessionis o hurto de posesión.

Como ya quedo establecido en el capítulo precedente, el hurto era en el derecho romano, "el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión". (35)

Con esta definición del derecho romano, podemos advertir que en el furtum, quedaban incluida en una sola figura tanto el robo -como lo conocemos hoy en día- como el abuso de confianza y fraude. Y esto se debe a que antiguamente se tomaba como base de este tipo de delito, únicamente el hecho de apropiarse sin derecho de un bien mueble ajeno sin importar la forma de ejecutar esa conducta.

A finales del siglo XVIII, Francia creó una figura intermedia entre el hurto y el fraude (estafa) y que se conoció con el nombre de "Abuso de Confianza", la cual poco a poco fue solidificándose como un delito autónomo, --alejándose del hurto por no tener dentro de sus características el apoderamiento, y del fraude por no existir engaño.

"El delito de abuso de confianza es de moderna creación. Originalmente estuvo indiferenciado y fundido en el del furtum y posteriormente en el que hoy conocemos con el nombre de fraude o estafa, empero con las razones ontológicas de las conductas integradoras de uno y otros eran distintos, lentamente pero con trazos firmes fue típicamente independizándose el hecho constitutivo del que ahora denominamos delito de abuso de confianza, hasta alcanzar el razgo autónomo que en la actualidad tiene". (36)

(35) Petit Eugene. Op. Cit. Pág. 456.

(36) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 118.

OBJETO DE LA TUTELA JURIDICA

En el delito que nos ocupa es bien importante hacer resaltar que, para poder hablar de la existencia de un abuso de confianza, es necesaria la -- disposición de una cosa mueble, sobre la base de que se le transmitió únicamente la tenencia y no el dominio.

Una vez que el sujeto activo dispone de ese bien mueble, ataca en forma concreta y exclusiva a la propiedad y ya no a la posesión, como sucede en el robo, ya que de antemano tenía dicha posesión. Cabe aquí recordar que, esa tenencia del bien debe de dejar al abusario en posibilidad de actuar en forma - autónoma e independiente por que de no ser así, cometería un robo y no abuso de confianza en virtud de que se llevaría a efecto un apoderamiento y no una dispo sición del bien.

No podemos pensar que el objeto de la tutela jurídica esté susten tada sobre la base del quebrantamiento de un vínculo de lealtad y confianza, ya que independientemente de esos lazos, no es elemento esencial y se tipifica el delito aunque no existen esas características personales; redondeando la idea - nos apoyamos en el criterio del Maestro Jiménez Huerta al comentar que el inte-rés jurídico protegido no es la confianza tomando en consideración que "el abu-so que de ella hace el sujeto activo no tiene otra significación que la de ser- el medio del que el agente se vale para lesionar un interés patrimonial. (37)

De todo esto se advierte claramente que el objeto de la tutela ju rídica en el abuso de confianza es el patrimonio, entendido éste en su signifi- cado más amplio; la ley penal protege y tutela no sólo al propietario, al dueño de un bien mueble que ha transmitido la tenencia, sino también al legítimo pose- edor que estando autorizado, transfiere el bien.

Algunos autores sostienen que el objeto de la tutela jurídica - - está encaminado únicamente a la propiedad, resultando aberrante compartir esas-

(37) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 120.

ideas ya que, estaríamos en presencia del supuesto caso y único de que solamente tendría que ser el propietario el que transfiriera la tenencia, quedando por lo tanto sin contemplación punitiva, el hecho de que un tercero entregara la tenencia como sucede con el arrendatario, el comodatario o cualquier persona autorizada por el propietario. Y tan es así que el propio Código Penal al definir el delito de abuso de confianza expresa que "al que en perjuicio de alguien" y este alguien puede ser cualquier persona con derecho sobre el bien, no haciendo el ordenamiento legal mención alguna del propietario o de dueño.

DIFERENCIA ESPECIFICA

Ya hemos visto que el verbo rector de este delito consiste en disponer, lo cual significa conducirse como dueño, comportarse como tal; ahora bien ¿que sucede si una persona al tener la posesión de un bien mueble, no devuelve la cosa, sino que prolonga indebidamente la tenencia?. En este ejemplo, partimos de la base de que dicho sujeto no tiene el ánimo de disponer del bien no tiene esa voluntad; o bien que la retenga sin derecho y no la quiera devolver, teniendo el mismo ánimo de la no disposición. Pensamos que en el supuesto de los dos ejemplos el sujeto en estricto derecho, no comete abuso de confianza. La Jurisprudencia Argentina expresa lo siguiente: "Entre los fallos ha dicho el mencionado tribunal que la apropiación tiene que exteriorizarse forzosamente por medio de actos concretos, materiales y objetivos que revelen en forma inequívoca el Animus Rem Sibi Habendi lo que resulta lógico por que si el agente retiene el objeto en forma abusiva, pero a simple título de tenedor, no puede cometer éste un delito, que ha dado en llamarse Apropiación Indebida, precisamente por que como presupuesto indispensable se requiere que el sujeto activo se comporte como dueño y señor con todas las facultades de disposición que surgen de tal carácter". (38)

Empero, únicamente para la imposición de la pena, más no por que se considere un abuso de confianza, el artículo 384 establece: "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-

(38) Ramos Mejía Enrique. Estudios de Derecho Penal. Editorial Ideas Buenos Aires, Argentina. 1947. Pág. 199.

tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley". Vemos que aquí opera claramente lo que es el delito -- por omisión, pero insistimos, no es abuso de confianza, si no se demuestra contundentemente el ánimo de disposición.

Por otro lado, resulta bien interesante la cuestión relativa al sujeto, que debiendo destinar a cierto fin el bien mueble, no lo hace y únicamente se limita a hacer uso de éste, sin la intención de disponer; a esto se le ha hecho llamar en doctrina "Abuso de Uso" o "Abuso de Posesión". Pensamos que si se demuestra fehacientemente la no intención de disponer de la cosa, solamente constituye una violación a las obligaciones civiles, cuyo resarcimiento debe llevarse a cabo ante los tribunales competentes. A este respecto el Maestro -- Carrara acertadamente comenta: "Pero surge alguna dificultad en lo que se refiere al ánimo cuando el poseedor sin título de propiedad, no hace más que usar de la cosa: Por ejemplo, el depositario de un reloj lo lleva consigo y se sirve de él; el sastre que tiene un traje para remendar se lo pone y lo usa. Este intentará decir que aquel acto no es un signo unívoco de apropiación y que en el no había tal ánimo, ya que tenía el propósito de hacer la debida restitución, pero esta defensa no siempre será valedera. Cuando el uso de la cosa del que se queja el propietario, es el mismo para el cual se había entregado la cosa en virtud del contrato (en cuyo caso habrá únicamente exceso en el modo o en el -- tiempo del uso) no se hablará de delito sino de indemnización contractual que debe ser juzgado por los tribunales civiles". (39)

En otro orden de ideas, el ilícito se comete no solamente cuando el sujeto activo dispone del bien mueble o, como ya quedo establecido, retenga sin derecho y no lo devuelva, sino que también se configura el abuso de confianza cuando no destine el objeto al fin para lo cual se le transmitió la tenencia. Sobre este punto, Cuello Calón es muy claro: "También debe reconocerse el ánimo de apropiación o de distracción en el que habiendo recibido una cosa su dueño o de su poseedor, haga de ella un uso diverso de aquel para el que le fue en -- tregada (en esto consiste la distracción en sentido estricto en cuanto se apar-

(38) Ramos Mejía Enrique. Estudios de Derecho Penal. Editorial Idcas. Buenos Aires, Argentina. 1947. Pág. 199

(39) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 368.

ta la cosa del destino a que estaba dedicada". (40)

Es conveniente hacer notar que la infidelidad o la violación de los deberes es el medio de comisión en el delito de abuso de confianza; pero insistimos, solamente es el vehículo para llevar a cabo el ilícito y no es en sí la esencia misma del delito, como sucede en la administración fraudulenta que más adelante estudiaremos.

Por otro lado la voluntad de disposición sobre el bien mueble, no necesariamente puede surgir en el mismo momento de recibir la cosa ya que puede aceptar de buena fe su posesión y más tarde aparecer la idea de apropiarse del objeto. El dolo en este delito estriba en la intención de disponer, de retener como propia una cosa que se sabe ajena y además comportarse como dueño teniendo conciencia de que no lo es.

Si el sujeto activo tiene la creencia de buena fe, que no se encuentra obligado a restituir el objeto, no existirá el abuso de confianza, ni ningún delito por ausencia de dolo.

Elemento muy importante de señalar en este ilícito es el hecho de que el objeto no haya llegado a la posesión del agente de manera furtiva, engañosa, sino de modo legal y que sea recibida por el culpable a título que produza obligación de entregarla, devolverla o destinarla a cierto fin.

Pero también resulta de suma trascendencia comentar que, para que se configure abuso de confianza y no fraude, el ánimo del sujeto activo al momento de recibir la tenencia debe de ser lícito, es decir, tener la voluntad de cumplir con su obligación aunque después surja en él la idea de disponer; si el medio para obtener el objeto es el engaño ganándose la confianza de la víctima estaremos en presencia de un simple fraude. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "Abuso de Confianza". Para comprobarlo, es necesario la conurrencia de tres elementos: 1.- Que se haya entregado la cosa en confianza-

o en virtud del contrato que no se transfiere el dominio. 2.- Que la confianza se haya alcanzado con fin distinto que el de disponer de lo ajeno y 3.- Que se haya dispuesto fraudulentamente de la cosa. No puede estimarse comprobado si falta alguno de estos tres requisitos. (Tesis # 37. Jurisprudencia 1955-1963. Mayo Ediciones 2a. Edición 1979). Haciendo hincapié en el segundo elemento, un hecho muy distinto es disponer de la cosa entregada en confianza y otra el lograr esa confianza para que se entregue la cosa.

Con respecto a la consumación de este ilícito, cabe decir que se verifica en el lugar y en el momento en que se lleva a cabo la disposición; - - ésto resulta un poco difícil de determinar, pero realmente el momento de la consumación surge con el ánimo de la disposición, que debe de apreciarse por actos externos como podría ser el caso de la venta del objeto o bien, la no restitución a su debido tiempo, previo el requerimiento formal que señala la ley en su artículo 384 del Código Penal. En el caso concreto de la no restitución, la existencia del delito no estriba en lo que el sujeto ha hecho en determinado momento, sino de lo que no ha hecho, es decir, el no devolver, no entregar; esta omisión se concretiza en cuanto a que ello importa la comisión de un perjuicio. "Se ha observado también que considerando existente la consumación de la trufa en el momento de negarse la restitución, se confunde la consumación del delito con su prueba. Pero esta observación a veces verdadera no es tampoco absoluta. Cuando se niega la restitución después que ya se había consumado una distracción, la negación de la restitución será la prueba y no la consumación del delito". (41)

Es importante establecer el momento de la consumación de este delito para que pueda operar la prescripción legal, tomando en consideración que el abuso de confianza se persigue a petición de la parte ofendida, extinguiéndose se la acción en el término de un año. El Artículo 107 del Código Penal establece: "La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo pueda perseguirse por queja de parte, prescribirá en un año contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en - - tres, independientemente de estas circunstancias".

(41) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 376.

Para que se dé por consumado el delito de abuso de confianza, la voluntad o intención de disponer del bien, no es prueba alguna para que se considere tipificado el delito; es necesario que esa voluntad se exteriorice en -- actos que no dejen lugar a dudas de que el agente ha dispuesto de ese bien.

Por otro lado el artículo 383 del Código Penal precisa: "Se considera como 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 poder con el carácter de depositario judicial o bien, si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de ésta.

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 causal de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad.

Avocándonos al análisis de este artículo, debemos de decir en primer lugar, que en la fracción primera y segunda se emplean los verbos "disponer" o "sustraer" y que son dos acciones muy distintas, pero que sin embargo, convergen en el mismo fin: Adueñarse del objeto; empero en la fracción primera se habla de la disposición o sustracción por parte o conducto del dueño; esto resulta absurdo, ya que éste nunca ha dejado de ser propietario del objeto, sino simplemente es depositario de sus propios bienes. Pensamos que en esa -- fracción en particular, el legislador quiso imprimir en el verbo "sustraer" -- una forma no de apropiarse del objeto, sino de ocultarla o dejarla fuera del alcance de los acreedores, pero insistimos no como acción de adueñarse de algo de su propiedad. Es por eso que el verbo "disponer" en este caso particular, resulta aberrante.

Con respecto a la fracción II, tiene mucha razón el Profesor - - González de la Vega al comentar "...resulta incesariamente mencionada en la ley, por que el caso que se prevee queda comprendido exactamente en la definición general del abuso de confianza". (42)

Refiriéndonos a la fracción III del artículo en cuestión, no hay más que aclarar que la ley emplea en forma equívoca el calificativo de "procesado" ya que, dentro del término constitucional de las 72 horas, el sujeto detenido se le llama "acusado" o "inculpado" y no procesado; adquiere esta calidad, una vez dictado el auto de formal prisión, antes no.

Por lo que concierne a la tentativa en este delito, somos de la idea de que resulta muy difícil concebirla, en virtud de que teniendo el sujeto activo la posesión del objeto, no puede existir ninguna barrera para que no lleve a cabo la disposición, máxime si tomamos en cuenta que el delito queda consumado por un solo acto.

Como requisito de procedibilidad, el último párrafo del nuevo -- Artículo 399 Bis. del Código Penal, estatuye que únicamente se perseguirá a persecución de parte ofendida. Sobre este punto, no cabe más que recordar que el - afectado u ofendido puede ser cualquier persona que se vea lesionada en su patrimonio por el hecho de la disposición.

Por último es conveniente hacer una breve distinción entre este delito y los de fraude y robo. Ya quedo establecido que en el delito de robo, el agente se apodera del objeto no teniendo antes su posesión, quedando consumado al momento del apoderamiento. En el abuso de confianza, sucede una cosa muy distinta, ya que el sujeto activo de antemano tiene ya la posesión. El -- Licenciado Mendoza Iglesias, al respecto opina: "Se dice en nuestro derecho - que para la existencia legal y jurídica del delito de abuso de confianza se requiere, en primer lugar, de un presupuesto lógico o condición; que el presunto autor tenga bajo su poder de hecho una cosa ajena mueble, con obligación de -

(42) González de la Vega Francisco. Op. Cit. Pág. 240.

restituir o destinar a un fin determinado". (43) Agregando por nuestra parte que el delito en cuestión queda consumado al momento de disponer del bien.

En cuanto al fraude, como veremos más adelante, el autor se hace ilícitamente del objeto mediante engaños, maquinaciones o aprovechando el error en que se encuentra la víctima; diferenciándose obviamente del abuso de confianza, en que este último delito el agente recibe ilícitamente la posesión del objeto. Con el fin de redondear la idea, transcribimos a continuación una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Abuso de Confianza y Fraude. Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que mientras en el abuso de confianza el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el fraude la cosa es obtenida empleando el engaño o aprovechándose del error en que la víctima se encontraba, medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto o el lucro propuestos. (Tesis No. 58. Jurisprudencia 1955-1963. Mayo Ediciones. 1979. México, D.F.).

ABUSO DE CONFIANZA Y PECULADO

Una vez que ha quedado establecida la esencia del delito de Abuso de Confianza, estudiaremos escuetamente el delito de Peculado y que para los fines de esta tesis, únicamente nos limitaremos a lo que se refiere a la naturaleza misma del delito.

Para el derecho romano, el "peculatus" era una agravante del furtum, es decir era el "Furtum Publicae Pecunioe". "El nombre de Peculatus, o Depeculatus, proviene del tiempo anterior a la introducción de la moneda, cuando el ganado (pecus) destinado a los sacrificios, constituía la parte más fácil de transportar". (44)

(43) Mendoza Iglesias Ignacio. Op. Cit.

(44) Manzini Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo VIII. Segunda Parte De los Delitos en Especial. Volumen III. Traducción de Santiago Sentis Mellendo. EDIAR Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires Argentina. 1961. Pág. 132.

El Artículo 223 define el peculado en cuatro fracciones que más adelante analizaremos; es oportuno comentar que hasta hace poco tiempo el Artículo 220 establecía lo que era el peculado en una forma más clara y concisa: "Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público -- del estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario que para usos propios o ajenos distraiga -- de su objeto, dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al estado, a organismos descentralizados, o a un particular, si por razón de su -- cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa".

Actualmente ya no existen "encargados" de un servicio público -- ya que toda persona que hoy en día labore por el estado o en organismos descentralizados, se le denomina como "servidor público; "por otra parte, tampoco ya no existe el "carácter de funcionario". Estos eran juzgados por la "Ley de -- Responsabilidades para Funcionarios y Empleados Públicos", actualmente denominada "Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos".

Ahora bien, la nueva definición del delito de peculado en su -- Artículo 223 establece: "Comete el delito de peculado..."

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de -- su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa."

Definición sustancialmente iguala la del antiguo Artículo 220,- con las excepciones que ya anotamos; podemos ver que esencialmente lo que castiga esta fracción es la deslealtad en el desempeño de las funciones del servidor público. Para el estado ya no es de importancia capital el valor de lo -- distribuido, los bienes que se distraen, sino que le interesa de sobremanera -- el castigar esa conducta que va contra del cumplimiento legal de las funciones públicas; y tan es así, que antes de las reformas al Código Penal, el Artículo 221 otorgaba la posibilidad de reducir al mínimo la pena, cuando se devolvía -- lo distraído dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el ilícito. Hoy en día, no existe tal oportunidad, lo que confirma nuestra idea.

Por otro lado, como presupuesto lógico para cometer el ilícito - en cuestión, es que el servidor público tenga la posesión de los bienes distraídos, ya que la propia fracción I lo establece "si por razón de su cargo los - hubiere recibido". Si falta este presupuesto, el hecho sera imputable como robo o por otro título, pero nunca por el delito de peculado; a esta posesión - que nos referimos, es en realidad el mismo presupuesto que se establece en el delito de abuso de confianza, cambiando lógicamente las características del sujeto activo y pasivo en ambos delitos.

Con respecto al verbo definitorio y esencial en el delito en - cuestión, lo es la palabra "distracción" la cual pensamos ha sido empleada con tino no del todo jurídico; ésto es, distraer implica muchas acciones, entre -- otras la de disponer pero no exclusivamente ésta. Somos de la idea que al legislador le faltó precisar como se comete el delito de peculado y con que acción específicamente se tipifica la conducta, como sí acontece en el robo, abuso de confianza y el fraude. Teniendo únicamente el verbo "distracción", cualquier servidor público y en cualquier momento puede cometer el ilícito, es decir no puede existir con esa palabra definitoria, un criterio poco más abierto para pensar si se comete o no el peculado. Esto es, comete el mismo delito -- tanto el chofer servidor público que en el automóvil propiedad del estado pasea a su familia los domingos, como el director servidor público de alguna empresa que dispone de varios millones de pesos.

Redondeando la idea, la distracción propiamente dicha se dá en - el servidor público que, teniendo instrucciones para destinar a cierto fin un bien no lo hace o lo destina a otro fin muy distinto; pero insistimos aquí ya hay delito y no existe disposición entendida como el hecho de conducirse como dueño, de ingresar un bien ajeno ilícitamente a nuestro patrimonio. Abundando en ésto, en nuestra legislación no se tipifica el famoso "peculado de uso", lo cual hace más cerrada la línea divisoria entre una acción que amerite ser delito u otra donde exista simple exceso en el uso de los bienes pertenecientes a la federación.

Creemos que el legislador debió de ser más preciso para una mejor interpretación de la ley. Definitivamente la palabra "distriga" es muy -

ambigua, debió de emplear en todo caso, la frase de "todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga o disponga..." Así por ejemplo, el Artículo 314 del Código Penal Italiano define el peculado de la siguiente forma: "El oficial público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión del dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se apropia de ello o lo distrae en provecho propio o ajeno". Como podemos observar, es mucho más explícita y amplia esta definición con la única objeción de que pensamos de que esta mal empleado el -- verbo "apropiación" por ser una acción que no encaja dentro del sujeto activo -- que tiene la posesión de antemano, como ha quedado ya establecido en el estudio que hicimos del robo y abuso de confianza; más exacta resulta la palabra "distracción". De cualquier manera en el Código Penal Italiano se imprime una mayor aplicación y claridad al concepto.

Continuando con nuestro análisis del Artículo 223, la Fracción II señala: "El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona". Con respecto a esta fracción, realmente resulta inútil incluirla en virtud de que, únicamente resaltan la finalidad de la distracción, sin que por ello deje de existir ésta.

La Fracción III del artículo en estudio, expresa: "Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el Artículo de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades". Otra vez pensamos que es por demás incluir este apartado, ya que como el mismo lo manifiesta "cualquier persona" resultando ser éste tema de la coparticipación, siendo inútil agregarlo.

Como última fracción del Artículo 223, se establece: "Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les de una --

aplicación distinta a la que se les destinó". De esta fracción caben varios - comentarios: En primer lugar vemos que se desvía el concepto tradicional del - peculado y se centra únicamente en la titularidad de los bienes, es decir, se - le dá un valor especial y relevante a los bienes de la nación. Por otro lado, - resulta por demás interesante la frase "...o les de una aplicación distinta a - la que se les destinó". En efecto, el delito consiste en el solo hecho de dar - a los recursos públicos federales, una aplicación diferente y que por lo mismo - tratándose únicamente de un cambio de destino, no debemos pensar en la obten-- - ción de un lucro o en un provecho personal; ésto obviamente trae como conse- - cuencia el surgimiento de muchas dudas. Ahora bien, al no existir disposición - ni daño patrimonial ¿Que es lo que se castiga? No nos queda más que pensar - que, en este caso, la conducta punible estriba no en el daño patrimonial que - no lo hay, sino en el riesgo producido por la distinta aplicación.

Para terminar pensamos que es muy elocuente lo expresado por el - Maestro Manzini en relación al delito de peculado: "No hay necesidad de derro - char palabra para explicar cuan grande, delicado y esencial es este interés -- que tiene, no solo de vital importancia administrativa, sino también un alto - contenido ético político. En efecto, la probidad en la administración pública - es índice del progreso moral y de la educación política de los pueblos". (45)

DERECHO POSITIVO MEXICANO: Códigos de 1871, 1929 y 1931

Analizando los Códigos Penales de 1871 y el de 1929, en relación - al abuso de confianza, vemos que son casi idénticos con excepción de ligeras - modificaciones que a continuación señalaremos; no así el código de 1931 donde - se observa que con acierto han suprimido varios artículos de los anteriores -- códigos que salían sobrando.

Los códigos de 1871 y el de 1929 en sus Artículos 405 y 1144 res - pectivamente, definían de la siguiente manera: "Hay abuso de confianza: Siem - pre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha - una ocasión que no tendría sin la confianza que en el se ha depositado y que - no procuró granjearse con ese fin". No nos parece acertada esta definición ya - que, como ha quedado establecido no siempre la confianza entendida como tal, - (45) Manzini Vincenzo. Op. Cit. Pág. 135.

entre el sujeto activo y la víctima, es una circunstancia necesaria para que se cometa el ilícito.

La legislación de 1871, en su Artículo 407 expresa: "El que fraudulenta y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte..." y el - - - Artículo 1146 del Código de 1929: "Al que, con perjuicio de terceros disponga para sí o para otro, en todo o en parte..." En estos dos encabezados que acabamos de transcribir, podemos ver el antecedente y evolución de nuestra actual definición del abuso de confianza; por un lado, el Código Penal de 1871 habla de "fraudulentamente", lo cual obviamente no es en nada acertado en virtud de que podría llegar a la confusión de ambas figuras, es decir el abuso de confianza y el fraude, siendo acciones muy distintas. Y continuando dice: "...y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte..."

Con respecto al perjuicio causado a otro resulta intransigente el empleo de la palabra "tercero" (1929) o el de "alguien" (1931). Lo interesante de este artículo es que no habla de una disposición para sí o para otro, quedando limitado únicamente la tipificación de este delito, a un beneficio exclusivo del autor y no de tercera persona; con más acierto el código de 1929 y el de 1931 si prevén la omisión señalada.

Siguiendo con este mismo artículo, el citado ordenamiento hace -- mención de una serie de contratos por medio de los cuales se llega a transferir la tenencia y no el dominio. Al respecto, Miguel S. Macedo, citado por -- González de la Vega, expresa: "...Es de opinión de que en vez de decir: "cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio", expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: "cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio" expresión más genérica que comprende no sólo los contratos, sino -- también cualquier acto". (46)

Al igual que el código de 1871, el del 29 menciona en el artículo en cuestión -407 y 1146 respectivamente, la disposición 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..." El actual Código Penal elimina esa mención por salir sobrando, ya que están incluidas dentro de los bienes muebles.

Con respecto a la enumeración de los contratos que transfieren la tenencia, el código de 1929 no los incluyó.

Pasando a otro artículo, los dos ordenamientos precedentes al equiparar el abuso de confianza expresaban "el hecho de destruir una cosa o de disponer de ella su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial". A diferencia del Código Penal en vigor, en aquellos la destrucción del objeto no se consideraba como daño en propiedad ajena, suprimiendo la frase, la actual legislación y pensamos que con buen sentido jurídico, ya que la acción de destruir una cosa, en este caso en especial, no es posible concebir más que un simple daño.

El Artículo 409 del código de 1871 y el diverso 1148 del 29, en forma por demás equivocada y fuera de cualquier razonamiento legal, enumeran tres casos en los cuales "no se sancionará como abuso de confianza", en el primer caso, menciona los elementos del peculado y expresan ambos códigos - - "...pues entonces comete un verdadero peculado y se le aplicará la sanción de este delito..." la segunda fracción habla de la simple retención de la cosa recibida pero sin el ánimo de apropiarse o disponer del bien como ya hemos dicho, a falta de esa voluntad de comportarse como dueño, no puede integrarse el delito en cuestión. Y en el tercer supuesto se menciona la "disposición de buena fe de una cantidad de dinero en numerario o en valores al portador, que haya recibido en confianza, si lo hace en los casos en que el derecho civil lo permita y paga cuando se le reclama, o acredita plenamente que se halla insolvente por acontecimientos imprevistos posteriores al hecho de que se trata". La fracción resulta ser muy obvia en cuanto a que, si está facultado por el Código Civil, de disponer de dinero o de valores, no se le puede castigar penalmente.

Como agravante de este delito, tanto el código de 1871 como el de 1929, contemplan la del profesionalista que hubiere recibido cosas en razón de su profesión y cometiere el abuso, quedando suspendido en su ejercicio de 2 meses a un año; en cuanto al abuso de confianza cometido por un tutor, albacea, síndico, depositario judicial o administrador de un concurso, quiebra o intestado, además de las penas que señala para el abuso de confianza en general, lleva aparejada la destitución del cargo. También perdía su trabajo el empleado de telégrafos o correo si cometía el ilícito en la correspondencia que se le asignaba para entregarla.

Asimismo, estos códigos anteriores establecían una disposición muy curiosa. "Cuando el abuso de confianza se comete adulterando efectos o mezclando otras substancias, se impondrá la sanción que corresponda conforme a los artículos anteriores, atendiendo al perjuicio causado al dueño de los efectos, si las substancias empleadas en la adulteración o mezcla no fueren nocivas". En verdad no entendemos que tiene que ver lo transcrito con un abuso de confianza, ya que aquí vemos que no hay absolutamente ninguna disposición; por como esta redactado dicho artículo, que por cierto muy mal, en el supuesto caso estaríamos ante un daño en propiedad ajena o fraude, según el caso, pero nunca ante un abuso de confianza.

Para terminar, es de aplaudirse la técnica jurídica de los legisladores del 31, al hacer a un lado tanto casuismo inecesario del que adolecían los Códigos Penales de 1871 como el de 1929.

CAPITULO IVF R A U D E1.- CONCEPTO

De acuerdo a una opinión generalizada, el delito de fraude constituye la característica de la criminalidad moderna, dejando atrás a los delitos que se sustentan en la violencia, por ser éstos ilícitos correspondientes a épocas pasadas, encuadradas en la historia. Ciertamente es que, hoy en día, la violencia sigue su aplastante camino, empero poco a poco el mayor caudal de conocimientos y el mayor refinamiento intelectual de la época moderna, dan paso a lo que se ha dado por llamar "Delincuencia de Cuello Blanco".

"Los antropólogos califican al estafador entre los casi criminales; sólo pocas veces éste presenta el "tipo" criminal. En el aspecto psicológico Lombroso señala la gran inteligencia de los estafadores, su vanidad y prodigalidad y otras características -superstición, avaricia, desconfianza, buen grado de instrucción, etc-". (47)

En relación a lo anterior, opinamos que en los delitos donde se emplea la violencia, la actividad mental es mínima, no así en el fraude que se lleva a cabo engañando a la víctima y que presupone en consecuencia, inteligencia en el delincuente una superioridad intelectual que mediante el error o el engaño, el sujeto pasivo sucumbe.

En este delito, corporalmente la víctima no está expuesta a ningún peligro, ya que la violencia no existe y por el contrario, ella misma en forma voluntaria entrega la cosa, entrega que se sustenta en el error o el engaño de que fue objeto.

(47) Finzi Conrado A. La Estafa y Otros Fraudes. Ediciones DEPALMA Buenos Aires, Argentina. 1961. Pág. 12.

Conforme al Artículo 386 de nuestro Código Penal, la definición del fraude es la siguiente: "Comete el delito de fraude el que engañando a -- uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de -- una cosa o alcanza un lucro indebido".

De acuerdo a esta definición, los elementos que de la misma se desprenden son: 1) El engaño o el aprovechamiento del error; 2) Que el sujeto activo obtenga un lucro indebido o se haga ilícitamente de alguna cosa y ---- 3) Que exista una relación de causalidad entre lo que es el engaño o el aprovechamiento del error, con la obtención de un lucro indebido o bien, con la apropiación ilícita de una cosa.

Este último punto es muy importante ya que si no se dá esa correspondencia entre el primer elemento y el segundo, no hay fraude; la apropiación ilícita o la obtención de un lucro injusto, debe de ser consecuencia directa del engaño o del valerse del error.

La conjugación de estos tres elementos es imprescindible para -- que podamos hablar del delito de fraude. Faltando cualquiera de ellos, no existirá el delito en estudio.

Desglosando la definición que nos dá el Código Penal sobre el -- fraude, empezaremos por analizar lo que significa el engaño. El elemento engaño, típico del fraude y que lo caracteriza como tal, es "la falta de verdad en lo que se dice, en lo que se hace, en lo que se piensa" y la acción de engañar consiste en inducir a otro, a creer y tener por cierto lo que realmente no es; es el medio que emplea el sujeto activo, bien puede ser la simple palabra o el empleo de medios externos y aparatosos que en la doctrina francesa se le denomina "mise en scene", es decir, a sus palabras falsas las complementa y apoya con actos materiales y externos que recaen directamente en la voluntad de la -- víctima para la entrega de la cosa. Como afirma ciertamente el maestro González de la Vega, se le pone "teatrito" a la víctima.

El Código Penal considera al engaño y el error en cuanto son -- los medios de que se vale el delincuente para provocar en la víctima la forma-

ción de una creencia errónea, acarreado ésto, la entrega aparentemente voluntaria del objeto y como consecuencia, el hacerse injustamente de una cosa u ob tener un lucro indebido.

Es importante insistir en que, tanto el engaño como el error, - son únicamente medios o vehículos para alcanzar un fin; obviamente la finalidad última en el fraude es el deterioro patrimonial por un lado, con el correspondiente provecho o beneficio injusto por el otro. "El fin inmediato del - agente es inducir a otro a despojarse de su propiedad. El resultado, el evento en el cual reside la consumación del maleficio es la entrega de la cosa que se obtiene merced al fraude del propietario engañado; es el haber engañado, no el haber usado el engaño, así como el evento de la lesión está en haber herido y no en haber blandido el puñal". (48)

De cualquier manera, no es tan sobresaliente cual haya sido el medio empleado para engañar; lo realmente importante, es que esa acción de engañar este dirigida intencionalmente con el propósito de disminuir el patrimonio de la víctima, beneficiando ilícitamente el del sujeto activo. El engaño ha de tener como resultado la defraudación de modo que ésta se realice por vir tud y consecuencia de aquel, es decir, se requiere un nexo.

La actividad engañosa que emplea el sujeto activo puede consistir en el engaño provocado -mediante mentiras, actos, hechos aparentes, etc.-, como en el mantener en el error a la víctima. "Mediante el engaño, se hace -- surgir o se mantiene un error en un tercero, y este error debe perjudicar el - patrimonio de éste". (49)

Ahora bien, si el sujeto activo logra engañar pero a pesar de - ésto, no se benefició económicamente, el delito de fraude no se consuma y esta remos sólo en presencia de una tentativa.

(48) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 410

(49) Mezger Edmund. Derecho Penal. Traducción a cargo del Dr. Conrado A. Finzi. Cuarta Edición, 1954. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. Pág. 239.

El engaño por consiguiente, va a traer como consecuencia un error en la víctima; por lo tanto, al existir un engaño, se crea un error que a su vez lleva al resultado de un provecho patrimonial, que es el fin último de la acción.

Creemos muy acertada la definición que nos dá el Maestro - González de la Vega sobre lo que es el engaño: "Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño -mutación o alteración de la verdad- supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falsa positiva". (50)

Y ya que el autor antes citado menciona la "actitud mentirosa", - algunos prestigiados tratadistas -entre ellos Carrara- sostienen que la simple mentira no constituye un ilícito penal. "La mentira no es delito, por que nadie debe creer con facilidad en las palabras de otro. Si cree en ellas, impúete selo a sí mismo". (51)

Definitivamente no estamos de acuerdo con esta idea del Profesor-Italiano; la cuestión debe plantearse exclusivamente en cuanto a que si la simple palabra mentirosa del sujeto activo, fue determinante en la víctima. La teoría de Carrara está sustentada en que se necesita un artificio o maquinación para que se pueda integrar el delito de fraude. Pensamos que no es necesario hechos o actos materiales; es suficiente y basta las palabras engañosas para producir un ánimo determinante en el sujeto pasivo, siendo irrelevante si la víctima es o no una persona cautelosa, desconfiada. Conrado A. Finzi cita a Tolomei, quien pregunta: "¿Es que no hay delito en el hecho de matar a un niño, por que es tarea mucho más fácil matar a un niño que a un adulto? ¿Y por que del mismo modo, se debería absolver al que engaña a un tonto y castigar al que ha engañado a un hombre inteligente, por la circunstancia de que aquel ha recurrido a artificios mucho más sencillos?". (52)

(50) González de la Vega Francisco. Op. Cit. Pág. 249

(51) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 420

(52) Finzi Conrado A. Op. Cit. Pág. 40.

Además, como ya quedo establecido en este capítulo, en el fraude no se castiga el engaño, sino el injusto daño económico que ocasiona.

A mayor abundamiento, en nuestra legislación penal, hoy en día, ya no existe la calificativa para el delincuente que lleva a cabo el fraude -- apoyándolo en maquinaciones o artificios.

Por otro lado, el "aprovechamiento del error", es el impedir a la víctima que conozca la verdad, pudiendo fortalecer ese error por medio de artificios. Ahora bien, ¿que es el error?. El error es el concepto equivocado, es la falta de aplicación entre la realidad y lo que la persona piensa o cree que es la realidad. Es --según Mezger-- un proceso anímico interno.

Es muy importante hacer mención que el error como tal, tiene un significado y aplicación distinto, en materia civil como en penal; el error -- producido o aprovechado por alguna de las partes en materia civil, trae como consecuencia, si acaso la rescisión de un contrato o convenio y el pago de daños y perjuicios; en cambio, un aprovechamiento del error en derecho penal --y aquí estriba la diferencia con el ordenamiento civil-- es con la intención de apropiarse de algo que no le pertenece mediante engaños o sacando ventaja del falso concepto de la realidad en que se encuentra la víctima. A continuación y para una mejor ilustración, transcribimos una Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"Fraude, Engaño o Error".

Analizando el Artículo 386 del Código Penal, menciona el engaño; es indudable que al referirse la ley penal al engaño o error, se refiere al de índole civil, que no da lugar al ejercicio de la acción penal, sino solamente a la rescisión del contrato con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Atento a lo anterior, debe decirse que para que haya engaño o error de naturaleza penal, es necesario que exista en la mente del autor de aquel, una dañada intención que tienda a la obtención ilícita de una cosa o al alcance de un lucro indebido". (Tesis 786. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de -- 1966-1970. II Parte Mayo Editores, México).

El error en materia penal y como la ley claramente lo establece, se limita al aprovechamiento del mismo; atinadamente se encuadró únicamente -- por lo que hace al provecho o ventaja que se obtiene de una persona que previamente ya estaba en el error. El Código Penal no menciona expresamente el hecho de hacer surgir ese error en la víctima, como algunos ordenamientos --el alemán, por ejemplo si lo establece; pensamos por nuestra parte, que el hacer surgir o hacer incurrir en error a una persona es en sí el engaño, ésto es, ¿En que se traduce el engaño? pues sencillamente en incurrir o hacer surgir el error en el sujeto pasivo, por lo tanto, repetimos, atinadamente en México se define -- con más claridad el delito de fraude.

El aprovechamiento del error no significa otra cosa que el fortalecer o impedir que la víctima se de cuenta de la realidad. "A diferencia del engaño, que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento, tal error existe con anterioridad, por lo que el agente sólo se vale de esa situación para llegar al fin que de antemano se propuso". (53)

De cualquier manera, pensamos que el aprovecharse de un error en cierra una menor peligrosidad en el sujeto activo que el engaño, ya que, para este último se requiere una actitud positiva consistente en las simples palabras o en las maniobras y artificios, lo que no sucede en la hipótesis del que dándose cuenta del error en que se encuentra el sujeto pasivo, simplemente se limita a mantenerlo en él. Es decir, es una actitud negativa consistente en la abstención de dar a conocer a la víctima, el falso concepto de la realidad en que se encuentra. El Código Penal Mexicano no hace ninguna distinción en cuanto a estas dos conductas y sanciona por igual.

Continuando con el análisis de los elementos del delito de fraude, el citado Artículo 386, menciona el engaño o el que aprovechándose de un error "...se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

(53) Pavon Vaconcelos Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude Genérico Simple. Editorial Jurídica Mexicana. México 1964. Segunda Edición. Pág. 159.

Al no hacer distinción ni especificación alguna el Código Penal - sobre "cosa", ésta comprende cualquier bien corpóreo, sea mueble o inmueble.

Con respecto a la obtención de un lucro indebido, no se refiere a otra cosa que el obtener una ventaja -siempre de carácter patrimonial-, sobre la víctima. "Los lucros indebidos que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos, utilidades o ganancias económicas, que se obtienen explotando el error de la víctima". (54)

Concretizando sobre el particular, tanto el hecho de hacerse ilícitamente de una cosa o el alcanzar un lucro indebido, trae como consecuencia un daño en el patrimonio, un perjuicio económico en el ofendido. El perjuicio es el elemento del fraude y debe consistir en cualquier lesión de carácter patrimonial.

Es indispensable, de acuerdo a lo establecido por el Código Penal, que para la consumación del delito se provoque un menoscabo en el patrimonio o se obtenga una ganancia ilícita, además de que el valor de lo defraudado es la base de la penalidad. Cuando un sujeto, con el ánimo de engañar a otro quiera obtener un provecho económico y no lo logre, estaremos en presencia de una tentativa, pero insistimos, es necesario un daño o perjuicio patrimonial para que se configure el fraude.

Resultan interesantes algunas discrepancias doctrinarias, en relación a que si es necesario que se dé, como elemento del fraude, el beneficio al sujeto activo; algunos tratadistas consideran que el fraude queda íntegramente consumado con el solo hecho de ocasionarle un daño o perjuicio económico a la víctima sin obtener beneficio -obviamente económico- el autor del delito. Remitiéndonos a nuestra definición del fraude, en México si se requiere, además del daño o perjuicio, el provecho o beneficio del sujeto activo. Para aseverar lo anterior, basta simplemente transcribir la parte final de la definición del fraude que dice: "...se haga ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". Esto se refiere claramente a la posición del sujeto acti-

(54) González de la Vega Francisco. Op. Cit. Pág. 251.

vo: Obtener un beneficio. "Mediante la disposición del patrimonio del engañado, debe de resultar perjudicado su propio patrimonio o un patrimonio ajeno. - El daño patrimonial debe ser la consecuencia de la disposición del patrimonio". (55)

Elemento subjetivo de este delito, es la intención del enriquecimiento. El fraude se lleva a cabo con la intención de procurar a si mismo o a una tercer persona, una ventaja económica. No todo engaño o aprovechamiento -- del error es fraude; en el delito de estupro o raptó, por ejemplo, hay engaños-- más la conducta no va dirigida a un provecho económico. En el delito de fraude, necesariamente la intención debe de ser el obtener ventajas económicas y además antijurídicas. Y es importante recalcar que, las ventajas económicas sean anti jurídicas, ya que no existirá delito de fraude el que engaña a otro a fin de obtener el pago de un importe de dinero que le adeuda.

Es importante aclarar y conforme a la definición que dá nuestro - código sobre este delito, el fraude no sólo se tipifica cuando trae como consecuencia un daño en el patrimonio, sino también cuando se priva a un tercero de una ganancia lícita, siguiendo el ejemplo que nos dá el tratadista Jiménez - - Huerta, de quien, con engaños se introduce a un espectáculo sin pagar el importe de su boleto, comete el delito en estudio ya que, aunque al empresario no le ha causado un daño en su patrimonio, si lo priva de la ganancia lícita del precio de su boleto. Se le ocasiona un perjuicio, ésto es, privación lícita de un beneficio económico.

Como último elemento del delito en estudio, es la relación de causalidad entre el aprovechamiento del error o el engaño, con el daño o perjuicio patrimonial. A esta relación se le ha dado por llamar en doctrina "correspondencia"; esta correspondencia está integrada por la ventaja patrimonial del - - sujeto activo proviniendo del daño que se ocasiona al patrimonio de la víctima, mediante un engaño o aprovechándose de un error. Para que se integre el delito de fraude, es necesario que, por causa del engaño o aprovechamiento del error,-

el sujeto activo se haga ilícitamente de una cosa u obtenga un lucro indebido, es decir, el aprovecharse de un error o el inducir a un tercero, debe ser la causa determinante y directa para perjudicar el patrimonio de la víctima.

REFERENCIA HISTORICA

La evolución histórica del delito de fraude, se remonta a épocas muy antiguas. Debemos de recordar que este delito surgió casi a la par con el delito de *furtum*, donde se inicia propiamente la contemplación de los ilícitos contra el patrimonio.

En el Derecho Romano surge el fraude pero sin características -- propias, mediante el "*crimen stellionatus*" de donde se derivan diferentes denominaciones y que, hasta la fecha, subsisten en diversas legislaciones, como sucede en México, que se le define como fraude, en España y Argentina se le conoce como estafa, en Italia *truffa* o *frodata*, etc.

El "*Crimen Stellionatus*" ya comprendía lesiones patrimoniales -- previstas con anterioridad y así vemos que se contempla, por primera vez, la doble venta de una misma cosa, el hecho de vender oro o plata mezclado con -- otros metales, etc.

Empero, se castigaban conductas casuísticas y aisladas, sin que existiera una distinción clara y precisa de lo que conocemos hoy en día, es decir, de lo que es un fraude.

Poco a poco se fue estableciendo la naturaleza real del *Stellionatus* del Derecho Romano, que requería para su consumación, un daño patrimonial más no daban una definición limitada y específica del delito de fraude. "La Ley Francesa de julio de 1791, dio por primera vez un concepto general del fraude, que inspiró el Artículo 405 del Código Penal vigente en Francia, el cual a su vez, sirvió de base a las legislaciones del siglo XIX, entre ellas, al Código Español de 1822". (56)

(56) Zamora Pierce Jesús. El Fraude en el Derecho Positivo Mexicano en la Jurisprudencia y en la Doctrina. México 1961. Pág. 13.

Como hemos visto, el delito de fraude al través de la historia, ha tenido un camino confuso y es por eso que, en muchas legislaciones, actualmente definen este delito en forma muy extensa, además de un sin fin de ejemplos mediante los cuales se puede llevar a cabo este ilícito.

OBJETO DE LA TUTELA JURIDICA

Conforme a lo que ya ha quedado establecido, tanto en el delito de robo como en el de abuso de confianza, de igual manera, el objeto de la protección jurídica en el ilícito de fraude, queda encuadrada dentro del patrimonio. - Cualquier bien que integre el patrimonio de una persona -física o moral-, son objeto de la tutela penal, y no exclusivamente a la propiedad, como ya quedó analizado, sino que la protección jurídica se extiende a todos los bienes que la componen.

Para el Maestro Mezger, el objeto de la tutela penal en el delito de fraude, se amplía no sólo al patrimonio, sino también "al mantenimiento de la verdad y de la buena fe en el tráfico patrimonial". Y agrega el Profesor Alemán: "La circunstancia decisiva para considerar como bien jurídico de la estafa esos dos elementos es la siguiente: La mención del patrimonio como único bien jurídico protegido en la estafa, hacía incurrir en errores acerca de la exacta caracterización de la estafa y se perdería, por lo tanto, la posibilidad de diferenciarla de otros delitos contra el patrimonio". (57)

No estamos de acuerdo con lo expresado por el autor germano, ya -- que en el delito en estudio, a diferencia del delito de administración fraudulenta como lo veremos en su oportunidad, el mantenimiento de la verdad y de la buena fe no son derechos previstos ni tutelados por la legislación penal, no estando sancionados -no por falta de técnica legislativa o jurídica- sino que específicamente en el fraude no podemos hablar de un 'derecho a la verdad' protegido, como tampoco y como ya estudiamos, en el abuso de confianza el objeto de la tutela jurídica no estriba en el quebrantamiento de la confianza. Lo que sanciona el fraude no son las mentiras, el no decir la verdad, sino el resultado de ellas,

(57) Mezger Edmund. Op. Cit. Pág. 238.

es decir, una disminución en el patrimonio de la víctima. El ocultarle la verdad o el actuar de mala fe, es únicamente de lo que se vale el sujeto activo -- para llevar a cabo el ilícito, son en síntesis, los medios más no el resultado.

A diferencia del Maestro Mezger, no vemos la dificultad, tomando únicamente en cuenta el patrimonio como bien jurídico tutelado, de diferenciarlo de otros delitos contra el patrimonio, en consideración a que lo que varía es la forma o el medio empleado para llevar a efecto el deterioro patrimonial del ofendido. Aceptar tal posición, nos llevaría al absurdo de pensar que el bien jurídico protegido en el delito de robo debería de ser, además del patrimonio, la buena fe con que debe comportarse toda persona en sociedad.

DIFERENCIA ESPECIFICA

Hasta antes de la reforma del Código Penal de fecha 26 Dic. 1981. específicamente del artículo 386, en el último párrafo se establecía una calificación que textualmente decía: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios, que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores, se aumentará con prisión de tres días a dos años".

Sobre el particular, trataremos escuetamente del tema de las maquinaciones y artificios, o como se le conocía en el ordenamiento penal de 1871: Estafa.

El ardid o maquinación manifiesta una mayor peligrosidad en el sujeto activo, en virtud de que, además de provocar el error en la víctima, en base a simples palabras, simples mentiras orales o escritas, lleva a cabo hechos-externos materiales, que apoyan y avalan el engaño; lógicamente provoca en la víctima una creencia mucho más verídica, y por lo tanto, la resistencia resulta mínima. Es lo que los franceses han dado por llamar la "mise en scene" como anteriormente lo habíamos comentado.

En infinidad de maneras se puede crear un artificio o maquinación,

bien sea empleando tarjetas o credenciales apócrifos, bien haciéndose acompañar de algún palero que confirme lo dicho por el estafador, bien utilizando objetos, materiales o cualquier otra cosa que haga más difícil a la víctima el darse - - cuenta del error en que se encuentra o del que le han provocado.

Es importante distinguir entre artificio material y verbal; nuestra ley se refería exclusivamente a la primera, ya que el artificio verbal, que no es otra cosa que el empleo de un lenguaje exagerado y aparatoso, quedaba comprendido dentro de la definición del fraude genérico.

De cualquier modo, es intrascendente la forma en que se lleve a efecto la maquinación o el ardid; lo importante es que esa actividad engañosa - deba haber sido desplegada intencionalmente, con la conciencia de engañar al sujeto pasivo.

En el inciso referente al concepto de fraude, analizamos la teoría sobre si existía fraude empleando únicamente palabras; principalmente la teoría del Maestro Carrara quien afirma que la mentira no es delito ya que nadie debe de creer con facilidad en las palabras de otro. Por nuestra parte, y como ya quedo expresado, no compartimos ese punto de vista. Oportuno resulta - regresar un poco sobre el particular ya que ese último párrafo del Artículo 386 del Código Penal, en nuestra legislación era muy significativo.

Somos del pensamiento de que la intensidad del engaño no debe medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino que debe estar sustentada - - principalmente en cuanto a las condiciones intelectuales, culturales y sociales personales del engañado, en cada caso en particular. Así Tissot -mencionado - por Finzi-, expresa que quedan tutelado "los derechos de los imbéciles que son tan absolutos y sagrados como los de las personas hábiles e inteligentes". (58)

Ya vimos que el artificio es el aparato externo, material que se aplica para lograr algo con mayor facilidad o perfección que por los conductos

(58) Finzi Conrado A. Op. Cit. Pág. 40.

ordinarios o comunes. Entonces, que sucedería en el ejemplo de que el sujeto - activo logre engañar a A con simples palabras y a B no, pero sí logra el error - de este último con una maquinación o artificio; por lo tanto ¿debe de quedar im - pune el fraude cometido hacia A por la simple circunstancia de que fue un inge - nuo? y además, a B ¿si lo protege la ley penal por que sencillamente no cayó en el engaño de las mentiras, pero si en los artificios?. Insistimos en nuestra - posición de creer que las simples palabras, si constituyen delito de fraude si - éstas fueron determinantes en la voluntad de la víctima, para desprenderse de - alguna cosa perteneciente a su patrimonio.

El Maestro Jiménez Huerta manifiesta: "Las falsas y expresas pe - ticiones o promesas encarnan en las mentiras engañosas puestas en juego en el - sujeto activo para inducir en error al sujeto pasivo de la conducta y lograr la entrega de la cosa. Sirva de ejemplo de peticiones falsas el caso del indivi - duo que se presenta en una casa ajena en ausencia de su dueño como enviado de - ésta, y pide a la criada que le entregue el abrigo de mink de aquella, aducien - do apocrifamente que es el criado de los amigos en cuya casa a la sazón la seño - ra se encuentra de visita, la cual le envía a recoger el abrigo por haberse le - vantado un frío inesperado". (59)

Sumamente claro es el ejemplo, donde vemos que no se emplea abso - lutamente ninguna maquinación ni artificio y la sirvienta ha sido engañada úni - camente con palabras.

Además el propio Código Penal, en diversas fracciones del Artícu - lo 387, reseña conductas exclusivas a base de falsas promesas y mentiras. Por vía de ejemplo, tenemos la fracción I que se refiere al que ofreciendo encargar se de la defensa de un procesado o reo, o algún asunto civil o administrativo, - obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa, si no lleva a cabo ese ofrecimien - to; al que compra una cosa mueble, ofreciendo pagar el precio al contado y rehu - se, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa; o bien, al que ex - plote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia de la gente por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, etc. y así ----

encontramos un sinnfín de ejemplos donde únicamente se emplea el lenguaje como medio para perpetrar el engaño.

Para redondear estas ideas, hasta hace poco tiempo, se eliminó el último párrafo del Artículo 386 y pensamos que no fue una medida acertada, en virtud de que se delimitaba perfectamente bien la actividad engañosa sustentada en simples palabras, a aquella encaminada con artificios y maquinaciones. Ahora ha quedado la penalidad aplicada de idéntica manera al que engaña verbalmente, con el que lo hace montando un teatrillo y que, obviamente representa mayor peligrosidad para la sociedad, que el simple charlatan.

En la Exposición de Motivos de la Parte Especial del Código Penal Tipo para la República Mexicana del Año de 1964, el cual no se llevó a su cabal realización, dan las razones por las cuales ya no incluían la calificativa de las maquinaciones y artificios, lo que nos puede dar una idea de los razonamientos que llevaron a nuestros legisladores hace poco tiempo a eliminar definitivamente los artificios y maquinaciones: "En lo tocante al delito de fraude, se buscó mejorar o complementar la definición del mismo, estimando la Comisión Redactora que debía eliminarse el llamado fraude "maquinado" o antigua estafa que destacan la mayor parte de nuestros códigos, pues el empleo de medios específicos y si se quiere más graves, como lo son las maquinaciones y artificios con el objeto de engañar o aprovechar el error de otro, basta que sean consideradas por el Juez al hacer uso del empleo arbitrio judicial que se le concede en la parte general de este proyecto". (60)

Comentando al respecto, resulta absurdo aceptar estas razones, -- máxime si admitimos que "se buscó mejorar o complementar la definición del mismo"; con ésto, ni se complementa ni mucho menos se mejora la definición del fraude; no es concebible dejarle al criterio del Juez la aplicación de una calificativa tan clara e importante en nuestro derecho, como lo son las maquinaciones y artificios. Esto trae como consecuencia, que en el delito de fraude se castigue por igual, siendo intransigente la peligrosidad del delincuente. --

(60) Revista Mexicana de Derecho Penal. Número 33. Marzo de 1964. Órgano de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. México. Pág. 28.

Creemos que ha sido un error el haber hecho a un lado dicha agravante.

Debemos reconocer, por otra parte, que dicha calificativa estaba mal redactada, ya que textualmente decía: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata...". Esta redacción limita los alcances de la tutela penal, ya que en el fraude genérico, el sujeto pasivo no siempre es la víctima del engaño. "La víctima del error puede ser persona distinta de la víctima del perjuicio; basta que aquella tenga poder jurídico o de hecho para efectuar una prestación que incida sobre otro patrimonio. Se estafa a un menor engañando al tutor; se estafa al banco engañando al cajero". (61)

Queda entonces sin aplicación cuando se engañaba, mediante maquinaciones, a una persona distinta de la que sufría el menoscabo económico, toda vez que el sujeto pasivo de este ilícito, necesariamente resultaba ser el perjudicado económicamente.

Siguiendo con estas ideas, es importante recalcar que no necesariamente debe de ser la misma persona el sujeto engañado y el sujeto perjudicado. Puede suceder, y de hecho es frecuente, que el engañado, que es la persona inducida a error, entregue el bien, siendo perjudicado en su patrimonio una tercera persona; en estos supuestos, el engañado es sujeto pasivo del error, - más no del delito.

Ahora bien, la circunstancia de que el engañado sea tal o cual persona, es irrelevante ya que no altera la relación de causalidad entre el engaño o artificio y la obtención ilícita del patrimonio ajeno. "Lo que importa no es averiguar a quien pertenecía la cosa, sino solamente que ésta no pertenecía al culpable que de ella se ha apoderado en forma fraudulenta". (62)

A mayor abundamiento, en México tenemos tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sustentan lo antes dicho: -

(61) Soler Sebastian. Op. Cit. Pág. 351

(62) Finzi Conrado A. Op. Cit. Pág. 69

"Fraude, Engaño, Para la Comisión del, Dirigido al Poseedor y no al Propietario del Bien. Para que se configure el fraude, basta con que el engaño sea el motivo suficiente y determinante de la entrega de la cosa, sin importar que la maniobra haya sido dirigida contra el que tiene la posesión y no directamente contra el propietario del mismo". (Tesis No. 2147. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. Cuarta Parte 1971-1973. Actualización III Penal. Mayo Editores. - México).

Referente a quien puede ser sujeto activo en este delito, es necesario aclarar que toda persona capaz, este en aptitud de serlo, no así los inimputables como podrían ser los menores de edad, los locos, dementes y toda aquella persona sin discernimiento; ésto mismo se aplica a la inversa, es decir, tampoco podemos ubicarlos como sujetos pasivos en virtud de que carecen de todo poder crítico y por lo tanto no pueden ser engañados.

El delito de fraude se consuma en el momento mismo de obtener la cosa o perciba el lucro indebido. Existirá consumación en el delito de fraude, aunque el sujeto activo no haya aprovechado la cosa o la cantidad defraudada; - el hecho de reintegrar lo estafado, no influye en la consumación, ya que ésta se da, repetimos, en el mismo momento en que el defraudador se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido. "El delito se consuma en el momento mismo de su comisión y no puede en forma alguna estimarse que por el solo hecho de pagar lo defraudado al o los ofendidos, deje de existir el delito". Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVIII Pág. 38. 6a. Epoca).

Siempre resulta importante fijar el instante de la consumación, - ya que entre otras consecuencias, a partir de ese momento, empieza a correr el término de la prescripción.

Son por demás interesantes algunas teorías, como la alemana o la argentina por citar un ejemplo, que establecen la consumación de este ilícito, - no ya en el enriquecimiento por parte del sujeto activo, sino en el momento del daño o perjuicio patrimonial causado a la víctima; en nuestra legislación punitiva, y basándonos en el Artículo 386, el fraude se consuma con la obtención de la cosa o el lucro indebido y por lo tanto, hasta que no llegue ese momento, to do fraude quedará en grado de tentativa.

Por los que se refiere a esto último, es decir a la tentativa, es admisible desde cualquier punto de vista. Recordemos que la tentativa en un delito, son todas aquellas acciones encaminadas directa e inmediatamente a su consumación pero que, por causas ajenas a la voluntad del delincuente, no se lleva a cabo. Por lo tanto, y aplicándolo al delito de fraude, la tentativa se da en todos aquellos actos que emplea el sujeto activo mediante engaño o aprovechamiento del error, para obtener una cosa o alcanzar un lucro indebido, pero no lo logra por circunstancias externas a su voluntad. De cualquier manera, en nuestro derecho la tentativa es punible, tal como lo establece el Artículo 12 del Código Penal.

Por otra parte y con respecto al Artículo 387 del Código Penal, pensamos que es inútil y sale sobrando la enumeración tan larga que elaboraron los legisladores de los casos en que se puede tipificar este delito. "La naturaleza del artificio que se ha empleado para producir el error no tiene trascendencia jurídica alguna, de manera que mal han hecho y hacen las legislaciones y la doctrina cuando han tratado y tratan de determinar esa manifestación externa de la maniobra fraudulenta enunciando varios medios engañosos". (63)

En el citado Artículo 387, las conductas que se describen no son más que ejemplos de la manera en que se pueden cometer, el delito en estudio, y que, por lo tanto, es innecesaria esa enumeración, en virtud de que todos los ejemplos quedan encuadrados dentro de la definición del fraude del Artículo 386.

Por tal razón, sólo nos limitaremos a enunciarlas:

Fracción I.- Fraude de Defensores o de Patronos en Asunto Civil o Administrativo.

II.- Fraude de Disposición Indebida

III.- Fraude por Medio de Títulos Ficticios o no Pagaderos.

IV.- Fraude Contra Establecimientos Comerciales

V.- Fraude en las Compraventas al Contado

- VI.- Fraude por Falta de Entrega de la Cosa o de Devolución de su Importe.
- VII.- Fraude de Doble Venta de Una Misma Cosa
- VIII.- Fraude de Usura
- IX.- Fraude por Medio de substitutivos de la moneda
- X.- Fraude de Simulación de Contratos, Actos o Escritos Judiciales.
- XI.- Fraude en los Sorteos o por Otros Medios
- XII.- Fraude en las Construcciones
- XIII.- Fraude en los Materiales de Construcción
- XIV.- Fraude en la Venta o Traspaso de una Negociación
- XV.- Fraude por Supuestas Evocaciones de Espiritus, Adivinaciones o Curaciones.
- XVI.- Fraude en la Propiedad Literaria, Dramática o Artística
- XVII.- Fraude en Contra de Trabajadores
- XVIII.- Fraude por Medio de Mercancías Subsidiadas o con Franquicia.
- XIX.- Fraude Cometido por Intermediarios en Operaciones Sobre Inmuebles o Gravámenes Reales.
- XX.- Fraude en Operaciones de Condominio
- XXI.- Fraude con Cheque
- Art. 389.- Fraude en la Promesa Falsa de Trabajo o al Proporcionar el Mismo.
- Art. 389 Bis. Fraude en Fraccionamientos de Terrenos.

Por otra parte, en el novedoso Artículo 399 Bis. y en su tercer párrafo encontramos que el fraude se perseguirá a petición de la parte ofendida cuando lo defraudado, no rebase el equivalente a 500 veces el salario mínimo: - "Asimismo se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su monto no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un sólo particular".

Creemos que es sana esta reforma, toda vez que, dado el monto de lo defraudado, el Estado dá la oportunidad de poder llegar a un entendimiento entre las partes, sin necesidad de que de oficio intervenga, acarreado como consecuencia, posiblemente la erogación de gastos mucho mayores a la cantidad defraudada.

Por último estableceremos las diferencias fundamentales entre el delito en cuestión y los de robo y abuso de confianza.

El fraude se diferencia del robo, en cuanto a que el defraudador no se apodera de la cosa, sino que la obtiene con la anuencia -viciada desde luego- del sujeto pasivo. Además el fraude puede tener por objeto, bienes inmuebles.

Por lo que se refiere a las diferencias entre el fraude y el abuso de confianza, en el primer delito, el culpable recibe la cosa mediante el engaño que el originó o sostuvo y en el abuso de confianza, el sujeto activo recibe el bien sin voluntad viciada del propietario o poseedor, a título de simple tenencia y no dominio, disponiendo para sí o para otro de dicho bien.

El Maestro González de la Vega, al respecto comenta: "El robo, el abuso de confianza y el fraude, son infracciones que en sus móviles y en sus efectos tienen la más profunda analogía. Constituyen importante trilogía de delitos de enriquecimiento indebido o apropiación ilícita de los bienes ajenos. - Sus resultados coinciden por que todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución 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 víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción". (64)

De lo anterior podemos concluir que, la diferencia fundamental de estos tres delitos patrimoniales, estriba en la forma de llevarlo a cabo.

(64) González de la Vega Francisco. Op. Cit. Pág. 242.

DERECHO POSITIVO MEXICANO: Códigos de 1871, 1929 y 1931

Analizando los distintos ordenamientos punitivos en nuestra legislación, observamos que han tenido un desarrollo muy lento a pesar de haber transcurrido más de un siglo; así por ejemplo, las técnicas legislativas han seguido el mismo criterio de la enumeración de todo tipo de fraudes que se nos pueda -- ocurrir. Ejemplos más o ejemplos menos, la figura del fraude queda reducida en los tres elementos que ya hemos estudiado y que se sintetizan en un engaño o - aprovechamiento del error, la obtención de alguna cosa o lucro indebido y la relación de causalidad entre una acción y otra.

En el capítulo V y encuadrado bajo el título de "Fraude Contra la - Propiedad", el Artículo 413 del Código Penal de 1871, define el delito de fraude de la siguiente manera: "Hay fraude: Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel". Definición que, como hemos visto, sigue vigente hasta nuestros días, con excepción de la última frase que dice "con perjuicio de aquel". Desafortunado resulta ese párrafo - ya que, limitaba únicamente a una sola persona el papel del sujeto pasivo y engañado; caben aquí los mismos comentarios que con respecto al Fraude Maquinado del Código de 1931 expresamos. "De la retringida redacción del precepto, por el empleo de la frase "con perjuicio de aquel", resultaba que el que resentía - el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado; no se preveía el caso en que se indujese a error a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta". (65)

Asimismo, el Código Penal de 1929, en el capítulo V y bajo la denominación de la estafa, definía a ésta en los mismos términos y con el mismo - error, que la de su código precedente.

Regresando al análisis del Código de 1871, en su Artículo 414, definía lo que hoy conocemos como "antigua estafa": "El fraude toma el nombre de - estafa: Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, - en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa obligación, -

liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, -logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyen un delito de falsedad".

La estafa se limitaba únicamente a bienes muebles y, en cuanto a la pena, no tenía ninguna agravante.

En el segundo inciso de la definición de la estafa del código de 1929, transcribe del código de 1871 el fraude maquinado y en donde termina con la frase "...logra que se la entreguen por medio de maquinaciones, engaños o -artificios". Aquí encontramos otra imprecisión técnica al equiparar el engaño, a las maquinaciones y artificios. Ya hemos visto que es una cosa muy distinta -en cuanto a su ejecución-, el engaño a los artificios y maquinaciones, amén-de que salía sobrando el verbo engaño, en virtud de que quedaba incorporado to talmente dentro de la definición de la estafa.

Lo que sí incluía el código del 29 en el tema de las maquinaciones, era la agravante en una tercera parte de la pena, al que estafara con esa circunstancia.

Por lo demás, en los tres Códigos Penales, se concretan a enumerar una serie de ejemplos de fraudes que pueden cometerse.

Cabe hacer notar que, en los ordenamientos punitivos que hemos -estudiado, en los tres queda legislado un artículo -ya analizado anteriormente referente al requisito de procedibilidad de la querrela de la parte ofendida -cuando el fraude sea cometido entre parientes consanguíneos y parientes afines.

CAPITULO VADMINISTRACION FRAUDULENTA1.- CONCEPTO HISTORICO

A pesar de que el delito de Administración Fraudulenta o Infidelidad Patrimonial, es relativamente nuevo en algunas legislaciones del mundo, su origen data desde hace más de 400 años. Su desarrollo histórico no ha tenido -- una evolución tan acelerada y fecunda como sucede con los otros delitos patrimoniales, el robo -como tronco común- y a través del tiempo, sus derivaciones en - el fraude, abuso de confianza, etc.

Ya el Maestro Mezger señalaba que "el origen histórico del actual amplio tipo de la infidelidad, aunque merece algunas declaraciones de naturaleza histórico-jurídica, no es tan interesante como el que se refiere a los delitos fundamentales contra el patrimonio, como el hurto, la receptación, la estafa, la extorsión, etc." (66)

En el largo proceso de individualización de los delitos patrimoniales y que en su origen surgió con el furtum como único delito contra el patrimonio, ya nos hemos referido en capítulos anteriores que, de esta figura del robo, se han derivado el fraude, abuso de confianza, extorsión, etc., como delitos totalmente autónomos; posteriormente, lo mismo sucedió con la Administración Fraudulenta, la cual tenía sus bases principalmente en el fraude y en el abuso de confianza. De ahí, lentamente se fue desprendiendo de estos dos delitos, para convertirse en una figura independiente con características propias.

Definitivamente este delito de Administración Fraudulenta, si presenta una cierta afinidad con el abuso de confianza y el fraude, empero, como veremos en el desarrollo de este capítulo, conceptualmente son muy diferentes.

Jiménez Huerta señala: "El delito de administración fraudulenta ha dejado hondos surcos en el ámbito de lo ilícito, indelebles huellas típicas en los Códigos Penales y ha conmovido la sensibilidad y el pensamiento de egregios penalistas. Pues aunque su naturaleza autónoma y su genérica formulación es de creación reciente, existen en el Derecho Alemán e Italiano interesantísimos datos que evidencian que, sí bien en forma casuística, fue ya en las pasadas centurias, objeto de regulación penal". (67)

Los historiadores concuerdan en que el primer texto legislativo en materia de Administración Fraudulenta, fue la Ordenanza de la Policía Imperial de 1577 contra los tutores infieles. El Maestro Italiano Pietro Nuvolone al respecto nos dice: "Son los países germanos los que han contribuido mayormente a la legislación y a la doctrina en materia de Infidelidad Patrimonial, generalmente llamada con el nombre de "Untreue". (68)

En las Ordenanzas de la Policía Imperial del año de 1577, se castigaba con "las penas del derecho común" a los tutores que, violando la obligación de fidelidad, fuesen negligentes en su administración o consiguieran una ventaja ilícita causando perjuicio a sus pupilos o a sus bienes. Es muy importante hacer notar desde ahora, que en Alemania, desde los orígenes de este ilícito, la base del delito de Untreue está basado en el sentimiento de la fidelidad.

"El derecho romano y el alemán antiguo no conocen la infidelidad como delito especial contra el patrimonio. Según Liszt-Schmiedt la evolución histórica se funda en la violación de un contrato y en la apropiación indebida. El Artículo 170 de la "Carolina" de 1532 sobre la "malversación" contenía, sin separarlas, la apropiación indebida y la infidelidad. Las ordenanzas policiales del Reich de 1530, 1548 y 1577, castigaban al tutor infiel o negligente". (69)

(67) Jiménez Huerta Mariano Op. Cit. Pág. 241

(68) Nuvolone Pietro. L'Infedeltà Patrimoniale Nel Diritto Penale. Dott A. Giuffrè Editore. Milano, Italia, 1941. Traducción a cargo de la señorita Rossaura Domínguez García. (Relación Personal) Pág. 70

(69) Mezger Edmund. Op. Cit. Pág. 278.

Junto al tutor, muy pronto fueron considerados sujetos de administración fraudulenta o Untreve los empleados de estado; a fines del siglo XVIII, - el derecho prusiano castigó también con sanciones penales la infidelidad de los procuradores privados, abarcando así, bajo el título de Untreve, un gran número de casos.

Feuerbach fue el primero en formular una definición de Untreve: - "Esta definición puede sintetizarse en un concepto fundamental: Constituye Untreve el daño doloso de una persona a quien se debe fidelidad, ya sea por un -- contrato o por un vínculo jurídico similar, siempre que la acción no caiga dentro del ámbito de otros delitos contra el patrimonio". (70)

Al respecto, Nuvolone comentó: "Se afirmaba por lo tanto, en modo definitivo, el carácter patrimonial de este delito; y se precisaba que el Un treve debía consistir en la violación de un deber surgido de un contrato o cuasi-contrato".

Surgió una controversia doctrinal sobre la esencia del Untreve: - Se trata de la violación de un deber o es un abuso de poder. Más adelante trataremos este punto así como "el carácter patrimonial de este delito".

El Artículo 266 del Código Germano, en su antigua formulación, establecía: "Son castigados por Untreve":

- 1.- Los tutores, los curadores, los depositarios, los Administradores, los albaceas, que intencionalmente actúen en perjuicio de las personas o de las cosas confiadas a ellos.
- 2.- Los mandatarios, que intencionalmente tomen medidas contrarias a los intereses de sus mandantes sobre los créditos o porciones patrimoniales del mismo".

Todos ellos eran castigados si dañaban intencionalmente el patrimonio a ellos confiados, si perjudicaban los intereses de las personas de cuyos

(70) Nuvolone Pietro Citando a Feuerbach. Op. Cit. Pág. 71.

asuntos debían proteger.

Sobre el Artículo 266 del Código Germano, y a reserva de ampliar nuestros comentarios a lo largo de este capítulo, podemos decir que en dicho precepto, el deber de fidelidad no se limitaba simplemente a los asuntos concernientes a un patrimonio, sino que abarcaba también medidas de naturaleza estrictamente personal y ésto se observa, principalmente, en el primer párrafo del diverso artículo señalado. En este mismo orden de ideas y dada la impresión e inexactitud de dicho precepto, podemos observar por un lado, que se castigaba el abuso de poder de disponer de un patrimonio ajeno y por otro lado, como elemento constitutivo del delito, la violación del deber de fidelidad. Posteriormente veremos la reforma a este artículo.

Por otra parte, en Italia existieron ordenamientos que tipificaban la Administración Infiel. "En su búsqueda, podríamos referirnos al concepto romano de los "Contractus Famosi", cuya violación acarrearba a la parte reconocida culpable, la grave consecuencia de la infamia". (71)

Con el tiempo, se elaboró en el Código Toscano el Artículo 401 y que bajo el título de "Administración Fraudulenta" se establecían las disposiciones siguientes:

1.- "Los tutores o curadores que hubiesen defraudado la administración de sus pupilos o sometidos, sufrirán a petición de parte, la pena prescrita por el Artículo 398 (que sancionaba varios casos de apropiación indebida)

2.- "De igual forma, los administradores que hubiesen defraudado la administración a ellos confiada, serán juzgados según las reglas del párrafo precedente siempre que dicho acto no cayere bajo las disposiciones de los Artículos 169 y 174 (que preveían respectivamente el peculado y la subtracción de dinero).

(71) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 2.

El Maestro Pietro Nuvolone, sobre el particular comenta: "Es evidente que la primera parte debía su autonomía a razones puramente históricas, porque la segunda, en su amplia formulación, comprendía ya todas las hipótesis". (72)

A su vez, Puccioni -citado por Nuvolone-, explica que, el delito "suele cometerse por todos aquellos que, después de asumir el manejo de patrimonios ajenos con el consentimiento del propietario, se apropian dolosamente del dinero o de las cosas sobre las cuales recae la administración o las rentas del patrimonio".

Con lo expresado por Puccioni, no estamos de acuerdo, toda vez que este autor, encuadra la objetividad del delito en una apropiación y examinando el texto legislativo toscano, éste se refiere a cualquier violación dolosa del deber asumido de administrar fielmente ya que, de lo contrario, no habría ninguna diferencia entre la administración fraudulenta y la apropiación indebida o abuso de confianza, amén de que en muchas ocasiones, el consentimiento del propietario de que hace referencia Puccioni, resulta irrelevante - como es el caso de las personas sujetas a tutela.

A lo largo de la historia, el Delito de Administración Fraudulenta ha inquietado a numerosos tratadistas, intentando encuadrarlo y limitarlo como un delito autónomo, intentando asimismo, separarlo en forma radical de las otras figuras patrimoniales que le dieron vida.

CONCEPTO MODERNO

Hoy en día, podemos observar el desarrollo, en ocasiones tan acelerado, de los países del mundo; su creciente tecnología los avances industriales, comerciales, en fin, una serie de factores que hasta hace poco tiempo, se veían inalcanzables.

Así como avanza la sociedad en muchos aspectos, de igual manera tienen que desarrollarse y actualizarse las normas que rigen a dicha comunidad; es una realidad que conforme progresa un país, se desarrolla, crece, así también sus técnicas delictivas van cambiando y muchas veces, nos encontramos que ciertas conductas quedan fuera de la acción de la justicia, resultando impune un comportamiento dado, por la sencilla razón de no encontrarse previstas en los textos punitivos.

Esta situación se produce en varias sociedades, ante la aparición de nuevas formas y métodos de delincuencia económica que no tienen acomodo en los códigos respectivos.

El Maestro Fernández Albor, en su Estudios Sobre Criminalidad Económica, afirma: "Casos recientes ocurridos en nuestra sociedad, evidencian la aparición de la denominada "Delincuencia de Cuello Blanco" que se contrapone a la "Delincuencia de Cuello Azul". Aquella perteneciente a la clase acomodada, dirigente, "distinguida"; ésta, a la clase proletaria, trabajadora, "obediente". (73)

El criminal de "cuello blanco" es una persona por lo general, de un nivel socio económico elevado que viola conductas, en ocasiones punibles, dentro de su actuación profesional. Las nuevas formas de delincuencia criminal a que nos referimos, son más difíciles de detectar, si tomamos en cuenta que sólo son conocidas por grupos reducidos de especialistas ¿Que es lo que sucede con la gran masa de personas? simplemente no sabe distinguir si realmente se trata de conductas criminales o son, simplemente por ejemplo, cuestiones puramente mercantiles sin trascendencia penal.

La Ley debe de actualizarse tan rápidamente como la ciencia de un país, una sociedad desarrollada, progresiva, necesariamente debe tener leyes desarrolladas, progresivas.

(73) Fernández Albor Agustín. Estudios Sobre Criminalidad Económica. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, España. 1978. Pág.7.

Agrega Fernández Albor: "En cuanto a las personas que desarrollan las nuevas técnicas delictivas, se pueden resaltar algunas características comunes, como son, entre otras, la forma ingeniosa en su ejecución; estimar que se trata de simples y autorizadas relaciones comerciales o cuando más, que se trata de relaciones comerciales ilegales, pero no criminales; requerir conocimientos técnicos especiales. Así, en la mayor parte de estos delitos cometidos por hombres de negocios se puede observar su competencia técnica derivada de la complejidad creciente de las relaciones comerciales que hacen muy difícil su persecución". (74)

Y efectivamente, la delincuencia de Cuello Blanco difícilmente llega a ser punible, toda vez que dichas conductas, no están previstas en los Códigos Penales en vigor. Es por eso que, afortunadamente, poco a poco, las técnicas legislativas, relativas a esa cuestión, van tomando forma y ya el legislador les presta mayor atención, intentando prevenir y sancionar tales actos.

Hemos querido hacer este preámbulo ya que es muy importante conocer, aunque sea superficialmente, las causas que dan origen al concepto moderno y actual que algunas legislaciones tienen sobre la Administración Fraudulenta.

El comentario del Maestro Jiménez Huerta sobre este delito, aunque extemporáneo en virtud de que en México ya está tipificada dicha conducta, resulta interesante transcribirlo: "Aunque el delito de Administración Fraudulenta no está tipificado en el Código Penal vigente, no por eso debe silenciarse su existencia conceptual, máxime cuando actualmente ha adquirido una importancia y una frecuencia extraordinaria, debido a la compleja organización de la vida moderna. Su estudio puede ser fecundo de jure condendo, máxime en un sistema penalístico tan cerrado y estricto como el de México, en que la aplicación por analogía o por mayoría de razón de la ley penal odiosa está terminantemente prohibida con rango supremo en el párrafo tercero del Artículo 14 de la Constitución, en cuanto estatuye que "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no-

este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". - La necesidad de no dejar impune determinadas conductas antijurídicas insubsumibles en los delitos de apropiación indebida o de fraude, plantea de lege ferenda y con caracteres de angustia la urgente creación del delito de infidelidad-administrativa en nuestro ordenamiento punitivo". (75)

Apegándonos al comentario del Maestro Jiménez Huerta, por nuestra parte agregamos que, además quedan siempre fuera de los límites penales - las conductas de personas que por una u otra causa, manejan o tienen confiada la tutela de un patrimonio ajeno. No negamos que exista la posibilidad de castigar muchas violaciones de una mala administración, con base a otras disposiciones, principalmente las del fraude y abuso de confianza; empero, esa posibilidad está prácticamente limitada en cuanto que, como acertadamente menciona - Jiménez Huerta, el tercer párrafo del Artículo 14 Constitucional es muy claro: o la conducta se adecúa exacta y perfectamente a lo establecido por la ley o - no hay delito. Queremos insistir especialmente en este punto por que, como veremos en el desarrollo de este capítulo, en México todavía no se legisla sobre una real y verdadera Administración Fraudulenta.

De modo que, dado el estado actual de nuestra legislación, la Administración Fraudulenta puede y debe ser, un fecundo terreno de estudio.

Ahora bien, a continuación expondremos diversas definiciones - sobre lo que algunos autores y legislaciones-entre ellas la nuestra-, se entiende por el Delito de Administración Fraudulenta, para que posteriormente en el siguiente inciso, las analicemos.

Empezaremos por la definición del Código Germano; hemos de recordar, a propósito del Artículo 266 en su inicial acepción, lo que mencionamos dentro del Concepto Histórico: El antiguo Artículo 266 castigaba en primer término, a los tutores, curadores, administradores de bienes, secuestradores, etc. que actúan intencionalmente en perjuicio de las personas o de las cosas confiadas a su vigilancia; en segundo término castigaba a los apoderados

(75) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 241.

que disponen intencionalmente de créditos u otras partes del patrimonio del mandante en perjuicio de él y, por último, en tercer termino, a los agrimensores, rematadores, etc., que en los asuntos confiados a ellos, perjudican intencionalmente a las personas cuyos negocios atienden.

Al respecto, el Maestro Germano Mezger, comenta: "Ya no interesan las múltiples dudas a que daba lugar esta disposición, sobre las cuales informa el comentario de Frank. Pero si es importante saber que han surgido, a propósito de esa disposición, dos criterios fundamentales acerca de la esencia de la infidelidad: La llamada "teoría del abuso" desarrollada por Binding, a la que se han adherido Frank y otros autores, y la llamada "teoría del quebrantamiento de la fidelidad", la que ha sido sostenida sobre todo por el Tribunal del Reich. La primera exige un abuso de poder jurídico de representación; para la segunda, es suficiente cualquier acción que perjudique el patrimonio la cual contravenga el deber de fidelidad del autor". (76)

El nuevo Artículo 266 de la Novela del 26 de mayo de 1933, abarca tanto la teoría del abuso del poder como la del quebrantamiento de la fidelidad y dice así: "El que dolosamente abusa de la facultad que le ha sido otorgada - por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico para disponer de una patrimonio ajeno u obligar a otro (el llamado tipo del abuso), o lesiona el deber -- que le incumbe en virtud de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o de una relación de fidelidad, de cuidar de intereses patrimoniales ajenos (el llamado tipo del quebrantamiento de la fidelidad) y de esa manera ocasiona un perjuicio a la persona cuyos intereses patrimoniales debe atender, será castigado por Untreve con la cárcel y una pena pecunaria. Al mismo tiempo puede pronunciarse la pérdida de los derechos honoríficos civiles".

"En los casos particularmente graves, se aumentará hasta 10 años la reclusión". Hay un caso particularmente grave, cuando la acción provoca un daño al bienestar del pueblo o de cualquier manera tiene por consecuencia otro daño especialmente relevante, o cuando el agente manifestó una particular astucia criminal.

Con esta nueva definición, podemos ver que el casuismo del antiguo Artículo 266 se evitó considerablemente.

De cualquier manera, al Maestro Jiménez Huerta, le inquieta de sobremanera el segundo párrafo del artículo en cuestión; "en la primera hipótesis típica, entran todas aquellas situaciones clásicas de Administración Fraudulenta, ésto es, en que el sujeto activo tiene conforme al derecho privado, la obligación jurídica de administrar el patrimonio ajeno; en la segunda, se quiso recoger, con imprecisión convicta, aquellas otras en que simplemente se asigna al sujeto activo el deber de cuidar un interes patrimonial ajeno". Y continúa el Profesor Jiménez Huerta: "Esta segunda hipótesis es altamente peligrosa y, -- por ende, no debe servir a nuestro derecho nacional de inspiración o modelo dada la paladina incerteza de sus límites conceptuales". (77)

No estamos totalmente acordes con lo manifestado por Jiménez Huerta en relación a la crítica del segundo párrafo: Por una parte, efectivamente ese párrafo no es funcional ni adecuado en la actual legislación mexicana, más, no hay que olvidar que en Alemania, este delito, esta sustentado sobre la base de la fidelidad, el llamado "quebrantamiento de la fidelidad"; ahora bien, a reserva del análisis de este concepto de fidelidad en el siguiente inciso, diremos que a este famoso segundo párrafo del Artículo 266 germano, ciertamente habría que añadirle, como sí sucede en el primer párrafo, la intención de dañar, -- la intención dolosa de infringir el deber de cuidar el patrimonio ajeno, produciendo ésto, como consecuencia estrictamente necesaria para la tipificación del delito, el daño o menoscabo patrimonial.

Por su parte, el maestro italiano Carrara, dá su concepto de la -- Administración Fraudulenta: "Es el delito de quien, habiendo llegado a hacer gestor fiduciario (con o sin estipendio y aún con participación de lucro) de -- una operación administrativa en interés de otro, y de tal modo, consignatario -- de las cosas de pertenencia ajena para aquel uso determinado, abusa de la confianza que se le otorgó convirtiendo indebidamente en su provecho las mismas co sas que le fueron entregadas para que las administrase, o las ganancias obtenidas de su administración". (78)

(77) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 244

(78) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 381.

Esta definición del Maestro Carrara, no nos deja del todo satisfechos, en virtud de que no todas las operaciones de fiel administración, reposan sobre un vínculo de confianza. No hay que olvidar que, en infinidad de -- ocasiones, estas relaciones de administración fraudulenta están dadas por la -- necesidad, el apuro, la urgencia, y nunca en la confianza.

A su vez, el Código de la República Argentina tipificaba, hasta hace poco tiempo, el delito en cuestión, de la siguiente manera, destinado "al comisionista, capitán de buque, o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho".

Como acertadamente comenta Sebastian Soler, no es del todo agradable como estaba estructurado dicho precepto, en virtud de que comienza particularizando en un capitán de buque para posteriormente abarcar a todo mandatario. "Decimos que deben haber influido ciertas consideraciones tradicionales, por la referencia que se hace al capitán de buque, categoría de sujetos para los cuales han existido infracciones específicas con la figura de la baratería marítima". (79)

Más tarde, el propio Soler redactó el Artículo 220 del Proyecto del Código Penal de 1960, el cual establecía: "El que por cualquier razón tuviere a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicare a su titular, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores empleándolos abusiva o indebidamente". -- Resulta de extrema importancia resaltar este precepto, por que, como veremos -- líneas abajo, es casi idéntico al actual Artículo 388 de el Código Penal para el Distrito Federal.

Finalmente, la "Administración Fraudulenta e Infiel" de la República Argentina, actualmente en vigor, quedó redactado en el apartado séptimo del Artículo 173, de la siguiente manera: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación--

(79) Soler Sebastian. Op. Cit. Pág. 423.

y sufrirán la pena que el establece..."7o. el que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecunarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar un daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos".

De estas tres definiciones que hemos expuesto y que son, en la Argentina el desarrollo, la evolución de este delito, la tercera, es decir, la actualmente en vigor, es la que más se apega a lo que en esencia es la Administración Fraudulenta.

Contenido en el Artículo 388 y que surgió a la vida jurídica en este mismo año de 1984, inexplicablemente incluido dentro del Capítulo de Fraude, literalmente dice así: "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro, perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas en el delito de fraude".

Intencionalmente subrayamos la tan aberrante frase "con ánimo de lucro". toda vez que, como lo analizaremos en su oportunidad, dá al traste con lo que en realidad es el Delito de Administración Fraudulenta, amén de que, - para no variar la costumbre, nuestros ilustres legisladores, casi un cuarto de siglo después, se fusilan un precepto ya caducó en muchas legislaciones.

NATURALEZA JURIDICA

Hemos llegado al tema fundamental de este estudio; en este inciso, analizaremos escuetamente diversos tópicos relacionados intimamente con el Delito de Administración Fraudulenta, desde que es fidelidad, infidelidad, etc. hasta los actos de administración, disposición, abuso de poder, así como las características especiales de este novedoso delito en nuestra legislación, para finalmente, determinar su verdadera y real naturaleza jurídica.

Iniciaremos nuestro análisis determinando el concepto de fidelidad. Esta palabra, tan ususal en el lenguaje de la gente, se emplea en un sin número de expresiones tan comunes como "fiel mandadero", "criado fiel", "soldado fiel", "conyuge fiel", etc. Cada expresión posee un contenido propio, un - significado especial; ahora bien, jurídicamente el concepto de fidelidad tiene dos significados distintos: Uno personal y el otro real.

Fidelidad en su acepción personal, es la subordinación de los in tereses propios a los intereses de otra persona. El contenido de esta subordinación así como la delimitación de los intereses, puede ser más o menos amplia, empero de cualquier manera debe de existir dentro de esta amplitud, un mínimo, el cual esta dado por la defensa de los intereses ajenos sobre los propios. - "Esto quiere decir que debe abstenerse de poner en evidencia sus propios intereses contrapuestos a los de aquel, y de igual forma, los de extaños. En efecto, el concepto de la fidelidad, se concretiza sólo bajo un presupuesto de conflicto, a diferencia de la sinceridad, de la honestidad, etc. que no presupo--nen necesariamente un conflicto para resolver en determinado modo en interés - de otro". (80)

Efectivamente, para que podamos hablar de fidelidad en su contexto personal, en caso de conflicto, necesariamente se anteponen los intereses - ajenos a los propios.

Por lo que respecta a la fidelidad en su acepción real, podemos decir que es el cumplimiento estricto de una obligación contraída anteriormente; a diferencia de la fidelidad personal, aquí no encontramos ningún tipo de - - subordinación.

Así por ejejmplo, podemos hablar de un fiel trabajo, un fiel balance, una fiel ejecución de un contrato de compra venta, etc. pero no habrá - una fidelidad hacia una persona, ya que en este tipo de fidelidad real, el cumplimiento exacto de una obligación contractual no implica necesariamente que -

se actúe intuitu personae, en el sentido de que se cumpla con lo estipulado por la relación de una persona con otra, sino simplemente por el deber de cumplir - con la palabra dada.

Por lo tanto, para poder hablar de fidelidad personal, se requiere que exista una relación de subordinación entre los intereses de dos personas que no se agote en el cumplimiento de un solo acto, ya que este acto no puede - ser considerado manifestación de fidelidad personal; se necesita un antecedente, la base, el fundamento, de una relación preexistente de la cual se desprenda la obligación de cumplir con aquel acto.

Hemos querido exponer estos breves razonamientos para basar nuestro estudio única y exclusivamente a lo que se refiere a la fidelidad personal; por lo tanto, cuando hablemos de fidelidad en el desarrollo de este capítulo, - estaremos enfocándolo a la subordinación de los intereses de una persona hacia otra.

Así las cosas, tenemos dos tipos de fidelidad: La absoluta y la relativa. El Maestro Italiano Nuvoione nos explica cada una de ellas. "Fidelidad absoluta significa subordinación completa de los intereses de una persona a los de otra, respecto a todas las eventualidades de la vida. Era así, por ejemplo, la fidelidad del vasallo a su señor en ciertas épocas del feudalismo medieval. Hoy esta forma de fidelidad no podría admitirse, por que anularía la autonomía de la persona e iría contra los principios jurídicos, morales y políticos que rigen nuestra sociedad".

"Fidelidad relativa significa, en cambio, subordinación parcial - de los intereses de una persona a los de otra respecto de una esfera limitada - de situaciones conflictivas previamente determinadas. Tenemos así, una fidelidad matrimonial, una fidelidad administrativa, fidelidad del representante, del empleado, del obrero, del socio, etc.". (81)

Cuando los intereses ha proteger por la obligación jurídica de fi
delidad son de naturaleza patrimonial, nace una obligación de fidelidad patrimonial. Pongamos como ejemplo típico, el de la competencia de un socio frente a su sociedad; en si, la competencia es un acto licito y permitido jurídicamente, pero se concretiza en ilícito en ciertas situaciones personales, toda vez que a la fidelidad lo caracteriza aquel intuitu personae a que hemos hecho referencia.

El Profesor Nuvolone, teniendo presente todas las consideraciones hasta aquí expuestas, define la Infidelidad Patrimonial de la siguiente manera: "Infidelidad Patrimonial es cualquier violación voluntaria de la obligación de salvaguardar en modo exclusivo, los intereses patrimoniales de una persona". -- (82)

Para los fines de nuestro estudio, es sumamente importante no perder de vista la "violación voluntaria" a que se refiere Nuvolone. En efecto, - la infidelidad como conducta opuesta a la obligación de subordinación personal, debe significar el que la persona se contraponga a la actitud de la obligación- asumida, actitud que lógicamente es voluntaria.

De lo dicho hasta aquí sobre la fidelidad, ésta representa en el campo patrimonial, una pieza de suma importancia; sin ella, efectivamente, resultaria imposible la existencia de muchas relaciones e instituciones que son - necesarias en una sociedad: Relaciones de trabajo, el mandato, sociedad mercantiles, etc. Veremos entonces, la necesidad de crear una norma que sancione plenamente el deber de fidelidad en el campo patrimonial.

En este orden de ideas, la confianza, sustento de muchas relaciones contractuales, es un elemento esencialmente subjetivo, como ya lo vimos en su oportunidad en el estudio del Delito de Abuso de Confianza. De cualquier manera, queremos reiterar ciertas consideraciones dadas con anterioridad, con el fin de delimitar la confianza y la fidelidad. Hemos dicho que la confianza es la íntima persuasión de la lealtad de una persona, que induce a tratar con ella más bien que con otra.

La confianza únicamente se concibe bajo un presupuesto de libertad, como factor determinante de la elección, ésto es, cuando en las relaciones patrimoniales como en cualquier otra relación, se pasa de la libertad a la necesidad, el elemento confianza pasa a un segundo plano, resulta intrascendente toda vez que en infinidad de casos, se recurre a cierta persona, no por la confianza que se tenga en ella, sino por que es la única que esta en posibilidad de tramitar determinado asunto.

Ahora bien, cuando se crea una relación, un vínculo de fidelidad, en muchísimos casos está sustentado en el factor confianza, aunque tenemos excepciones muy claras donde una persona se encuentra obligada a serle fiel a otra sin que ésta le haya dado su confianza. Clásico ejemplo de estas situaciones es el del tutor, quien está obligado a salvaguardar los intereses del menor quien jurídicamente, es incapaz de otorgar su consentimiento así como intervenir en el nombramiento de su tutor. Si acaso será un tercero o la ley -- quienes confiarán en determinadas personas, pero de cualquier modo, esa confianza es completamente extraña a la relación de fidelidad entre el tutor y el pupilo.

Por lo tanto, es importante recalcar que la obligación de fidelidad, puede existir independientemente de la confianza y aún sin ella.

A continuación trataremos el tema de la fidelidad y el llamado abuso de poder. La obligación de fidelidad la podemos encuadrar en dos aspectos: La primera, limitada por el comportamiento negativo o simplemente la omisión de poner en actividad el patrimonio; la segunda, por el contrario, se caracteriza por una efectiva actividad en interés de la persona a quien se debe fidelidad. Esto ocurre cuando una persona esta investida de un poder de disposición respecto de un patrimonio ajeno; es claro que este poder puede ir desde un simple trabajo de ejecución material, hasta la compleja administración de un patrimonio. La investidura de estos poderes trae aparejada la consecuencia de ejercitarlos en exclusivo interés del mandante y de no servirse de la posición privilegiada en la que se encuentra, para obtener ventajas personales o en favor de otro, por que de lo contrario, se caería dentro de la infidelidad, la cual estaría constituida por un abuso de poder. El abuso de poder necesaa-

riamente, significa una violación del deber de fidelidad, siempre y cuando se - cometa en perjuicio de quien se debía esa fidelidad y no de otra persona.

Resulta pertinente aclarar que no toda infidelidad constituye - - abuso de poder, toda vez que puede existir infidelidad consistente -no en un -- abuso- sino precisamente en la falta de uso del poder mismo. "No es necesario que se trate aquí de una relación externa; puede incluirse en esta especie de - relaciones también una omisión; por ejemplo, la omisión de la presentación de - la demanda o de reparaciones necesarias". (83)

La manifestación más clara del abuso de poder, la encontramos en el derecho Civil, particularmente en el mandato y la representación; dos requisitos son necesarios: 1) El abuso presupone la existencia de un poder atribuido válidamente y 2) Para que exista abuso de poder es necesario que se ---- hayan empleado esos poderes en perjuicio del mandante.

Acertadamente Vivante -citado por Nuvolone- comenta al respecto:- "Hay abuso cuando el mandatario utiliza los poderes recibidos en contra del mandante, por ejemplo utilizando el dinero del mandante en beneficio propio, comprando los bienes que se le habían encargado de vender, abandonando el asunto - que se le confió para atender los propios negocios". (84)

Ejemplos clarísimos de una Administración Fraudulenta los que nos expone el Maestro Vivante. Posteriormente abundaremos en ellos.

Continuando con el abuso de poder, éste se da cuando el mandata-- rio actúa dentro de los límites conferidos, nada más que dirige esa actividad - en perjuicio del mandante; esto resulta de suma importancia para no confundirlo con el exceso de poder, ya que éste se concretiza cuando el mandatario rebasa - los límites establecidos por el mandante, aprovecha las facilidades de ese po-- der para llevar a cabo actos diferentes de aquellos que le fueron confiados.

(83) Mezger Edmund. Op. Cit. Pág. 281

(84) Nuvolone Pietro citando a Vivante. Op. Cit. Pág. 12

Con su característica lucides, el Maestro Nuvolone define escuetamente el abuso de poder: "Emplear el poder obtenido en función de un fin, para realizar un fin contrario". (85)

Y agregamos por nuestra parte, que ese abuso de poder constituye infidelidad cuando los intereses del mandante y mandatario entran en conflicto, toda vez -como ya lo mencionamos en su oportunidad-. el presupuesto de subordinación exclusiva hacia una persona debe prevalecer. Debe de ser un daño patrimonial al mandante exclusivamente ya que, si se perjudica a un tercero utilizando esos poderes, no hay infidelidad.

En Alemania, el abuso de poder se denomina "Tipo del Abuso", donde partimos de la base de la atribución de un poder (facultad) para poder disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro. El origen de dicha facultad puede sustentarse en la ley, en un mandato de la autoridad o negocio jurídico; como consecuencia de ese abuso resulta un menoscabo al patrimonio de la persona a la que se debe fidelidad. El Profesor Jiménez Huerta expresa: "La ilicitud del comportamiento del administrador infiel surge claramente a la valoración jurídica, si se tienen en cuenta que emplea los poderes, facultades y funciones de -- que esta investido para servir los intereses patrimoniales de un tercero, en -- una dirección totalmente diversa y en contraste con los intereses que le han sido encomendados, como lo son los intereses patrimoniales propios". (86)

Nosotros agregamos que, no siempre este abuso de poder esta dirigido a servir los intereses patrimoniales de un tercero y ni siquiera -en ocasiones- los del administrador infiel.

De cualquier manera, debemos de tomar muy en cuenta que la obligación, el deber jurídico de fidelidad, siempre debe de tener por contenido la subordinación exclusiva de la conducta de una persona a los intereses de otra. Dicha subordinación puede manifestarse no únicamente en actividad, sino también en una abstención, en una conducta negativa. "El deber de fidelidad puede tam-

(85) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 14

(86) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 253.

bién ser violado mediante una omisión en el cumplimiento de las funciones administrativas. Una infidelidad cometida mediante omisión de los deberes impuestos al gestor, sería la perpetrada por quien, teniendo el deber de controlar -- las mercancías producidas por una negociación, se abstiene de registrar - - - aquellas unidades que en beneficio propio quería distraer". (87)

El ejercicio de los poderes conferidos, deben de encaminarse exclusivamente al servicio y beneficio de quien los otorgó y no aprovechar la posición de privilegio en la que se encuentra el representante, para obtener beneficios propios o perjudicar en su patrimonio al representado. "Hay por tanto - abuso de poderes, cuando el agente obra dentro de los límites de sus propios poderes, para obtener un beneficio personal en perjuicio de su representado, como por ejemplo, acaece cuando invierte en sus propios negocios el dinero de la empresa o cuando compra por interpósita persona, en un bajo precio los bienes que como representante de otro estaba encargado de vender". Ejemplos muy claros - del Maestro Jiménez Huerta, aunque insistimos y a reserva de aclararlo, no siempre existe el "beneficio personal" a que tanto alude el Profesor Ibérico.

Por otra parte, tenemos que hacer una distinción muy importante - entre lo que es el abuso del poder y la violación del deber. Por lo que hemos visto, es fácil percatarnos que la infidelidad puede consistir, además de un abuso o exceso de poder, también en otras actividades o acciones que no encuadran ni en el abuso ni en el exceso de poder: Por ejemplo, las omisiones, los actos realizados independientemente de que exista una investidura de poder, como ---- sería el caso del abuso de la posición, es decir, acciones donde se actúa sin - poder y aunque exista, se prescinde de él.

Es oportuno dejar claro una vez más, que el abuso de poder no es otra cosa que una manifestación de la violación del deber de fidelidad, siempre y cuando este dirigido a perjudicar el patrimonio del que tiene derecho a esa fidelidad.

La expresión más típica entre el abuso de poder y la violación --

del deber, la encontramos en el reformado Artículo 266 del Código Germano. -- Para mayor claridad, lo volveremos a transcribir: "Quien dolosamente abusa del poder de disponer del patrimonio ajeno conferido por la ley, por un mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, o bien, quien desatiende el deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos, que le incumbe por una norma, por un mandato de la autoridad, por un negocio jurídico o en virtud de una relación -- concreta de fidelidad, y con ello provoca un daño a las personas cuyos intereses patrimoniales tenía la obligación de atender, será castigado por untreve".

En este artículo se puede apreciar que, en el primer párrafo es una hipótesis típica del abuso del poder, mientras que en el segundo párrafo se trata de una violación del deber. Esto es, la del abuso del poder de disponer de un patrimonio ajeno (primera parte) y la violación del deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos (segunda parte) y en ambas se trata de la violación de una obligación de fidelidad.

Es importante insistir en recordar la definición del Artículo 266 del Código Alemán para los fines de nuestro estudio, enfocado a nuestro código ya que como lo expresa Nuvolone "...en la literatura alemana prevalece la tendencia a acentuar la importancia de la violación de la fidelidad. Y esto sobre todo, por que la fidelidad es considerada como uno de los conceptos fundamentales para el renacimiento alemán". (88)

Es básico, como lo analizaremos más adelante, establecer cual es el objeto de la tutela jurídica del delito en estudio.

Volviendo al abuso de poder y la violación del deber del Artículo 266, en la primera parte de dicho precepto, se pone en relieve el momento de -- disponer del patrimonio ajeno, mientras que en la segunda parte, su importancia esta dada por la norma que dá origen al deber de tutelar los intereses ajenos, independientemente de la existencia o no existencia de un poder jurídico de disposición. Por lo tanto no podemos llegar a establecer una distinción totalmente radical y clara de las dos hipótesis tomando en cuenta que en la segunda - -

(88) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 74.

-violación del deber- necesariamente está comprendida la primera.

Todo abuso de poder es una violación del deber, pero no toda violación del deber es un abuso de poder.

El abuso de poder se sustenta en la violación de la obligación del uso ilegítimo de los poderes de disposición que existe entre el titular del patrimonio y la persona autorizada a disponer de él. Por lo que hace a la violación del deber, consistirá en la violación de la obligación de fidelidad que deriva, inclusive, de situaciones de hecho.

Los presupuestos del Derecho Civil se ligan por completo con el -- abuso de poder mediante la representación, el negocio jurídico; en la violación del deber, a pesar de no estribar en negocios jurídicos, violan sin embargo, el deber de fidelidad. Por un lado, el negocio jurídico, por el otro la relación-de hecho.

Una violación del deber de fidelidad que no se concreta en un abuso de poder, es precisamente el llamado "Abuso de la Posición"; es muy común en las relaciones sociales, en las relaciones laborales, que la atribución a un individuo de determinados poderes o bien de ciertas obligaciones frente a otro, - lo ponga en condiciones de entrar en la esfera personal de éste y en ocasiones, más allá de su competencia. Esto es consecuencia natural de la sociedad en -- que se vive, sociedad que de una u otra manera se establece una relación entre los dos individuos. Ocurre con frecuencia, por ejemplo, que el dependiente de un establecimiento se encuentra en una posición de privilegio respecto de todos los demás, ya que él está en situación de conocer ciertos secretos vedados para todos, de influir directa o indirectamente sobre los intereses de su patrón.

Ahora bien, es lógico pensar que si este dependiente abusa de su posición para perjudicar a su superior, estará cometiendo una infidelidad en -- cuanto que, actúa en sentido contrario a aquella relación de subordinación personal que nace al momento de asumir la obligación fundamental de laborar para -- los intereses de su patrón. "Este hecho (como por ejemplo aquel del empleado -- de una empresa que compra acciones de una empresa competidora, o aquel de un --

obrero que refiere a otras personas una conservación entre el patrón y su secretario sobre la no muy buena condición de la empresa), no es un abuso de poder, en cuanto al poder de actuar ha sido atribuido dentro de los límites precisos, y con base en exigencias completamente diferentes; no es tampoco una violación del deber contractual o cuasi contractual, sino que es un abuso de las relaciones personales". (89)

Aquí podemos agregar que este abuso de la posición, puede llegar a concretizarse en un exceso de poder; basta recordar lo dicho líneas atrás, por Vivante respecto al exceso de poder: "Cuando el mandatario...aprovecha las facultades y las ocasiones que le otorga el mandato para realizar actos diferentes de aquellos que le fueron ordenados".

No queremos profundizar en ejemplos, ni mucho menos generalizar a todos los trabajadores; baste decir que, efectivamente, cierto tipo de trabajadores, de empleados, tienen la obligación inherente por su posición, de guardarle fidelidad a su patrón. Insistimos, no toda relación de trabajo se debe traducir necesariamente, en una relación de fidelidad, amén de que en infinidad de casos, las relaciones de trabajo -por necesidad u otras razones- nunca se basan en la confianza.

Por otra parte y bajo los mismos principios y fundamentos que hemos venido manejando, escuetamente trataremos las relaciones de fidelidad en el derecho público; ésto es, cuando el destinatario de la obligación de fidelidad es el Estado.

El servidor público puede estar ligado por la obligación de fidelidad hacia el Estado o bien, por sus funciones, a la fidelidad hacia los particulares. Existen servidores públicos que desarrollan su actividad esencialmente en favor del Estado, una actividad de órgano de Estado; otros, en cambio, no desarrollan directamente su actividad en favor del Estado, sino en favor de particulares.

Dos deberes fundamentales asumen los que, por cualquier título, - entran a formar parte de la Administración Pública: 1) El cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo, y 2) No valerse de la posición privilegiada para afectar al organismo público, para el cual trabaja.

El primer deber, en si, no genera un deber de fidelidad; en cambio, el segundo, necesariamente origina dicho deber.

El servidor público, abusando de los poderes investidos o bien de su posición, puede dañar los intereses patrimoniales del Estado, cometiendo - así una infidelidad patrimonial; si daña los intereses patrimoniales de los - particulares, existirá infidelidad, siempre y cuando se demuestre que precisamente el Estado, había investido al funcionario de la obligación específica de vigilar los intereses de los particulares, naciendo así, un vínculo especial - entre éstos y el servidor público.

Definitivamente el problema de la infidelidad del servidor público, el Estado y los particulares, es bien amplio y complejo.

Todo lo dicho hasta aquí referente a las relaciones laborales, a las relaciones Estado-servidor público, bien puede aplicarse también a otro tipo de relaciones como la social, donde por ejemplo, ¿Que es lo que sucede en - una sociedad en nombre colectivo?. La sociedad en nombre colectivo, todos los socios responden ilimitadamente, sociedad basada esencialmente en la coparticipación y solidaridad de todos los socios. Por lo tanto, careciendo la sociedad de las dos características mencionadas, sería efímera y sin sentido, suponiendo que alguno de los socios no sacrificase en favor de dicha sociedad, sus propios intereses en caso de conflicto.

A reserva de abundar en este tema tan importante para nuestro estudio, la constitución de una sociedad lleva aparejada la subordinación de los intereses propios a los de la propia sociedad, de la cual deriva infinidad de obligaciones de fidelidad.

Asimismo, otra relación típica es la que existe entre el adminis-

trador y el administrado. Las obligaciones que de aquí se deducen, son también obligaciones de fidelidad. En efecto, la obligación de administrar el patrimonio ajeno, conlleva necesariamente la consigna de tutelar en modo exclusivo, -- los intereses patrimoniales del administrado.

Hemos querido reseñar brevemente las múltiples relaciones de fidelidad que hoy en día se conforman en una sociedad, para así poder entender con más claridad la esencia de nuestro estudio fundamental: La Administración Fraudulenta.

A continuación, estableceremos diferentes conceptos ligados completamente con la Administración Fraudulenta o Infidelidad Patrimonial.

Comencemos con el concepto de administrador. Bajo la denominación de administrador, se encuadran muchas categorías de personas que desarrollan - sus funciones en situaciones y ambientes muy diferentes. Así vemos, que igualmente es administrador el dirigente de una sociedad, el padre de familia, el tutor, el curador, el mandatario, etc. El desarrollo de las actividades de estas personas se centra en una característica común a todas ellas, sin embargo el -- contenido y límites de sus poderes, es muy diferente.

Cierto es, que hablando de administrador, siempre tendremos que referirnos al campo de los intereses patrimoniales. Asimismo, el concepto de administrador trae aparejada la referencia a una relación jurídica entre dos o - más personas; efectivamente y esto se debe a que, si bien es cierto que podemos hablar de un administrador del patrimonio propio, para los fines del Derecho, - esta hipótesis no tiene ninguna importancia. Lo verdaderamente relevante para el Derecho es el enlace real y jurídico que se establece entre el administrado - y administrador, el comportamiento de un individuo frente a un patrimonio ajeno.

Hay administradores de su propio patrimonio que por razón natural - o legal, se les restringe el derecho de poder administrarse; así tenemos, por - una parte a los administradores privados de su derecho de administrar su patrimonio por una incapacidad natural, como sería el caso del menor de edad, del -- sordomudo que no sepa leer ni escribir, etc., y por otra parte, tenemos a los -

administradores que carecen del derecho para administrar su propio patrimonio - debido a una incapacidad legal, y como ejemplo tenemos a los ebrios cocetudinarios y a los adictos a las drogas enervantes, tal y como lo señala nuestro Código Civil en vigor en su Artículo 450.

Asimismo y en este orden de ideas, el administrador del patrimonio ajeno, tiene un derecho de administración sobre el patrimonio precisamente de - una persona incapaz por virtud natural o legal.

El Maestro Francés Andre Trasbot, en su libro sobre El Acto de Administración en Derecho Privado Francés, comenta al respecto: "En relación con los primeros, la ley toma en consideración la edad, el estado mental de una persona que la hacen naturalmente incapaz de ocuparse de su patrimonio, no es preciso que otra persona cuide y represente al incapaz. La minoridad es una incapacidad debida a la edad; la interdicción es una incapacidad consecuencia del - estado mental". (90)

Dentro de los administradores del patrimonio ajeno que tienen por misión cubrir una incapacidad creada por la ley, encontramos innumerables ejemplos como sería el caso del administrador de una sociedad, el gestor de negocios, el síndico de una quiebra, el mandatario, etc. En todos ellos, la persona que administra es un administrador del patrimonio ajeno.

Con todo ésto, podemos definir al administrador como aquella persona que, por cualquier título, esta investido del poder de administrar un patrimonio, bien sea propio o ajeno. La dirección de un patrimonio trae aparejada - la necesidad de realizar ciertos actos, los cuales los podemos dividir en tres categorías: Los actos de administración, los de conservación y finalmente los de disposición.

Para entender cada uno de estos actos, haremos referencia escueta-

(90) Trasbot Andre. El Acto de Administración en Derecho Privado Francés. Traducido por Francisco Porrúa Pérez. Editorial Porrúa, S. A. México 1945. Pág. 24.

mente sobre el derecho de propiedad. El Código Civil vigente, en su Artículo - 830, textualmente dice: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes". Por lo tanto, el derecho de propiedad tiene un doble contenido: El goce y la disposición de la "res". Con la palabra "res" nos referimos al objeto del derecho de propiedad.

Por gozar la "res", entendemos el servirse de ella según su destino, obteniendo de la misma las utilidades que le sean propias. Por destino debemos entender, la función económica que cumple la "res" en interés exclusivo del propietario; este destino puede ser natural (función inherente a la cosa -- misma) o voluntaria (deriva de un acto de voluntad del hombre),

Disponer de la "res" significa el poder cambiar, según querramos, su destino; la facultad de disponer implica la libertad del propietario de cambiar la función que la "res" desempeña económicamente para el, "...con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

De lo dicho hasta aquí, podemos deducir que la distinción que se hace entre actos de administración y actos de disposición, debe de hacerse referencia al destino económico de la cosa, y por lo tanto, la noción de acto de -- administración no se refiere más que al patrimonio.

"Una persona administra, pero sólo un patrimonio es administrado. Una persona esta o no casada, es padre o madre, hijo o hija, hermano o hermana, pero una persona nunca es administrada, por más que esta expresión se encuentre a veces. No se administran más que los bienes, como no se vende o se dá o se alquila más que bienes o servicios, pero nunca personas en sí mismas". (91).

Como ya quedo establecido al inicio de este trabajo, el patrimonio siempre estará ligado a una persona: Nace con la persona, esta persona lo administra durante su vida y muere con ella.

Desde luego y como principio rector, la persona tiene sobre su patrimonio la plenitud y totalidad de los poderes de disposición, administración y conservación. Ahora bien, no siempre podemos pensar que estas tres categorías sean ejercidas por el titular de dicho patrimonio, y de ahí surge la división en cuanto a su ejercicio, entre una o varias personas. Necesariamente, e independientemente de quien sea la persona que lleve a cabo ese ejercicio de poderes, es claro que el patrimonio siempre está sujeto a los actos de disposición, conservación y administración.

Por actos de administración debemos entender aquellos actos que, sin cambiar la función económica de la cosa, están dirigidos a proporcionar al propietario su goce legítimo. Y por el contrario, debemos entender por actos de disposición, aquellos actos que parcial o totalmente, están dirigidos a cambiar la función económica de la cosa.

Evidentemente que un acto de disposición, puede convertirse en acto de administración si se refiere a una unidad de la cual ese objeto forma parte. Ejemplo de ello sería el de la enajenación de verduras producidas en un rancho; si consideramos a la verdura en sí misma, estaríamos en presencia de un acto de disposición, si consideramos en cambio, al rancho, cuyo fin es precisamente producir verdura para su venta, se trata de un acto de administración.

Al respecto, el Maestro Trasbot comenta: "El acto de disposición es el que entraña enajenación de un elemento o de una fracción de patrimonio. Por el contrario, el acto de administración será el que no acaree la enajenación de todo o parte de un patrimonio. El acto de administración comprenderá al mismo tiempo, el acto conservatorio que asegura la salvaguardia del patrimonio". (92)

Por su parte y en forma por demás acertada, Baudry-Lacantinerie - citado por Trasbot, entiende por acto de administración aquellos actos que -

tienen por objeto conservar los bienes y hacerlos producir. Ahora bien, ¿Que es lo que sucede con el administrador de un patrimonio ajeno?. Hemos dejado ya establecido que el administrador es precisamente la persona que por cualquier título esta investido del poder de administrar una cosa ajena.

Es importante señalar aquí que ese poder debe de tener un efecto-deliberativo, ésto es, una libertad de elección y es ahí donde se manifiesta - la posición autónoma del administrador; sin libertad de acción, no sería un administrador, sino un simple ejecutor de las ordenes. Al administrador que se le confía un patrimonio y en muchas ocasiones con finalidades precisas, evidentemente que dicho administrador debe tener el poder de deliberar sobre todos - los actos necesarios para lograr esas finalidades.

Necesario es hacer hincapié en los poderes otorgados al administrador, para así estar en posibilidad de establecer su campo de acción y sus limitaciones.

En nuestra legislación y de acuerdo al Artículo 2554 del ordenamiento civil en vigor, los poderes generales para pleitos y cobranzas, para administrar bienes y para ejercer actos de dominio, es suficiente que se den con ese carácter -poder general- para que no exista limitación alguna en cuanto a su ejercicio propio de cada una de ellas.

Bajo estos presupuestos, se constituye por lo tanto una verdadera y propia relación obligatoria entre el administrador y el administrado. Objeto de la relación es la administración del patrimonio. Es entonces, una relación de subordinación personal exclusiva: Una relación de fidelidad.

Además de este deber positivo de fidelidad, existen otros deberes negativos como sería el caso de la obligación de abstenerse de competir - con el administrado, de no revelar los secretos conocidos en razón al cargo,- etc.

En otro orden de ideas, siempre encontramos diferencias entre --

los poderes y limitaciones de los diferentes administradores: Así vemos que - determinado acto que uno de ellos realiza, el otro esta impedido o limitado. - Por lo tanto el acto de administración es esencialmente variable; unos tienen poderes más extensos y otros menos extensos. "Estos derechos de disposición, - de administración, de conservación, una vez conferidos, pueden ser, en efecto - más o menos extensos, así se distinguirá el derecho entero y el derecho limitado en cuanto a los actos y en cuanto a los bienes". (93)

Para terminar con los actos de administración, conservación y -- disposición, haremos un resumen de cada uno de ellos; administrar ante todo, - es conservar, llevar a cabo todos los actos indispensables para la existencia - misma del patrimonio. La función mínima que se necesita para administrar, es - realizar actos conservatorios, el cual esta determinado por no acrecentar el - valor económico del bien, sino simplemente impedir el demérito o la pérdua de dicho bien; tal es el caso de un terreno baldío, donde no se construye ni se - aprovecha en nada, pero se vigila que ningún paracaídas se poseione de él.

El hecho de administrar trae aparejada la obligación de obrar. - "Un administrador es un ser eminentemente activo, no se administra haciendo na da. Administrar es hacer una serie de actos positivos". (94)

Por nuestra parte agregamos que el acto de conservación también - es un acto necesariamente activo.

El acto de disposición, es un acto de pleno dominio, el derecho - con el que cuenta es completo: Así puede disponer de todo el patrimonio, lle - var a cabo todos los actos positivos necesarios, percibir los frutos, rentas, - etc. y en fin, enajenar todos los bienes puestos a su disposición.

En otro orden de ideas, la revelación de secreto por parte del - empleado, es otra manifestación característica de la infidelidad administrati -

(93) Trasbot Andre. Op. Cit. Pá. 154.

(94) Trasbot Andre. Op. Cit. Pá. 178.

va. Esta revelación, cuando recae directa o indirectamente sobre los intereses patrimoniales de una sociedad, de un patrón, etc., constituye también una infidelidad patrimonial en perjuicio de la persona -física o moral- a la que se le debe fidelidad.

El Código Penal en vigor en su Artículo 210, dispone: "Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto". Asimismo el Artículo 211 establece: "La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto publicado o revelado sea de carácter industrial".

En las hipótesis mencionadas, podría encuadrarse una tipificación de administración infiel, siempre y cuando traiga como consecuencia un perjuicio patrimonial de la persona a la que se está obligado por relación de fidelidad.

La obligación de mantener en secreto ciertos hechos o circunstancias conocidas en función de la posición o cargo que se ocupa, encuentra su fundamento en las mismas razones de ciertas relaciones jurídicas, como la relación de trabajo que páginas atrás quedo establecido. Es una violación de deberes inherentes al empleo.

Por otra parte, también se puede cometer el delito en estudio por aquellas personas que ejercen la patria potestad sobre un menor, como sería el caso del patrón o tutor. Aquí encontramos un verdadero y propio delito contra el patrimonio y además muy especial, en cuanto esta ligado por vínculos familiares el sujeto activo y el pasivo. Pero ¿estaremos en presencia de una infidelidad patrimonial?. La respuesta estriba en ver si la relación que se establece entre el padre y el hijo o entre el tutor y el pupilo, puede configurar una relación de fidelidad.

Lo que si es claro es que estas relaciones, son relaciones entre administrador y administrado. El Artículo 413 del Código Civil en vigor establece: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos". Asimismo, el diverso 425 del mismo ordenamiento a la letra dice: "Los que ejercen la patria potestad son legitimos representantes de los que estan - bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de este código".

Por lo que hace a la tutela, el Artículo 449 del mismo Código -- Civil, dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de - los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por si mismos".

Tocante a los bienes de los conyuges, no hay ninguna duda de que, mientras esten casados bajo el regimen de separación de bienes, cada quien es su propio administrador, de acuerdo a lo señalado por el Artículo 172: "El ma rido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar y disponer de sus bienes propios y ejecutar las acciones y oponer las excepci^o nes que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del - consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquel, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de los -- bienes".

Cuestión muy distinta resulta si los conyuges estan casados bajo el regimen de sociedad conyugal; es perfectamente factible pensar en una administración fraudulenta de un conyuge hacia el otro. El Artículo 188 establece: "Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los conyuges, por los siguientes motivos: I.- Si el socio admi-- nistrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes".

El Maestro Nuvolone, comenta: "Pero -prescindiendo de la hipóte^s sis de un conflicto de intereses con el patrimonio familiar- el conyuge titu-- lar de esos bienes tiene derecho a la escrupulosa observancia de sus intereses; puede pedir que el conyuge administrador no se sirva de esos bienes para otros fines que no sean los de la familia, que no utilice el dinero que le ha sido -

confiado en empresas, especulaciones o en provecho personal, o de cualquier manera, en perjuicio del dueño". (95)

De lo anterior podemos deducir que, pese a las capitulaciones matrimoniales, el conyuge puede ser sujeto activo del Delito de Administración -- Fraudulenta. Siempre existirá una obligación de fidelidad, tanto del padre a su hijo, del tutor al pupilo o de conyuge a conyuge, teniendo todas estas relaciones el vínculo de subordinación del administrador al administrado.

Asimismo, en cuanto a la tutela, pueden ser sujetos de este delito, el tutor testamentario, el legítimo o el dativo, tomando en consideración que, cualquiera de estas formas de tutela, se administran bienes ajenos.

Con respecto al curador, sabemos que éste no puede ser autor de este ilícito de infidelidad patrimonial, en cuanto que, su labor esta limitada exclusivamente a vigilar al tutor, más no administra ningún bien.

El Maestro Carrara, al abordar el tema de la administración por parte del tutor, en forma por demás atinada, comenta: "La pena de este delito se equipara generalmente a la de la trufa simple. Pero yo me inclinaría a pensar que debería reconocerse como caso calificante la circunstancia de que se trata de una administración pupilar. Otro diría en apoyo de tal opinión que es una maldad más cruel defraudar a los pupilos, que es más frecuente la ocasión de enriquecerse indignamente despojando a estos infelices. Yo diré en cambio, que la minoración del poder de la defensa privada diferencia políticamente el hecho de quien defrauda a un individuo que puede por si mismo vigilar sus propios intereses, del hecho del que defrauda a huérfanos incapaces de cualquier vigilancia. Dire, además, que el confiar a otro la administración de nuestras cosas es ordinariamente un acto voluntario, mientras que el confiar a otro la administración del patrimonio de los huérfanos, es un acto de necesidad". (96)

(95) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 60

(96) Carrara Francesco. Op. Cit. Pág. 388

mercancías del almacén. Como le corresponde corporeizar y manifestar dentro de sus facultades la voluntad social, basta que tome una resolución que externamente no contradiga sus propias atribuciones, para que la operación asuma un aspecto de regularidad y legalidad, aunque salvadas dichas apariencias externas, sustancialmente resulte insidiosa". (98)

En fin, que así podemos encontrar muchos ejemplos en donde el administrador se aprovecha de su puesto perjudicando a la propia sociedad que administra; tal es el caso del administrador que teniendo intereses en otra sociedad, compra de esa empresa, bienes en costos altísimos al precio real para destinarlos a la que administra, o el típico caso de los préstamos sin garantía a un tercero o a la empresa donde él es el socio, el administrador de la sociedad que difunde falsas noticias o se valga de medios fraudulentos para provocar un aumento o disminución en el valor de las acciones en provecho propio, de un tercero o en perjuicio de la sociedad.

Otra relación de fidelidad estrechamente vinculada con el tema en estudio, es el mandato. El Artículo 2546 del Código Civil define al mandato -- como el "contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". Esa obligación, por otra -- parte, puede tener como contenido el deber de administrar. Es claro que entre el mandante y el mandatario se establecen relaciones de fidelidad, de subordinación con carácter exclusivo que en ocasiones, esa fidelidad va más allá del contrato mismo.

Tal y como quedó establecido en el administrador de una sociedad, que es también un mandatario, en el contrato de mandato entre dos personas, el mandatario igualmente se encuentra investido de amplias facultades y por lo tanto, facilidades con respecto a un patrimonio ajeno. El Artículo 2554 del propio ordenamiento, en su tercer párrafo dice: "En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se dé con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos".

Pasemos ahora al tema de la Administración Fraudulenta cometida por los administradores de una sociedad; punto neurálgico, tomando en cuenta - las consideraciones que enseguida expondremos. En infinidad de formas, un administrador puede violar ese deber de fidelidad hacia con la sociedad que administra; así tenemos, por ejemplo que el administrador de una sociedad mercantil puede falsear el balance, abusar en el pago de los dividendos, emitir - - - acciones por debajo del valor nominal, especular, competir con otra sociedad - de la que el es dueño o tiene intereses y en fin, una serie de maneras de acarrearle perjuicios patrimoniales a dicha sociedad o a terceros, e inclusive, - en muchas ocasiones, a la economía de un país, cuando la empresa en cuestión - maneja un gran número de bienes o servicios en una nación.

"Situados en la cúspide, con poderes amplísimos, de órganos que abarcan vastos sectores de la economía y en los que confluyen múltiples y conspicuos intereses, los administradores de las sociedades comerciales pueden abusando de su posición o violando sus propios deberes, ocasionar daños mucho más ingentes que los administradores privados. Y a esto se añade que la complejidad de las operaciones que ellos dirigen, hace con frecuencia extremadamente - difícil individualizar y descubrir los indicados abusos". (97)

El administrador de una sociedad, al ser mandante y representante de dicha empresa, tiene a su alcance los medios necesarios para enriquecerse asimismo, a un tercero, o simplemente menoscabar el patrimonio que le ha sido confiado. Además el administrador por lo general, no tiene la posesión material de los bienes de la sociedad, ya que usualmente, los tenedores de - - - dichos bienes están en manos de sus subordinados o empleados y por lo tanto, - no podría haber aquí la figura del abuso de confianza.

El Maestro Jiménez Huerta, al respecto comenta: "La cualidad de órgano de la empresa engendra el deber de administrarla fielmente; pero a su vez brinda al administrador inúmeras posibilidades, modos y formas de abusar - de dicha cualidad en provecho propio y en daño del patrimonio social. El Administrador no necesita disponer materialmente del dinero de la caja o de las --

mercancías del almacén. Como le corresponde corporeizar y manifestar dentro de sus facultades la voluntad social, basta que tome una resolución que externamente no contradiga sus propias atribuciones, para que la operación asuma un aspecto de regularidad y legalidad, aunque salvadas dichas apariencias externas, sustancialmente resulte insidiosa". (98)

En fin, que así podemos encontrar muchos ejemplos en donde el administrador se aprovecha de su puesto perjudicando a la propia sociedad que administra; tal es el caso del administrador que teniendo intereses en otra sociedad, compra de esa empresa, bienes en costos altísimos al precio real para destinarlos a la que administra, o el típico caso de los préstamos sin garantía a un tercero o a la empresa donde el es el socio, el administrador de la sociedad que difunde falsas noticias o se valga de medios fraudulentos para provocar un aumento o disminución en el valor de las acciones en provecho propio, de un tercero o en perjuicio de la sociedad.

Otra relación de fidelidad estrechamente vinculada con el tema en estudio, es el mandato. El Artículo 2546 del Código Civil define al mandato -- como el "contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". Esa obligación, por otra -- parte, puede tener como contenido el deber de administrar. Es claro que entre el mandante y el mandatario se establecen relaciones de fidelidad, de subordinación con carácter exclusivo que en ocasiones, esa fidelidad va más allá del contrato mismo.

Tal y como quedó establecido en el administrador de una sociedad, que es también un mandatario, en el contrato de mandato entre dos personas, el mandatario igualmente se encuentra investido de amplias facultades y por lo tanto, facilidades con respecto a un patrimonio ajeno. El Artículo 2554 del propio ordenamiento, en su tercer párrafo dice: "En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se dé con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos".

Con esto último, basta para darnos cuenta la enorme facilidad del mandatario de poder caer en una infiel administración.

El gestor de negocios, o sea, aquella persona que sin mandato y - sin estar obligado por la ley, se hace cargo de un asunto ajeno, debe conducir se de acuerdo a los intereses del dueño del negocio; figura que al igual que - el mandatario, puede ser sujeto activo del Delito de Administración Fraudulenta. El Artículo 1897 señala: "El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y -- perjuicios que por su culpa o negligencia se irrogen al dueño de los bienes o -- negocios que gestione". Nos gustaría añadir, que en nada se contrapone una -- sanción penal cuando, el gestor dolosamente, perjudica el patrimonio gestionado. Los mismos últimos comentarios caben para el mandatario.

Con todo lo dicho hasta aquí, pasemos a estudiar los puntos fundamentales del objeto de nuestra tésis; a continuación analizaremos lo que es en sí el Delito de Administración Fraudulenta, el objeto a tutelar, los sujetos - que intervienen, así como las características tan peculiares de este ilícito.

Cuestión por demás interesante resulta el saber cuales son los - bienes jurídicos protegidos en el Delito de Administración Fraudulenta: ¿el ob jeto del delito es la infidelidad patrimonial o el patrimonio en si mismo?.

La respuesta estará dada dependiendo de la teoría que se siga de los bienes jurídicos. El Alemania, donde creemos que la teoría de este delito ha alcanzado su desarrollo casi total, los bienes tutelados o protegidos son, - por una parte, el patrimonio, y por la otra, la seguridad de la relación de fi delidad. Ahora bien, por lo que hace a la teoría que considera que el bien ju rídico a proteger es el patrimonio, la relación de fidelidad no es más que una violación a esa relación y que se utiliza como un medio para perjudicar el patrimonio ajeno.

Así las cosas, nos encontramos ante una gran disyuntiva: ¿el bien jurídico tutelado por el Derecho en el Delito de Administración Fraudulenta, - es la relación de fidelidad o el patrimonio en si mismo?. Por nuestra parte, -

definitivamente nos inclinamos por la segunda teoría, es decir, el bien jurídico protegido es el patrimonio. La fidelidad, tal y como la hemos estudiado, es un valor totalmente subjetivo, que por lo mismo, no podríamos concretizar en una acción comprobable de violación a esa fidelidad que le debe una persona a otra.

Nuvolone expresa: "Nos parece -sin entrar en consideraciones de orden general-, que es más adecuado encuadrar el Delito de Infidelidad Patrimonial entre los delitos que tienen por objeto el patrimonio, también por que, dada la multiplicidad de relaciones en las que puede surgir la infidelidad, -- sería muy seguido, difícil individualizar con exactitud el objeto del delito, y además se debería tal vez renunciar a la construcción de un tipo único para caer en la generalidad". (99)

En el Derecho Germano, el objeto de la protección jurídica del Delito de Unterve, repetimos, es la fidelidad propiamente dicha y agrega Nuvolone: "En Alemania, sin embargo, prevalece la búsqueda del fin de la norma y se insiste así, sobre el concepto de bien de la fidelidad, entendido como algo -- concreto, tangible, viviente en el orden esencial del pueblo". (100)

Sentimos, siguiendo las ideas del Maestro Italiano, que en Alemania el objeto debe determinarse en cada caso en particular. "Se trata precisamente de ver, cuales son las hipótesis en las cuales el deber relativo pueda -- considerarse existente o al menos relevante para el Derecho Penal". (101)

Por nuestra parte, somos de la idea de que en el Delito de Administración Fraudulenta, Infidelidad Patrimonial, Unterve o como se le quiera llamar, definitivamente si existe algo tangible, concreto como lo es el patrimonio dañado, el perjuicio patrimonial, donde por lo tanto, se pone en evidencia la naturaleza esencialmente patrimonial de este delito; en efecto, existe-

(99) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 36

(100) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 78

(101) Nuvolone Pietro. Op. Cit. Pág. 78

un atentado al patrimonio ajeno como tal, la norma que lo debe regular y sancionar debe de estar encuadrada dentro de los Delitos Patrimoniales. "La razón de ser del Delito de Administración Fraudulenta surge de la comprobada existencia de algunas conductas de antijuricidad patrimonial notoria, que sin embargo, escapan por distintas razones técnicas a la sanción penal, ya que no son subsumibles en los delitos de abuso de confianza o de fraude". (102)

Resumiendo, diremos que el problema del objeto de la tutela jurídica del delito en estudio, consiste esencialmente en determinar que tanta importancia tiene para el Derecho Penal la violación de la fidelidad y el menoscabo o daño en el patrimonio de un tercero; definitivamente nos inclinamos por la supremacía del segundo valor jurídico, considerando a la fidelidad como un mero vehículo o medio de alcanzar un lucro indebido o dolosamente perjudicar a otra persona en su patrimonio.

Después de haber determinado el objeto de la tutela penal, nos encontramos con el problema referente a los límites de esa tutela; es una cuestión delicada. En los casos más típicos que presenta una obligación de fidelidad patrimonial, como en las relaciones que se establecen entre un tutor y su pupilo, el mandatario y el mandante, el administrador y el administrado, etc., acompañada a esa obligación y por su misma naturaleza, encontramos un poder muy elástico, éste es, un poder más o menos amplio de iniciativa, de libertad de acción que sin él, el fin mismo de la relación por la cual se constituyó, sería una relación sin sentido. Es por eso, que un poder tal, implica cierta libertad de elección, de iniciativa y si la norma penal es demasiado estricta, demasiado rigurosa, se corre el riesgo de dar al traste con muchísimas funciones referentes a la economía, con las consecuencias que esto traería y de acabar con proyectos e iniciativas que si bien son riesgosas, no son ilícitas.

Referente a los sujetos que intervienen en este delito, diremos que por lo que hace al sujeto activo, no todas las personas con capacidad jurídica pueden cometerlo. Esta es una de las grandes diferencias con los otros --

(102) Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit. Pág. 248.

delitos patrimoniales que hemos estudiado, como lo veremos posteriormente. Así, se ha considerado sujetos activos de este delito, los tutores, los que ejercen la patria potestad, los representantes, los mandatarios, los gestores, etc., y en fin los que de una u otra manera tienen la función de administrar bienes ajenos. Esto es, los sujetos activos varían desde el simple administrador del patrimonio de su hijo, como a todas aquellas personas que habiendo recibido un -- mandato -y en ocasiones sin el- se hacen cargo de bienes de terceros.

El Profesor Jiménez Huerta, menciona: "El Delito de Infidelidad - Administrativa es un delito propio o especial, pues sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica -tutor, albacea, síndico, gerente, gestor, etc.- que le impone el deber de gobernar y conducir con probidad los intereses patrimoniales ajenos". (103)

Con respecto al sujeto pasivo del delito, esta es la persona a la cual debían ser tutelados los intereses por parte del culpable, del sujeto activo. ¿Quiénes son entonces?. Aquí tendríamos que ver cada caso en particular - de todas aquellas personas que tienen derecho a la fiel tutela de sus intereses. El caso más delicado es el que se dá en una sociedad por el administrador o administradores, ya que los intereses son múltiples y en consecuencia, pueden resultar muchos perjudicados en este tipo de ilícito.

Para poder considerar la integración del Delito de Administración Fraudulenta es necesaria la conjugación de tres requisitos:

1.- La acción delictuosa debe consistir en intentar dañar o dañar los intereses patrimoniales de un tercero.

2.- El daño debe ser necesariamente doloso, aunque sea eventual.

3.- La acción criminal debe de fundamentarse en el hecho de construir una violación a la obligación de fidelidad que el sujeto activo tiene -- frente al sujeto pasivo, sobre los intereses que de manera más o menos amplia, deben de estar tutelados por la obligación de fidelidad.

Sobre estos tres puntos, se encuadra la figura del Delito de Administración Fraudulenta.

En este delito, la lesión no se limita a una sola cosa, a un sólo objeto, sino al patrimonio en conjunto. Por eso mismo, sujetos activos de este delito no pueden ser más que aquellas personas que manejan en forma global un patrimonio.

Además, aquí en la infidelidad patrimonial, los bienes protegidos no solamente son muebles, sino incluso también los inmuebles.

Tomando en consideración que en la Administración Fraudulenta o infiel, se maneja un patrimonio en conjunto, en ocasiones se puede tratar de cosas que el mismo propietario ha entregado al sujeto activo y, por el contrario, en otras muchas ocasiones, estaremos en presencia de bienes que se adquieren a nombre del sujeto pasivo sin que éste, jamás los haya tenido materialmente, es decir, nunca entra en posesión material de sus bienes.

El Maestro Carrara afirma: "Si bien este delito pertenece a la familia de las trufas, se especializa con relación a éstas por algunas particularidades, a saber: 1.- Que no recae sobre un objeto singular, sino sobre un conjunto; 2.- Que mientras en la trufa, el abuso recae ordinariamente sobre una cosa que antes estaba en la posesión del propietario que la entrega al culpable para un fin determinado, en la administración fraudulenta, el delito recae, las más de las veces, sobre cosas que el lesionado nunca había tenido verdaderamente en su posesión material". (104)

Así las cosas y en la inteligencia de que muchas veces el sujeto pasivo de este ilícito, nunca tuvo en su poder bienes objeto del delito, no podemos pensar en un Abuso de Confianza, toda vez que no existió la transmisión de la tenencia de dichos bienes al sujeto activo; fácilmente el delincuente, -- con los amplios poderes a su alcance, puede adquirir durante su administración--

y a nombre del ofendido, bienes que este último jamás poseyó materialmente; por lo tanto, no podemos encuadrar aquí una apropiación indebida o abuso de confianza. Tampoco podemos pensar en un fraude, toda vez que el sujeto activo se hizo de los bienes o perjudicó el patrimonio, no por haber mediado un engaño o error en el sujeto pasivo, sino por el abuso de los poderes conferidos.

En virtud de que en el delito en estudio se maneja el patrimonio - ajeno con cierta libertad, nos encontramos con que el sujeto activo tiene a su alcance infinidad de medios para arruinar el patrimonio puesto a su disposición, sin que se dé por enterado el titular del mismo. "El administrador actúa sobre el capital que le ha sido confiado, según la índole de la especulación, con libre disponibilidad. Si administra una taberna, comprará las mercaderías, las revende, dá créditos, concede plazos, dispone, en suma, libremente y el comitente nada sabe de todo ésto. Si administra una hacienda, cosecha los frutos, - gasta en cultivos, en ganados, vende, permuta, maneja en una palabra, todo lo que cae dentro de ese conjunto, sin que el administrado detecte jamás o disponga de aquellas cosas". (105)

Y así, como estos dos claros ejemplos del Maestro Italiano, podemos encontrar muchos más. Jiménez Huerta no se queda atrás y afirma: "Fuera del territorio típico del delito de abuso de confianza, queda la conducta del - mandatario -administrador que se apropia de las cantidades que ha obtenido por la venta de las mercancías que se le ordenó enajenar, pues es obvio que si dispuso de la cosa ajena cuya tenencia le fue transmitida, fue en cumplimiento de las instrucciones que le fueron dadas; tampoco su conducta configura el delito de fraude, habida cuenta de que el dinero no lo obtuvo mediante engaños, sino de la ejecución de órdenes recibidas. El gestor que se abstiene de controlar - las mercancías que la negociación produce, no comete un delito de abuso de confianza, pues como no le ha sido transmitida la tenencia de dichos objetos, malpuede de ellos disponer; tampoco es configurable el delito de fraude dado que - la víctima no entrega la cosa al sujeto activo en virtud del error en que éste le sumerge mediante engaños, sino que el agente se la apropia mediante una abusiva ocultación realizada al socaire de su actividad administrativa, la cual, - si bien deviene fraudulentamente es a causa de elementos diversos de los que in

tegran el delito de estafa. Y por último, resulta también evidente que el gestor sin mandato que dispone para sí de los bienes que gestiona, no comete los delitos de abuso de confianza o de fraude, pues por lo que al primero respecta, no hubo transmisión de tenencia; y por lo que se relaciona con el segundo, no hubo entrega errónea de la cosa por parte de la víctima". (106)

Con frecuencia, y en los casos particulares de los administradores de sociedades, mandatarios o gestores, encontramos que amén de cometer el delito de administración fraudulenta, por lo general falsean libros, documentos, cifras y todo aquello que de una u otra forma, les convenga para esfumar sus actos ilícitos. Es un problema que contienen casi todos los delitos que pueden resultar culpables los administradores de las sociedades mercantiles.

Dentro de las características de este delito, nos encontramos con una que, definitivamente sentimos que es fundamental, por la diferencia que implica con los delitos de abuso de confianza, fraude y robo; esta gran diferencia estriba en que no es necesario, para que se tipifique el delito en cuestión, el enriquecimiento del autor. Efectivamente, basta con que intencionalmente se produzca un daño al patrimonio ajeno, para que se integre esta figura. "Esta diferencia es más que evidente para la teoría que hace consistir la infracción del Artículo 173, 2o., en una apropiación, pues aún cuando del administrador -- puede decirse algunas veces que se apropia, esta designación no es siempre del todo exacta ya que se puede defraudar al administrado sin necesidad de apropiarse de nada. Como en los demás casos de defraudación, la ley requiere el perjuicio del administrado, intencionalmente causado, pero es evidente que a ese resultado puede no corresponder un paralelo enriquecimiento o provecho siquiera del autor". (107)

Elemento éste, que debemos tener siempre presente y que implica, -- entre otras cosas, la autonomía sin lugar a dudas de los demás delitos contra el patrimonio que hemos estudiado.

(106) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 252

(107) Soler Sebastian. Op. Cit. Pág. 424.

Es apropiado transcribir un comentario del Maestro Jiménez Huerta: "Esta clase de ilícito se caracteriza por estar integrado por un comportamiento, que si bien no es externo o formalmente contrario al derecho, deviene antijurídico por la dirección interna trascendente que le preside: Acrecentar el patrimonio propio a costa de otro, valiéndose el agente de su posición privilegiada de gestor de este último". No podemos coincidir con el Profesor Jiménez Huerta en cuanto a "acrecentar el patrimonio propio a costa de otro" y volvemos a insistir en lo mismo: Nada tiene que ver para la integración de esta figura, el que se enriquezca, apodere, disponga o como se le quiera designar, el autor o un tercero. Lo cierto es que Jiménez Huerta a lo largo de su estudio insiste en el elemento, para el fundamental, en el provecho o enriquecimiento del sujeto activo; así vemos párrafos donde, por ejemplo menciona: "...perpetra el delito de administración fraudulenta si en beneficio propio o de otro..." o este otro ejemplo: "...si se tiene en cuenta que emplea los poderes de que esta investido para servir los intereses patrimoniales de un tercero..." y en fin, pensamos válidamente que en este delito, aunque reconocemos que excepcionalmente, no obtiene provecho el autor o un tercero; pero esto no obsta, para poder considerar el enriquecimiento del autor, como elemento esencial de la administración fraudulenta, como si ocurre en el fraude y abuso de confianza.

Pensemos en un ejemplo donde no encontramos acrecentamiento en el patrimonio del sujeto activo: Pedro es experto en el manejo de la bolsa de valores y Juan sabiendo ésto, le pide a aquél que le invierta y maneje una fuerte cantidad de dinero, en las empresas que él considere más productivas; Pedro acepta y dolosamente invierte el dinero de Juan, en las empresas que sabe bien que están en declive, que van a la ruina. Finalmente Juan pierde todo un capital invertido y Pedro no se enriqueció con un solo centavo. En este ejemplo, Juan no puede denunciar a Pedro por el delito de Fraude ni tampoco querellarse por el delito de abuso de confianza, ya que entre otras características de fondo, Pedro ni se aprovechó ni se enriqueció. Aquí encontramos una típica laguna en la ley, y como lo veremos más adelante, en México no se ha subsanado ese error.

Al margen de estas consideraciones, creemos oportuno volver a analizar someramente el Artículo 266 del Código Germano, toda vez que en nuestra opinión, se acerca con mucho más acierto a lo que verdaderamente es la esencia de este delito.

Recordemos que el reformado Artículo 266 reúne los dos criterios tan discutidos por los tratadistas: La teoría del abuso y la teoría del quebrantamiento de la fidelidad. Al respecto, el Profesor Alemán Mezger nos dice: "El llamado tipo del abuso presupone la facultad para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro. Esta facultad puede depender de la ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico. Resultado del abuso, debe ser un perjuicio al patrimonio ajeno. No es necesario el enriquecimiento del autor". (108) Más concreto y claro no se puede.

Como primer elemento de la teoría del abuso, encontramos la facultad, que no es otra cosa que una "situación jurídica del autor en relación a otro". Indispensable es hacer mención del fundamento de esa actuación, que depende de la ley, mandato de la autoridad o un negocio jurídico. Mezger agrega que no es suficiente simples actuaciones de hecho, si éstas no traen como consecuencia efectos jurídicos.

No habría impedimento para la configuración de este ilícito, el hecho de que el patrimonio de los sujetos activos o pasivos, estuvieran fusionados, siempre y cuando y en un momento dado, se le sustrajera el patrimonio del autor del ilícito, como podría suceder en el caso de un copropietario administrador, del conyuge administrador de la sociedad conyugal, etc.

Para el Artículo 266 del Código Penal Alemán, se debe de abusar de esa facultad, que consiste en "exceder lo que está permitido jurídicamente en el marco del poder jurídico. Trátase de un aprovechamiento de los poderes respecto de otro que excede los límites trazados por la relación interna". (109)

Asimismo, su objetividad jurídica no consiste necesariamente en una apropiación o bien en un exceso de la facultad, sino que también puede consistir en una omisión cometida en daño de los intereses de otra persona.

Por lo que toca al quebrantamiento de la fidelidad, se sustenta-

(108) Mezger Edmund. Op. Cit. Pág. 280

(109) Mezger Edmund. Op. Cit. Pág. 281

en el deber de cuidar los intereses confiados. El derecho germano los divide - en dos hipótesis: La primera originada en una situación jurídica basada en la ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, y la segunda, en relaciones de hecho, es decir, que no tienen más fundamento que la fidelidad.

Tal y como ya lo habíamos expresado, este tipo del quebrantamiento de la fidelidad, resulta hoy en día, imposible de aceptar y asimilar, en - - cuanto que no podemos tomar a la fidelidad como bien jurídico tutelado, esto es no podríamos darle a la fidelidad tal y como se entiende, efectos jurídicos independientes. Claro esta que a esa obligación de fidelidad acompañada de un da ño patrimonial, es en esencia, el quid de la administración fraudulenta.

Tanto en Alemania como en la Argentina, la administración fraudulenta se sustenta en la teoría del abuso como en la del quebrantamiento de la - fidelidad. A este respecto y en relación al apartado 7º. del Artículo 173 del Código Penal Argentino, el Licenciado Ignacio Mendoza Iglesias, en ocasión a un asunto sobre extradición, señaló: "Pero ya al margen de cualquier cuestión -- doctrinaria que, se repite, siempre se ha promovido en forma unanime, por la dis tinción neta entre las tres figuras (fraude, administración fraudulenta y abuso de confianza) lo cierto es que el mismo texto definitorio argentino se encarga de proporcionarnos los datos y elementos de juicio necesarios para aseverar que su tipo -el de la administración fraudulenta- no es encuadrable en la defini--- ción de abuso de confianza".

Y agrega el Maestro Mendoza Iglesias: "Se advierte de inmediato que en aquella infracción, aún cuando pueda tener repercusiones patrimoniales, - no son bienes de esta especie el objeto de la protección jurídico-penal; de - - acuerdo con la definición que examinamos, la acción típica se encuentra constituida por "la violación de deberes de cuidado de bienes o intereses pecunarios- ajenos", como un bien jurídico en si mismo considerado, y con total abstracción de que ella pudiera importar un acto de disposición, de apropiación indebida, o de un simple comportamiento como dueño; tan es así, que para la integración y - consumación de la figura, la ley se desentiende de la obtención de un beneficio económico o lucro indebido como consecuencia de la acción, siendo suficiente - para ello el que se perjudique los intereses confiados o se obligue abusivamente al titular de éstos, y si bien es verdad que como finalidad de la acción se-

requiere procurar un lucro indebido o causar daño, no es menos exacto que p~~er~~te - neciendo ello al aspecto interno del delito, ello no altera la naturaleza del - resultado exigido por la ley". Como comentario al margen, por nuestra parte di - remos que en Alemania, el hecho de procurarse un beneficio patrimonial, opera - como agravante.

Finalmente afirma: "Además de que jurídicamente no es asimilable la "violación de deberes" con los actos de disposición a que se refiere nuestra ley, de que ésta, en su definición no requiere para su integración conceptual - de las finalidades de las conductas apuntadas y que mientras en la administra-- ción fraudulenta de la ley Argentina, el objeto sobre el cual recae la acción - son los "intereses" generalmente considerados, en contradicción a la severa li- mitación de nuestro texto que se refiere tan solo a "cosa muebles", es induda-- ble que es la propia legislación Argentina la que se encarga de confirmar el -- criterio introvertido de que la administración fraudulenta es un delito propio, autónomo e independiente del delito de abuso de confianza, apropiación indebida, etc". (110)

Cabe aquí volver a transcribir el Artículo 173 Fracción 7^o. del - Código Penal Argentino: "El que por disposición de la ley, de la autoridad o - por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cui- dado de bienes o intereses pecunarios ajenos, o con el fin de procurar para sí - o para un tercero un lucro indebido o para daño, violando sus deberes, perjudi- care los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos".

Asimismo, el reformado Artículo 266 del Código Alemán, establece: "El que dolosamente abusa de la facultad que le ha sido otorgada por la ley, -- mandato de la autoridad o negocio jurídico para disponer de un patrimonio ajeno u obligar a otro, o lesiona el deber que le incumbe en virtud de la ley, manda- to de la autoridad, negocio jurídico o de una relación de fidelidad, de cuidar- de intereses patrimoniales ajenos, y de esta manera ocasiona un perjuicio a la-

persona cuyos intereses patrimoniales debe atender, será castigado...".

En ambas definiciones, podemos encontrar, tanto el tipo del abuso como el tipo del quebrantamiento de la fidelidad.

En Alemania, la jurisprudencia ha impuesto limitaciones al Artículo 266, toda vez que ha considerado que es "excesivamente amplio". Estas limitaciones han sido aceptadas y aprobadas por la mayoría de los tratadistas y -- así encontramos que, entre otras cosas, el que se encarga del manejo del patrimonio ajeno debe contar con una cierta libertad de acción, con cierta autonomía e independencia en su gestión. Además, debe de tratarse de actividades que tengan un cierto tiempo de duración. Asimismo, en este tipo penal, no se consideran para su tipificación, los actos realizados por un mandadero o actividades meramente mecánicas, que sean intranscendentes; la acción a desarrollar debe de tener siempre cierta importancia y además debemos de considerar, que toda obligación de hacer se sustenta en un deber de fidelidad.

Importante es hacer notar que dentro de esta figura, el hecho de arruinar y dañar el patrimonio confiado, por causas de torpeza o inexperiencia del administrador, no significa la tipificación de este ilícito; debemos recordar que como condición indispensable se requiere el dolo, la intención de perjudicar. Al respecto, el Maestro Argentino Sebastian Soler, escribe: "Sin embargo, no toda forma de mala administración constituye delito, aún cuando un negocio resulte imprudentemente ruinoso. Solamente los hechos intencionalmente dirigidos dan lugar a la imputación. Claro está que la dirección intencional a la obligación de un lucro ilegítimo para sí o para otro acompañada de la actitud de indiferencia con respecto al perjuicio eventual para el administrador, es suficiente". (111)

Tampoco podemos incriminar al administrador que, pensando en obtener mayores provechos a la persona que le confió su patrimonio, arriesga demasiado y como resultado no le causa mas que perjuicios. Este es un problema -

(111) Soler Sebastian. Op. Cit. Pág. 424.

muy delicado y creemos que debe de analizarse cada caso en particular y saber en que momento, el riesgo inherente a cualquier especulación comercial deja de ser lícito para convertirse en ilícito.

Por último tenemos dos requisitos necesarios para la integración de esta figura: 1.- Necesariamente la causación de un daño a la persona cuyos intereses patrimoniales debían atenderse. Este menoscabo debe ser precisamente a los intereses únicos y exclusivos a la persona a la que se le debe fidelidad, es decir, debe de haber una identidad entre los intereses obligados a proteger y los intereses dañados, y 2.- El dolo, es decir, el elemento subjetivo del delito. Nos encontramos con dos tipos de dolo: el directo y el eventual.- En el primero, es el caso de que el agente tiene la intención precisa de llevar a cabo el acto castigado por la ley, el hecho está previsto y se quiere; - el segundo, o sea el dolo eventual, se da cuando el agente prevee la realización del hecho como consecuencia necesaria de su acción u omisión, esto es, en el dolo eventual sólo se requiere la acción aunque se prevee el daño como resultado necesario de la acción.

Aplicando estas nociones al Delito de Administración Fraudulenta, es suficiente el dolo eventual, para caer dentro del terreno de la tipicidad.- "Puede bastar, fundamentalmente, el dolo condicionado (*"dolus eventualis"*), -- pero nunca debe olvidarse que en toda tarea relativa al cuidado de un patrimonio es inevitable hacerse cargo de ciertos peligros y riesgos, y que la ley no tiene la misión ni la finalidad de poner trabas a un sano espíritu de iniciativa. Al condenar, debe resultar siempre que el autor se había hecho cargo, por lo menos, de las consecuencias desfavorables de su acción, esto es, que la -- había consentido o bien que más allá de la simple culpa, no las había tenido en cuenta. No se incluye aquí los perjuicios que hayan sido ocasionados o -- arriesgados a fin de obtener mayores ventajas para la persona cuyos intereses se atienden". (112)

El elemento subjetivo deberá de caracterizarse por la voluntad, aunque sea eventual, de provocar un daño a la persona a quien se tiene la obligación

de fidelidad. Es importante insistir en la conducta de quien, sin intención de perjudicar, y con el solo ánimo de obtener más provechos para con quien se está obligado, arriesga en negocios que no acarrearán más que pérdidas. Aquí no podemos hablar de Administración Fraudulenta; sin embargo, si encuadramos dentro del ilícito penal, aquel comportamiento del administrador de una sociedad, que invierte el dinero que le ha sido confiado, en otra empresa de la cual tiene intereses, con la idea de reintegrarlo en el futuro. Típico caso de dolo eventual que si es punible.

El momento consumativo del delito, también ha sido un punto muy controvertido entre los tratadistas; para el Maestro Italiano Carrara, el delito no se consuma con la distracción de la cosa, sino hasta la rendición de cuentas, ya que, según él, la consumación llega no con la distracción de fondos, sino con la diferencia final, agregando: "Y ello demuestra, precisamente, que la existencia del delito radica siempre en la rendición de cuentas, por que sin ella nunca podría afirmarse que el gestor huyendo, negando o alterando las sumas se ha enriquecido ilícita y maliciosamente". (113)

Definitivamente no estamos de acuerdo con Carrara y nos adherimos al comentario de Jiménez Huerta que atinadamente, afirma: "El pensamiento de Carrara no es, a juicio nuestro, aceptable, pues la esencia del delito no consiste en la falta de rendición de cuentas, sino en la comprobada realidad de un provecho injusto obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que el administrador hace de sus facultades o de su posición. Y en el mismo instante en que esto acontece, el delito queda consumado. La rendición de cuentas puede tener un valor instrumental en cuanto medio para probar el quid del delito, aunque no en forma exclusiva o monopolizadora sino en concurso con todos los demás elementos de prueba que entran en juego en el enjuiciamiento penal". (114)

La complicidad es concebible en este delito. Estaremos en presencia de un cómplice de Administración Fraudulenta, cuando aquel, teniendo claro-

(113) Carrara Francesco Op. Cit. Pág. 384

(114) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. Pág. 254.

conocimiento de las intenciones delictuosas del administrador, le proporciona elementos materiales para alterar cuentas, falsificar recibos y en general le preste la ayuda necesaria para causar un daño patrimonial.

Asimismo, al respecto de la tentativa, como en cualquier otro delito, puede realizarse. Estaremos frente a un hecho delictuoso que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, en el típico caso, por ejemplo, del administrador de un rancho que es sorprendido vendiéndole a un tercero taferro suyo-, maquinaria agrícola en un precio mucho menor al real.

Finalmente, y después de haber analizado todos y cada uno de los elementos que integran el Delito de Administración Fraudulenta, examinaremos de nuestro Código Penal, el Artículo 388. "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro -- perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los -- reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude".

En esta definición, que se antoja un tanto alejada de la naturaleza del Delito de Administración Fraudulenta, encontramos en primer lugar que, el "cuidado de bienes ajenos" resulta una frase muy ambigua, toda vez que, se presta a muchas malas interpretaciones; ésto es, un velador, un policía, etc., esta al cuidado de bienes ajenos y no por eso sera sujeto de este delito. Una cosa es administrar y otra muy distinta es cuidar.

Pero donde nuestros legisladores no entendieron o no quisieron entender la esencia de la Administración Fraudulenta en que tanto hemos insistido, es en la desafortunadísima frase "con ánimo de lucro", donde como ya lo vimos, en absoluto interfiere con los elementos constitutivos del delito. Y para no ir mas lejos, en la exposición de motivos de las reformas al ordenamiento en cuestión, nos encontramos con que "...teniendo a su cargo la administración o cuidado de bienes ajenos, y precisamente con ánimo de lucro, ésto es, con el propósito de obtener beneficios indebidos...", lo cual significa que, actualmente en México, existe una laguna legislativa más por llenar.

Por otra parte y salvo ese error fundamental, encontramos que el perjuicio debe ser consecuencia de la alteración de cuentas, de gastos, así - como de la modificación de las condiciones de los contratos, de la ocultación- y retención de valores, o empleo indebido de los mismos.

Tampoco estamos de acuerdo con la frase "ocultando o reteniendo- valores" ya que por el hecho de ocultar o retener bienes o valores, no podemos encuadrar esa conducta dentro de esa figura. El ocultamiento y retención de - bienes como acciones independientes, son imputables a otros delitos como Fraude, Abuso de Confianza o Robo, pero no es Infidelidad Patrimonial.

Por último, en cuanto hace a la alteración de los contratos o de cuentas, debe de ser sobre valores, lo cual trae como consecuencia, un perjuicio o daño patrimonial. Alteración de contratos o cuentas que no influya en - los bienes patrimoniales, no se tipifica en este Delito.

DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

Después de haber analizado los Delitos Patrimoniales de Robo, - Abuso de Confianza, el Fraude y la Administración Fraudulenta, estableceremos las principales diferencias de este último ilícito con los otros tres. De lo visto hasta aquí, vamos a encontrar, seguramente diferencias muy significativas de donde sin duda alguna, se establecerá una vez más la autonomía e independencia del Delito de Administración Fraudulenta.

ROBO

Necesario es recordar la definición que de este delito nos dá el Código Penal en su Artículo 367: "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que - pueda disponer de ella con arreglo a la ley".

En primer lugar, y tomando en consideración lo que al respecto - mencionamos sobre el apoderamiento -acción de poner bajo su dominio una cosa - que antes se encontraba en poder de otro-, en la Administración Fraudulenta, - nunca se dá esta acción, ya que el administrador infiel, tiene a su disposi---ción los bienes confiados a su manejo y por lo tanto, jamás podemos hablar de un apoderamiento. Esos bienes le han sido transmitidos y la mayoría de las ve ces, ni transmisión se dá, en los típicos casos en donde por sus gestiones, el administrador adquiere a nombre del administrado dichos bienes y por consecuen cia, nunca han estado en posesión de la persona a la que se le debe fidelidad. Por lo tanto, el apoderamiento en la administración fraudulenta, no existe.

Por lo que hace a la cosa ajena mueble del robo, otra gran diferencia con la Infidelidad Patrimonial, es que en éste último ilícito, también puede comprender bienes inmuebles. Al respecto, no puede haber discusión alguna.

No queremos enumerar la infinidad de diferencias que existen entre ambos ilícitos, ya que resultaría tarea un tanto absurda y repetitiva, --

equiparar un delito tan diferente en muchos aspectos -casi en todos- de donde hasta en los sujetos que intervienen son tan diferentes y especiales, con cualidades jurídicas muy significativas, como el punto tan fundamental de la administración fraudulenta, que es el caso del no enriquecimiento del autor como requisito necesario.

Obviamente que dentro de las similitudes, estaremos siempre en presencia de que el objeto de la tutela jurídica a fin de cuentas, es el patrimonio de ambos delitos, y todavía ahí, encontramos que en el robo, además de la propiedad, se protegen situaciones jurídicas de hecho, como es la posesión; ideológicamente -como sucede en Alemania- en la administración infiel se protege el patrimonio y la relación de fidelidad como bien jurídico.

Para terminar, otra de las grandes diferencias entre los delitos de robo y administración fraudulenta, sencillamente en éste último ilícito, la acción no recae sobre un solo objeto determinado, sino sobre un conjunto; el administrador maneja el patrimonio o parte de él, en forma global; en el robo, es apoderamiento de bien mueble determinado. Pensamos definitivamente que entre el delito de robo y el de infidelidad patrimonial, existe un abismo de diferencias tan grande, que prácticamente no hay nada más que comentar.

ABUSO DE CONFIANZA

Así como en el delito de robo con la administración fraudulenta, existen desigualdades tan hondas, en el abuso de confianza, estas divergencias son mínimas, tan mínimas que infinidad de conductas se confunden entre los ilícitos de la administración infiel con el abuso de confianza. Conductas muy similares, con sujetos que intervienen también con cualidades jurídicas parecidas si no es que iguales, la administración fraudulenta y el abuso de confianza, hoy en día, en muchas legislaciones, se fusionan en una sola figura. Empero, intentaremos subrayar las diferencias más importantes, que de antemano, diremos que sí las hay.

El concepto que nos dá el Código Penal sobre el Abuso de Confianza

za, en su Artículo 382, dice: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión..."

Tal y como ya quedo analizado, el perjuicio -importantísimo en los dos delitos- es inegable su existencia en ambos ilícitos. Quisieramos detenernos un poco en cuanto al concepto de perjuicio; por perjuicio entendemos la privación de una ganancia lícita y por lo tanto, es oportuno aclarar que en el abuso de confianza se debió de emplear, además de la palabra perjuicio, la de daño, que como sabemos, es la acción de menoscabar el patrimonio, de disminuirlo. Así las cosas, sentimos que en el abuso de confianza y en la infidelidad patrimonial, caben tanto el daño como el perjuicio. De cualquier manera, en ambas infracciones su significado y consecuencia es el mismo y en nada se contraponen a su naturaleza jurídica.

Ahora bien, empiezan las diferencias; en el abuso de confianza hablamos de una disposición para sí o para otro. Ha quedado entendido que el verbo disponer es tanto como convertirse en propietario, conducirse como dueño de la cosa. Indispensable resulta la disposición para sí o para otro de una cosa ajena en el abuso de confianza, no así en la administración fraudulenta que, insistimos puede tipificarse sin ninguna disposición. Basta el daño o perjuicio al patrimonio ajeno; no se requiere el enriquecimiento o disposición del autor o un tercero.

En otro orden de ideas, en el abuso de confianza, la protección jurídica esta dirigida única y exclusivamente a bienes muebles, tal y como se desprende de la propia definición que nos da el Código Penal; por el contrario en la administración fraudulenta, se tutelan los bienes mobiliarios como los inmobiliarios. Resultaría ocioso insistir en este punto.

Tema sumamente importante en nuestro trabajo es el de la famosa -- transmisión de la tenencia y no del dominio. Ha quedado claro, que en el abuso de confianza siempre se transmite la tenencia de un objeto y no el dominio del mismo. En la administración fraudulenta así se entiende, con la salvedad de que, repetimos, en muchísimas ocasiones no se transfiere esa tenencia ya que, por no-

existir con anterioridad, es imposible dicha transferencia. Es inobjetable que el administrador, dadas sus facultades y obligaciones, adquiera bienes que nunca antes estuvieron en posesión material del administrado.

Por lo tanto, no cabe aquí encuadrar la figura del abuso de confianza.

Tocante a los sujetos que intervienen en los dos ilícitos, únicamente comentaremos que en el abuso de confianza, determinados autores tienen esa cualidad en la administración fraudulenta, como es el caso de los administradores y cualquier persona que gobierne un patrimonio extaño; bien sabemos que en el abuso de confianza, muchos sujetos no tienen esa cualidad que se requiere para ser autores de administración fraudulenta, tipificándose en dado caso su conducta, por lo que establece el primero de los ilícitos.

Aunque resulte repetitivo, es justo volver a mencionar la característica del manejo global, el conjunto que impone la administración fraudulenta, a diferencia de un solo bien mueble que se dispone en el abuso de confianza.

Diferencias no tan marcadas ni profundas como en el delito de robo, pero que de cualquier forma, una vez más, demuestran separaciones tajantes entre el abuso de confianza y la administración fraudulenta.

FRAUDE

Por lo que hace a éste último delito, es frecuente -aunque no tanto como en el abuso de confianza-, encontrar acciones que llegan a confundirse con la administración fraudulenta.

Es menester recordar la definición del delito de fraude que señala el Artículo 386 del Código Penal en vigor: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido".

En primer término, cabe decir que tomando en cuenta los elementos del delito de fraude, éste es, el engaño o el aprovechamiento del error, la obtención del lucro indebido y la relación de causalidad entre el primero y el segundo, con los conceptos y consideraciones que hemos expuesto sobre la administración fraudulenta, no hay semejanza alguna. Es de nuestro conocimiento que en el fraude, el sujeto activo se hace del bien, mediante engaños o aprovechamiento del error en el que está sumergido el sujeto pasivo, quien precisamente es el que le hace entrega de la cosa.

En la administración fraudulenta, el autor se adueña de los bienes -no siempre- no por haber mediado error o engaño en la víctima, sino por excederse o emplear indebidamente los poderes y facultades de que esta investido.

Por otra parte, coinciden ambas infracciones en que se tutelan bienes muebles como inmuebles, pero no así en cuanto a los autores de dichos delitos. En el fraude, prácticamente cualquier persona con capacidad legal, puede ser imputable, en tanto que no sucede lo mismo en la infidelidad patrimonial. Amén de que, como también ya lo expresamos con las diferencias del robo y abuso de confianza, no se toma en cuenta un objeto, sino la relación del patrimonio -- globalmente.

Asimismo, el elemento indispensable del lucro indebido o de hacer se ilícitamente de una cosa en el delito de fraude, resulta intrasendente para la administración fraudulenta, además de que en el primer ilícito mencionado, el engaño como el error, no son sino únicamente los medios o el medio de que se vale el sujeto activo para alcanzar el fin, que necesariamente es la obtención de una cosa o un lucro indebido, mientras que ese medio empleado en la administración fraudulenta es la relación de fidelidad para con quien se esta obligado.

Finalmente, basta decir -incluyendo estos comentarios al robo, -- abuso de confianza y al fraude-, que de cualquier forma resulta secundario para los fines de la administración fraudulenta, los verbos del apoderamiento, de disposición y de engaño, ya que es claro que en la infidelidad patrimonial, esas tres acciones quedan sepultadas si consideramos que es suficiente para la tipificación del ilícito, de cualquier conducta, llámesele como se le quiera llamar, -- ejecutada en daño o perjuicio de los intereses patrimoniales confiados.

LEYES ESPECIALES

A través de nuestro estudio, hemos analizado entre otras cosas, hipotéticas conductas de sujetos que en un momento dado, podrían ser encuadradas dentro del terreno de la Administración Fraudulenta. Veremos ahora, dentro de nuestra legislación en vigor, preceptos que claramente son manifestaciones de dichas conductas las cuales están previstas en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, así como en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

Como es de nuestro conocimiento, el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones, podrá ser declarado en estado de quiebra. Asimismo, en las sociedades donde los socios responden ilimitadamente, son considerados como quebrados.

Cuando un comerciante o sociedad mercantil, es declarada en quiebra, el Juez tiene la obligación de nombrar a un síndico, el cual tiene el carácter de auxiliar de la administración de justicia. El nombramiento del síndico puede recaer, bien sea en una Institución de Crédito, en Cámaras de Industria o Comercio a través de su personal del consejo directivo, o bien en comerciantes sociales e industriales inscritos en el Registro de Comercio.

De acuerdo al Artículo 30 de la Ley de Quiebras y Suspensiones de Pagos, (115) no pueden desempeñar el cargo de síndico: 1.- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del quebrado. 2.- Los que sean parientes en dichos grados de los miembros de los consejos de administración o gerentes de las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada en quiebra, o de las personas autorizadas para usar de la firma social si se trata de sociedades colectivas o en comandita. 3.- Los parientes en los grados mencionados del Juez que conozca de la quiebra. 4.- Los amigos-

(115) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Editorial Porrúa, S. A. México, 1984.

íntimos o enemigos manifiestos, el apoderado, el abogado, los socios o personas que tengan comunidad de intereses con el quebrado o con los elementos de las empresas sociales mencionadas en la fracción 2.

Así las cosas, el síndico, que propiamente entra al terreno del manejo del patrimonio ajeno, y en consecuencia asume la obligación de una buena conservación y administración de los bienes confiados, tiene además otras responsabilidades, tal y como se desprende del Artículo 46 de la ley en estudio: - Tomar posesión de la empresa y de los demás bienes del quebrado, redactar el inventario de la empresa y demás bienes, formar balance si no lo hubiere, el examen de libros, documentos y demás papeles de la empresa, informar al Juez sobre las causas que dieron origen a la quiebra, circunstancias particulares acerca del funcionamiento de la empresa, el estado de los libros y todos los demás datos que juzgue oportuno; llevar la contabilidad de la quiebra, establecer una lista de los acreedores, etc.

Como podemos observar, el síndico entra de lleno al control del patrimonio del quebrado; más aun, trimestralmente rendirá cuentas de su gestión e informará al Juez sobre el estado de la quiebra, so pena de removerlo si no causa su manejo o deja de rendir su informe trimestral.

Ante tal panorama, el síndico puede situarse en hipótesis totalmente encuadrables dentro del ámbito de la administración fraudulenta; situado en el manejo absoluto de la mesa del quebrado, con un sinfín de facultades para administrar y disponer de ese patrimonio, el auxiliar de la administración de justicia puede cometer infidelidad patrimonial.

El Artículo 56 de la Ley en Quiebras y Suspensión de Pagos establece: "El síndico será responsable ante la masa, de los daños y perjuicios que cause en el desempeño de sus funciones por no proceder como un comerciante-diligente en negocio propio". Artículo muy parecido en cuanto a sus alcances a aquel que ya estudiamos del gestor de negocios que, sin autorización y sin estar obligado a ello, se hace cargo de un negocio ajeno.

A pesar de que en la quiebra, el síndico está bajo la vigilancia-

de los interventores, quienes representan los intereses de los acreedores, es importante recalcar que tales interventores no manejan ni administran la masa del quebrado; por lo tanto éstos no pueden ser sujetos de Administración Fraudulenta.

El Artículo 108 del mismo ordenamiento en estudio, dispone: "Los síndicos de la quiebra quedarán sometidos a las normas dictadas en los títulos X y XI del Código Penal indicado". Tales normas se refieren a los delitos cometidos por servicios públicos así como a los delitos cometidos en la Administración de Justicia.

Por nuestra parte, creemos que en nada se contrapone, además de los delitos antes mencionados, el de ser sujetos imputables de Administración Fraudulenta, ya que, repetimos, su posición los encuadra perfectamente dentro del Delito de Infidelidad Patrimonial.

Por último, es menester recordar que en el procedimiento de suspensión de pagos, el deudor conserva la administración de sus bienes, por lo que, a pesar de que se nombre síndico, éste no podrá cometer el delito en estudio, toda vez que dentro de dicho procedimiento de suspensión de pagos, el síndico no tiene facultades de administración, ni mucho menos de disposición; si acaso, y como la propia ley lo señala, entre otras facultades está la de vigilar la caja y la contabilidad, practicar inventarios y en general, estar al tanto de la operación que realice el deudor; ésto es un simple interventor.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES

En la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, (116) encontramos preceptos muy interesantes relacionados estrechamente con el Delito de Administración Fraudulenta. Como sabemos, esta ley es aplicable a empresas que tengan por objeto el ejercicio habitual de la banca y del crédito dentro de la República Mexicana, y cuyas operaciones se constituyen en depósito, ahorro, financieras, hipotecarias, de capitalización, fiduciarias y múltiples.

(116) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Editorial Porrúa, S. A. México. 1984.

De todas estas operaciones, la única que nos interesa para los fines de nuestro estudio, es la relativa a la actividad fiduciaria.

El Artículo 44 de la ley en cuestión, establece: "Las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias estarán autorizadas en los términos de esta ley:

c) Para desempeñar el cargo de comisionario o miembros del consejo de vigilancia de sociedades, aunque no tengan participación en ellas.

d) Para encargarse de llevar contabilidad y libros de actas y de registro de toda clase de sociedades y empresas; y para ceder su domicilio - para pagos, notificaciones, celebración de juntas o asambleas, domiciliación - que tendrá efectos legales siempre que se trate de la misma plaza y sea debidamente dada a conocer en cada caso.

e) Para desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias.

f) Para desempeñar los cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia.

g) Para administrar toda clase de bienes inmuebles que no sean fincas rústicas, a menos que en éste último caso hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años.

j) Para recibir en depósito, administración o garantía por cuenta de terceros, toda clase de bienes, muebles, títulos o valores.

Resulta claro que, de los incisos transcritos, estamos en presen

cia de situaciones que nos pueden llevar al campo del Derecho Penal vía la Administración Fraudulenta; ésto es, en las operaciones mencionadas se lleva a cabo el manejo o dirección de un patrimonio extraño, y además en forma conjunta y -- que por ende, si resulta un perjuicio doloso a dicho patrimonio, necesariamente estaremos dentro del tipo de infidelidad patrimonial.

Estas actividades u operaciones que hemos enunciado, se llevan a efecto por personal autorizado de las instituciones fiduciarias y de cuyos actos se responsabiliza la institución en forma ilimitada, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles en que incurran los funcionarios personalmente.

En lo personal sentimos que en estas hipótesis de operaciones al público, es decir, de manejo y control de un patrimonio ajeno, la figura de la Administración Fraudulenta en nada se contrapone a responsabilidades civiles, e inclusive penales, como podría ser el abuso de confianza o el fraude; es decir, si conforme a las características que hemos estudiado del Delito de Administración fraudulenta, éstas se llegan a dar en una operación fiduciaria, no vemos el por que no se deba sancionar al sujeto activo de acuerdo a su conducta desplegada, que en este caso sería la de la Infidelidad Patrimonial. Si el infractor incurre en fraude o abuso de confianza, que se le sancione como tal, siempre y cuando su acción se adecúe exactamente a las condiciones que señala el ordenamiento punitivo para la realización de tal o cual delito.

Por otra parte, y atendiendo a lo dispuesto por el Artículo 91 bis. de la Legislación Bancaria, las instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (almacenes de depósito y uniones de crédito) desempeñarán su actividad y ejercerán sus facultades, por medio de uno o varios funcionarios nombrados -- para tal efecto y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles en que dichos -- funcionarios incurran.

Y ya que mencionamos a las uniones de crédito, las cuales pueden ser de diversa índole -industriales, agropecuarias, comerciales, etc.-, valga lo que hemos manifestado con respecto a las instituciones fiduciarias.

Finalmente, y dentro del capítulo "de las prohibiciones generales y de las sanciones", en el Artículo 153 bis. encontramos sanciones que definitivamente son conductas típicas de Administración Fraudulenta.

1.- Serán sancionados con las penas que señala el artículo que antecede -de dos a diez años de prisión- los funcionarios y los empleados de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares:

a) Que omitan registrar en los términos del primer párrafo del Artículo 94 de esta ley, las operaciones efectuadas por la institución u organización de que se trate, o que mediante maniobras alteren los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, afectando la composición de activos, pasivos, cuentas contingentes o resultados.

b) Que falsifiquen alteren o simulen o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebrantos al patrimonio de la institución u organización en la que presten sus servicios. (Antes de continuar, creemos justo señalar que esta última fracción, es netamente un Delito de Administración Frudulenta, mucho mas claro y preciso en su redacción que la desafortunada definición que nos da el Código Penal al respecto; parece insólito en donde nos fuimos a encontrar -dentro de toda la legislación en México-, con la definición que más se asemeja al delito en estudio).

"Se considerarán comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y, consecuentemente, sujetos a iguales sanciones, los funcionarios o empleados de instituciones u organizaciones:

a) Que otorguen préstamos a sociedades constituidas con el propósito de obtener financiamientos de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, a sabiendas de que las mismas, no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes.

b) Que otorguen préstamos a personas físicas o morales, cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizar la operación que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas, produciendo quebranto patrimonial a la institución u organización.

d) Que para liberar a un deudor, otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales, que se encuentren en estado de insolvencia, sustituyendo en los registros de la institución u organización respectiva unos activos por otros.

e) Que a sabiendas, permitan a un deudor desviar el importe del préstamo en beneficio de terceros, reduciendo notoriamente su capacidad para pagar o responder por el importe del crédito y como consecuencia de ello, resulte quebranto patrimonial a la institución u organización".

No cabe duda de que también aquí el Delito de Administración Fraudulenta está plasmado con mucha mayor perfección que la del Código Penal vigente; es menester puntualizar que con excepción del último inciso transcrito -el inciso "e"- en ningún momento se habla de beneficio al autor o de un tercero, - como premisa para ser acreedor a las sanciones que establece la Legislación Bancaria, sino únicamente es suficiente el perjuicio o daño patrimonial a las instituciones, punto en el cual tanto hemos insistido en nuestro tema general, es decir, el querer incluir como requisito indispensable para la tipificación de la infidelidad patrimonial, el provecho o lucro del sujeto activo.

No nos queda más que señalar que el delito previsto en la legislación Bancaria, posee todos los razgos y características de la Administración -- Fraudulenta, siendo inconcebible que el mismo Código Penal no lo contemple de esa manera, es decir, la definición del ordenamiento punitivo en vigor, se encuentra muy alejada de lo que en realidad es la infidelidad patrimonial.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

En esta ley (117) se contemplan seis especies de sociedades mercantiles, a saber: La sociedad en nombre colectivo, en comandita simple, de -- responsabilidad limitada, la sociedad anónima, en comandita por acciones y finalmente, la sociedad cooperativa. Brevemente analizaremos cada una de estas -

sociedades y su relación con la Administración Fraudulenta en el Derecho Penal.

Hasta la fecha, sigue prevaleciendo el principio de que todas - las sociedades gozan de personalidad jurídica distinta a la de los sujetos físicos que la integran.

Asimismo y dentro de todo el contexto de este ley, encontramos - que la vigilancia de las sociedades continúa a cargo de los comisarios y que a pesar de que pueden ser personas extrañas a dicha sociedad, individualmente -- son responsables para con la misma del cumplimiento de sus obligaciones; también queda establecido que la asamblea general de accionistas sigue siendo el órgano supremo de la sociedad.

Por lo que toca a la representación de toda sociedad mercantil, - sabemos que recae en uno o varios administradores, quienes tienen facultades - para llevar a cabo todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad.

Después de este somero preámbulo, empezaremos nuestro análisis-- con la sociedad en nombre colectivo. El Artículo 25 de la ley en cuestión, -- señala: "Sociedad en nombre colectivo, es aquella que existe bajo una razón - social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales".

En la exposición de motivos de esta Ley de Sociedades, y específicamente por lo que respecta a la sociedad en nombre colectivo, encontramos - como modificaciones sobresalientes "...la amplificación del deber que los so-- cios tienen de no dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad". Y es aquí precisamente donde se nos presenta una - de tantas manifestaciones para cometer el delito de infidelidad patrimonial. - Efectivamente, el Artículo 35, dentro del capítulo de la sociedad en nombre co- lectivo, establece: "Los socios, ni por cuenta propia ni por ajena, podrán de- dicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la so- ciedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consenti- miento de los demás socios". Esto es lo que se le ha dado por llamar "prohibi- ción de concurrencia".

A lo largo de nuestro estudio, hemos visto y analizado la conducta del socio que bien, para perjudicar el patrimonio de la sociedad a la que se esta obligado, o bien para acrecentar fraudulentamente el capital de la sociedad donde tienen algún interés, o beneficiar a un tercero, aprovecha su posición llevando a cabo acciones en perjuicio y beneficio de ambas sociedades.- La segunda parte del Artículo 35 dice: "En caso de contravención, la sociedad podrá excluir al infractor, privándolo de los beneficios que le corresponde en ella, y exigirle el importe de los daños y perjuicios". Por nuestra parte, insistimos que en este tipo de conductas, además de los daños y perjuicios ocasionados, debería de seguirsele al infractor una acción criminal de administración fraudulenta cuando haya actuado dolosamente.

Asimismo, el Artículo 50 de esta ley contempla los casos de rescisión del contrato de sociedad para con el socio cuando:

1.- Haga uso de la firma o del capital social para negocios propios; 2.- Por infracción al pacto social; 3.- Por infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social; 4.- Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía y 5.- Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio. De estas cinco hipótesis, la primera y la cuarta, son acciones típicas de administración fraudulenta o infiel.

El Maestro Joaquín Rodríguez, en su Tratado de Derecho Mercantil y, específicamente por lo que hace al Artículo 35 de la ley en estudio, comenta: "...prohibición que descansa en la posibilidad de que el socio este perfectamente enterado de los negocios sociales, conocimiento que podría utilizar en beneficio propio, haciendo así una competencia desleal a la sociedad". (118)

Por nuestra parte, agregaremos al comentario del Profesor Rodríguez, que además de que estuviera perfectamente enterado de los negocios sociales, su posición lo coloca en una situación donde puede llevar a efecto infinidad de operaciones en perjuicio de la sociedad; también debemos agregar que más que "una competencia desleal a la sociedad", el daño económico causado a la misma, el perjuicio patrimonial ocasionado, trae aparejada consecuencias --

{118} Rodríguez Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I
2a. Edición, Editorial Porrúa. México 1952. Pág. 66.

mucho mayores a la deslealtad a dicha sociedad.

Por lo que hace a la sociedad en comandita simple, el Artículo 51 la define de la siguiente manera: "Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones".

El Artículo 57 del capítulo de la sociedad en comandita simple, establece que son aplicables a esta sociedad, los Artículos 35 y 50, entre otros, por lo que valgan las razones y opiniones que hemos dado en su oportunidad. Pero es menester hacer una aclaración por lo que toca al Artículo 35, es decir, la prohibición de concurrencia; en la sociedad en comandita simple, sabemos que hay socios "comanditados" y "comanditarios". Estos últimos, por disposición de la ley, no pueden ejercer ningún acto de administración, según lo estatuye el diverso Artículo 54. Ahora bien, y a pesar de que la ley no distingue específicamente en esta sociedad de comandita simple, al estarles prohibido a los comanditarios ejercer actos de administración, sentimos que no le es aplicable la prohibición de concurrencia y además, por analogía, toda vez que en la sociedad en comandita por acciones, la prohibición del Artículo 35, sólo afecta a los comanditados, no así a los comanditarios, según el Artículo 211 segundo párrafo el cual remite al Artículo 35.

La sociedad de responsabilidad limitada, es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones. -- Este tipo de sociedades en ningún caso podrá estar integrada por más de 25 socios.

La administración de la sociedad de responsabilidad limitada, es a cargo de uno o más gerentes que pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad; ahora bien, la acción de responsabilidad en interés de la sociedad en contra de los gerentes, pertenece a la asamblea y a los socios considerados individualmente; estas acciones pueden ser de índole variada y según el caso.

Dentro de las facultades de las asambleas que señala el Artículo 78, Fracción VII se refiere a intentar contra los órganos sociales o contra -- los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios.

Finalmente, volvemos a encontrar aquí aplicable el Artículo 80,- en cuanto a la rescisión del contrato de sociedad con respecto a un socio, que como ya expresamos, podría llegar a tipificarse el delito de Administración -- Fraudulenta.

Referente a la sociedad anónima, es aquella sociedad que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones, tal y como lo define el Artículo 87.

Como sabemos, este tipo de sociedades están constituidas con un mínimo de 5 socios y su capital social no debe de ser menor de veinticinco mil pesos, íntegramente suscrito. Su administración es llevada a cabo por uno o -- varios mandatarios temporales y revocables, los cuales pueden ser socios o per -- sonas extrañas a la sociedad, constituyendo consejo de administración cuando -- los administradores sean dos o más. También los accionistas, constituidos en -- asamblea general o el consejo de administración o bien, el administrador, pue -- den nombrar uno o varios gerentes sean o no accionistas.

Tanto los gerentes como los administradores, deberán prestar la -- garantía que fijen los estatutos con el fin de asegurar las responsabilidades -- en que pueden incurrir en el desempeño de su cargo.

Encontramos en el Artículo 156 un precepto muy ligado con los fi -- nes de nuestro estudio: "El administrador que en cualquier operación tenga un -- interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás administra -- dores y abstenerse de toda deliberación y resolución. El administrador que -- contravenga esta disposición será responsable de los daños y perjuicios que se -- causen a la sociedad". Así, vemos que la responsabilidad de los administrado -- sólo puede ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas. Las -- obligaciones ligadas con el Artículo 156 son las llamadas "obligaciones de --

lealtad", que bien podríamos denominarlas "obligaciones de fidelidad".

La vigilancia de la sociedad anónima esta a cargo de uno o varios comisarios que, como acertadamente menciona el Profesor Joaquín Rodríguez - - - "...son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, -- con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad". (119)

No pueden ser comisarios, los inhabilitados para ejercer el comercio, ni ser dependientes de la sociedad ni parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines, dentro del segundo. Estas dos últimas limitaciones, más que nada, han sido creadas por la ley con el objeto de poder ser independientes de los administradores, y así desarrollar libremente el cumplimiento de sus deberes; siendo empleados de la sociedad, siempre estarán subordinados a los administradores y el parentesco establecería un interés común no compatible con los fines de su tarea vigilante.

De cualquier manera, los comisarios pueden ser socios o extraños a la sociedad; tienen una serie de facultades, pero en general, su obligación principal es la de vigilar en forma ilimitada las operaciones de la sociedad.

Incluyendo ésto, el cuidar el cumplimiento exacto de los estatutos y de la ley, vigilar la actuación del consejo de administración, inspeccionar los libros, examinar la contabilidad, balanza, etc. Ahora bien, el Artículo 170 literalmente establece: "Los comisarios que en cualquier operación tuviere un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción establecida en el Artículo 156".

De lo anterior, podemos concluir que el comisario, a pesar de ser un órgano exclusivo de vigilancia y teniendo facultades ilimitadas a este respecto, puede en un momento dado, llegar a situarse como autor del delito de administración fraudulenta, cuando con su gestión y dolosamente, perjudique patri

monialmente a la sociedad a la que está obligado fielmente. También aquí podríamos encontrar ejemplos típicos de complicidad por parte del comisario endicho delito, cuando a sabiendas de los malos manejos de uno a varios administradores, no lo dé a conocer.

Por otra parte, el accionista también está sujeto expresamente, a la obligación de fidelidad que marca la ley, y en este caso en particular, lo señala el Artículo 196: "El accionista que en una operación determinada - tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación". El accionista, por ser socio, debe de conducirse con lealtad, con fidelidad, subordinando -- sus intereses a los de la colectividad.

Finalmente, la sociedad en comandita por acciones es la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales y de uno o varios comandatarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones tal y como reza el Artículo 207.

Esta sociedad se rige por las mismas reglas que se establecen - en la sociedad anónima.

Por lo que respecta únicamente a los socios comanditados, le -- son aplicables los Artículos 35 y 50, a los cuales ya hemos hecho referencia; en cuanto al Artículo 35 recordamos que los socios no pueden dedicarse a negocios del mismo ramo, ni integrar sociedades que lo realicen. Por lo que toca al diverso Artículo 50, el socio comanditado, so pena de rescindirle su contrato de sociedad, no puede, entre otras prohibiciones, hacer uso de la firma o del capital social para negocios propios ni llevar a cabo actos fraudulentos o dolosos en contra de la compañía. Insistimos, ésto es únicamente aplicable a aquellos socios -comanditados- que responden de manera ilimitada, subsidiaria y solidariamente de las obligaciones sociales.

Estas prohibiciones tienen por objeto, el impedir la violación del vínculo de fidelidad que une a los socios con la sociedad a la que están-

obligados.

Por otra parte, en la liquidación de las sociedades, también encontramos preceptos que pudieran constituir, en un momento dado y por parte de los liquidadores, conductas típicas de infidelidad administrativa. Veamos; -- disuelta la sociedad, ésta se pone en liquidación, la cual estará a cargo de uno o varios liquidadores quienes fungen como representantes legales de la sociedad. Si analizamos el Artículo 242 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, concluiremos que los liquidadores efectivamente están frente a un patrimonio ajeno y con amplias facultades para su manejo: Artículo 242.- "Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades.

- 1.- Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución.
- 2.- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba.
- 3.- Vender los bienes de la sociedad.
- 4.- Liquidar a cada socio su haber social.
- 5.- Practicar el balance final de la liquidación..."

Como hemos podido ver a lo largo de este escueto análisis de leyes especiales como la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley General de Sociedades Mercantiles, encontramos diversas conductas de personas que, bajo el mando de patrimonios extraños, pueden situarse en el campo del Derecho Penal como responsables del Delito de Administración Fraudulenta, violando los lazos de fidelidad a los cuales tienen obligación de sujetarse. Con toda razón comentaba el Profesor Finzi, que estas personas --específicamente los administradores de grandes sociedades-- colocadas en la cúspide de economías bastisimas, con sus conductas de "cuello blanco", pueden dar al traste y afectar sectores económicos en un país.

DERECHO COMPARADONacional

Dentro de nuestro marco jurídico nacional y específicamente en cuanto al Delito de Administración Fraudulenta, su tipificación esta prevista en pocos estados; así vemos que únicamente se contempla en los estados de Baja California, Coahuila, Chihuahua, Durango, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Veracruz y Zacatecas, incluyendo obviamente al Distrito Federal.

Siendo tan necesaria y urgente - como ya hemos analizado-, la tipificación de este delito, resulta realmente desalentador que únicamente en -- diez estados de la República se prevea, y como veremos enseguida, en casi todos esos Códigos de los Estados adolecen de mala redacción e interpretación.

Recordando la desafortunada definición del Código Penal para el Distrito Federal, resulta oportuno transcribirla: Artículo 388.- "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos - - inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el Delito de - - Fraude".

Ya hemos hablado ampliamente sobre esta viciada definición, por lo que saldría sobrando cualquier otro comentario. No así, sobre las definiciones de los diversos códigos penales de los estados que transcribimos a continuación.

El Código Penal de Baja California, (120) en su capítulo IV, -- Artículo 340, lo define de la siguiente manera: "Comete el delito de Administración Fraudulenta el que teniendo a su cargo el manejo, la administración o

(120) Baja California Código Penal. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

el cuidado de bienes ajenos, con engaño o aprovechamiento del error del ofendido, perjudique a su titular o a un tercero con legítimo interés, o altere en -- sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones-- o prestaciones o exagerando las que hubiere hecho, ocultando o reteniendo bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que se le hubieren confiado".

Aquí caben varios comentarios; en primer lugar debemos mencionar que este artículo es el único del capítulo IV denominado "Administración Fraudulenta", lo cual resulta favorable en cuanto que, por su ubicación, queda como -- delito autónomo e independiente de los demás ilícitos patrimoniales; empero, en -- contramos una desafortunada frase que se presta a confusiones y es "...con engaño o aprovechamiento del error..." Efectivamente, y como ya hemos visto, el engaño o el aprovechamiento del error es el elemento indispensable y necesario -- para la tipificación del fraude, que a nuestro entender, resulta dicho párrafo, contradictorio, ocasionando como consecuencia únicamente, una confusión entre -- uno y otro delito.

Ahora bien, esta definición sobre el Delito de Administración -- Fraudulenta, tiene una gran ventaja de técnica legislativa, ya que no encontramos en ninguna de sus frases, mención alguna al ánimo de lucro o al provecho en favor de un tercero o del mismo autor del ilícito, lo que significa un gran -- avance por todo lo que hemos dicho sobre lo que realmente es este delito.

En términos generales, pensamos que es buena la definición que -- nos da el Código Penal de Baja California, con excepción, como ya dijimos, de -- la contradictoria frase que le compete únicamente al fraude.

Y no nada más el Código de Baja California, sino que también los Estados de Nayarit, Quintana Roo y Zacatecas, (121) la tipifican en idénticos términos, capítulos únicos y separados. Por razones obvias, los comentarios -- respecto del Código de Baja California, son también para los de Zacatecas, Naya -- rit y Quintana Roo.

(121) Código Penal de Nayarit, Quintana Roo y Zacatecas. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte, en el Estado de Chihuahua y en el de Puebla, --- (122), con gran sorpresa, nos encontramos las definiciones de la Administración Fraudulenta dentro del capítulo correspondiente al fraude y no nada más éso, -- sino que en el artículo de los Fraudes Específicos. Efectivamente, en el capítulo III que es el del fraude, en el Artículo 376 del Código Penal de Chihuahua establece: Artículo 376.- Las mismas medidas defensivas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

XVII.- Al que por cualquier motivo tuviere a su cargo la administración de bienes ajenos y perjudicare a su titular alterando en sus cuentas -- los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o -- exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente en su provecho o de un tercero". Como vemos, además de su pésima ubicación como fraude calificado, adolece dicha definición de la ya comentada -- frase "...en su provecho o de un tercero..."

En el Estado de Puebla, en el capítulo III del fraude, el Artículo 372 establece: "Las mismas sanciones señaladas en el artículo anterior se -- impondrán:

XVII: Al que por cualquier razón tuviera a su cargo el manejo, -- la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o prestaciones o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que se le hubiere -- confiado".

Igual de absurdo que el Código Penal de Chihuahua en cuanto a su tipificación como Fraude Calificado; baste decir, únicamente que por lo menos -- el Código Penal del Estado de Puebla, no hace referencia al lucro o provecho -- del autor del ilícito o de un tercero.

El delito en cuestión está previsto en el Código Penal del Estado de Durango (123) en el capítulo V denominado "Administración Fraudulenta" en su único artículo, el 212, el cual literalmente dice: "Al que tuviere a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicare al titular de - - éstos alterando las cuentas o condiciones de los contratos, simulando operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, obteniendo un provecho para sí o para otro, se le impondrá prisión de seis meses a seis años y multa equivalente hasta de treinta días de salario mínimo".

Sin más comentario que lo mismo en que tanto hemos insistido, - - ésto es, el provecho para el sujeto activo o un tercero.

Por otra parte, resulta interesante la definición que nos da el - Código Penal de Nuevo León, (124) en su único artículo -el 398- del capítulo -- VIII de la Administración Fraudulenta, que a la letra dice: "Comete el Delito - de Administración Fraudulenta el que teniendo a su cargo el manejo, cuidado o - administración de bienes con engaños o aprovechando el error de los ofendidos, - perjudique a éstos o a terceros, ya sea alterando la contabilidad, aparentando - contratos, alterando precios, costos, suponiendo operaciones, ejecutando actos, omisiones, ocultación o retención de bienes, proporcionando datos a la competencia con perjuicio del negocio, realizando actos falsos que le permitan obtener - utilidades ilícitas en perjuicio de los dueños, las empresas o sociedades que - los hayan contratado".

Decíamos que resulta interesante este artículo, pero exclusivamente por lo que hace a la gran enumeración de casos en que se puede llevar a efecto una administración fraudulenta; encontramos, entre otros, el de proporcionar información o datos a una empresa de la competencia resultando un perjuicio al negocio. Creemos que éste es un caso típico de Administración Infidel que en -- México, ningún otro código lo prevee. Lástima que este artículo cae también - en el error de la mayoría de los otros códigos, de mencionar como condición - -

(123) Código Penal de Durango. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(124) Código Penal de Nuevo León. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

para la tipificación del ilícito, el "...obtener utilidades ilícitas..." asimismo, dan al traste con esta definición, los engaños y el aprovechamiento del error de los ofendidos, que como ya expresamos, no crean más que confusión con lo que es propio y único del Delito de Fraude.

Finalmente, hemos dejado al último y con todo propósito, los - - Códigos de los Estados de Coahuila y Veracruz, (125) los cuales sentimos que - son los que más se asemejan a lo que en realidad es el Delito de Administra- - ción Fraudulenta. En efecto, ambos Códigos Penales, en un único capítulo y en un solo artículo, definen este delito, sino perfectamente, si por lo menos con mucha mejor técnica jurídica que los anteriores que hemos venido analizando: - tanto el de Veracruz como el de Coahuila, están redactados en los mismos térmi- nos y si acaso únicamente varía la sanción entre uno y otro.

El Código Penal de Veracruz y específicamente en cuanto hace a - la tipificación de dicho ilícito, es más antiguo que el de Coahuila, ya que - este último es del 19 de octubre de 1982 y aquel del 11 de septiembre de 1980. Por lo tanto, transcribimos textualmente el de Veracruz, que en su capítulo V- denominado "Administración Fraudulenta", en su Artículo 191, dice: "Se aplica - rá prisión de seis meses a seis años y multa de mil a veinticinco mil pesos, - al que por cualquier razón tuviere a su cargo la administración o el cuidado - de bienes ajenos y perjudicara al titular de éstos, alterando las cuentas o -- condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, haciendo aparecer lo contrario".

Resulta claro que en esta definición no aparecen las aberrantes- frases sobre el engaño o aprovechamiento del error del ofendido, ni mucho me- - nos el lucro o provecho por parte del sujeto activo ni de un tercero. Si aca- - so, la única observación que cabe hacer, es con respecto al "cuidado de bienes ajenos" que como ya lo manifestamos, se presta a malas interpretaciones.

(125) Código Penal de Coahuila y Veracruz. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La sanción en el Estado de Coahuila es más rigurosa ya que va de seis meses a 12 años de prisión, lo cual significa que el delincuente, no puede alcanzar su libertad provisional en virtud del término medio aritmético, lo que si ocurre en el Código Penal de Veracruz.

Pero insistimos, después de estudiar las otras definiciones de los pocos códigos que prevén este delito y después de encontrarnos códigos -- como el del Estado de Chihuahua y Puebla, que lo encuadran y tipifican como fraude calificado, no nos queda más que felicitar a los legisladores tanto de Veracruz --que fue ahí donde se legisló inicialmente-- y Coahuila, por intentar plasmar, dentro del marco jurídico, lo más apegado a la realidad sobre lo que es el Delito de Administración Infiel.

No queremos terminar estos comentarios, sin antes mencionar que en el Código Penal para el Distrito Federal, el ya multicitado Artículo 388, -- donde supuestamente se define la Administración Fraudulenta, se encuentra encuadrado dentro del Capítulo III correspondiente ni más ni menos que al Fraude, y de donde es fácilmente perceptible, que hasta la fecha, nuestros insignes legisladores, no distinguen un delito del otro.

INTERNACIONAL

En este último inciso, transcribimos los diferentes conceptos -- que nos dan los autores y legisladores extranjeros sobre la Infidelidad Patrimonial, Administración Fraudulenta o Administración Infiel, según sea el caso; como ya han quedado debidamente analizados todos y cada uno de ellos, únicamente nos concretaremos a comentarios escuetos de cada definición, tales como la de Argentina, Italia y Alemania.

En el Código Germano, como hemos de recordar, en su definición -- se contemplan dos teorías, a saber: 1.- La teoría del abuso y 2.- La teoría del quebrantamiento de la fidelidad. "El que dolosamente abusa de la facultad que le ha sido otorgada por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico -- para disponer de un patrimonio ajeno u obligar a otro (la teoría del abuso) o lesiona el deber que le incumbe en virtud de la ley, mandato de la autoridad,-

negocio jurídico o de una relación de fidelidad, de cuidar de intereses patrimoniales ajenos (teoría del quebrantamiento de la fidelidad) y de esa manera ocasiona un perjuicio a la persona cuyos intereses patrimoniales debe atender, será castigado por untreve con la cárcel y una pena pecuniaria. Al mismo tiempo, puede pronunciarse la pérdida de los derechos honoríficos civiles. En -- los casos particularmente graves, se aumentará hasta diez años la reclusión".

Como podemos observar en esta definición del Código Alemán, en la primera teoría, es decir, la Teoría del Abuso, se exige un abuso de poder-jurídico de representación; en cambio, para la Teoría del Quebrantamiento de la Fidelidad, resulta suficiente y basta cualquier acción que perjudique el patrimonio ajeno, acción que se opone al deber de fidelidad hacia quien se -- está obligado.

Por lo que hace a los casos "particularmente graves", en su - - oportunidad hacíamos mención de que son aquellos en donde la acción del delin - cuente, trae como consecuencia un daño al bienestar de la sociedad, o cual - - quier daño o perjuicio relevante al pueblo, o bien, cuando el autor despliega una manifiesta astucia criminal.

Tal es el concepto de la Administración Infiel desarrollado en el Código Penal Germano.

Por otra parte, en la Legislación Italiana, no encontramos un - artículo, un precepto especialmente limitado a la infidelidad patrimonial, ya que se habla y se tipifica sobre infidelidad en diferentes campos del Derecho Penal, como en los delitos cometidos por funcionarios, por particulares, etc. pero no así una definición exclusivamente sobre lo que significa la infidelidad patrimonial. De cualquier manera, volveremos a transcribir la que nos da el Maestro Carrara. (126)

"Es el delito de quien habiendo llegado a ser gestor fiduciario

(con o sin estipendio y aun con participación de lucro) de una operación administrativa en interés de otro, y de tal modo, consignatario de las cosas de - pertenencia ajena para aquel uso determinado, abusa de la confianza que se le otorgó convirtiendo indebidamente en su provecho las mismas cosas que le fueron entregadas para que las administrase, o las ganancias obtenidas de su administración".

Ya hemos dejado claro que, la definición que nos dá el Profesor Carrara, no nos convence del todo, entre otras cosas, por que existen operaciones de fiel administración que no descansan en un vínculo de confianza, -- sino por situaciones de necesidad. Además y no queriendo ser repetitivos, - esta definición o concepto que nos dá el Maestro Italiano, parece más bien de un Abuso de Confianza, ya que habla de un provecho para el autor, lo que no - es requisito indispensable para la tipificación del delito.

De una u otra manera, podemos considerar como un concepto muy - particular el del Profesor Italiano sobre la infidelidad patrimonial, que aun que no lo compartimos en su totalidad y como ya ha quedado debidamente analizado, tiene ideas muy interesantes.

Por último, en el Artículo 173 del apartado 70. del Código Penal Argentino, se define la Administración Fraudulenta de la siguiente forma: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece... 70.- El que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes -- ajenos o intereses pecunarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar un daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos".

No cabe duda que, de todas las definiciones y conceptos que hemos expuesto a lo largo de este estudio sobre lo que es la Administración - - Fraudulenta, el Código Penal de la República Argentina, es la que en definitiva va capta la esencia sobre este delito, manejando perfectamente bien el origen o la causa de la relación de fidelidad asi como el daño en el patrimonio aje-

no, independientemente de que el autor se aproveche para sí o para un tercero de ese menoscabo, o bien en lo que tanto insistimos en esta tesis, de que sean únicamente acciones desplegadas con la intención de dañar el patrimonio confiado, exista o no exista lucro para el sujeto activo.

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

- 1.- El Delito de Administración Fraudulenta o Infidelidad Patrimonial, es un delito totalmente propio, autónomo e independiente de los demás delitos contra el patrimonio.
- 2.- El objeto de la tutela jurídica en el Delito de Administración Infiel es el patrimonio y no la seguridad de la relación de fidelidad. Esta relación de fidelidad violada, no constituye más que el medio que se emplea para perjudicar el patrimonio ajeno.
- 3.- Para la integración de este ilícito, se requiere que la acción delictuosa deba de estar encaminada a dañar o perjudicar los intereses patrimoniales confiados.
- 4.- El daño o perjuicio es necesariamente doloso, no importando que sea eventual.
- 5.- Este delito es propio o especial, ya que no todas las personas con capacidad jurídica pueden cometerlo; únicamente aquellos sujetos que están capacitados legalmente para el manejo de un patrimonio extraño.
- 6.- La acción criminal debe de fundamentarse en el hecho de constituir una violación a la obligación de fidelidad que el sujeto activo tiene frente al sujeto pasivo.
- 7.- El daño o perjuicio al patrimonio no está limitado a un solo objeto, sino al patrimonio en su conjunto, ya que la persona obligada a esa relación de fidelidad, maneja o administra el patrimonio globalmente.
- 8.- Los bienes protegidos penalmente, no solo son bienes muebles, sino también inmuebles, y en ambos, en muchas ocasiones el sujeto pasivo nunca ha tenido en su poder, en su posesión material.
- 9.- El sujeto activo debe de tener, necesariamente, cierta libertad de acción, facultad de elección y autonomía e independencia en su gestión.

- 10.- Para la tipificación de este delito, no es requisito indispensable el beneficio del autor o de un tercero, lo que si sucede en los delitos de - - fraude, robo y abuso de confianza.
- 11.- Resulta imprescindible la modificación del Artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal. Por una parte, la supresión de la frase "cuidado de bienes ajenos", ya que no es lo mismo cuidar que administrar. Por otra parte, eliminar de tajo "con ánimo de lucro", toda vez que seguirán impunes infinidad de conductas delictuosas por el simple hecho de que no existió el ánimo de lucro en el autor del ilícito, aunque si prevalezca - el ánimo de dañar o perjudicar el patrimonio confiado.
- 12.- Es indispensable y urgente la creación, en todos los Estados de la República, de un tipo único de Administración Fraudulenta, en donde se le defina con las modificaciones que en el punto anterior hemos mencionado.

BIBLIOGRAFIA

CARDENAS RAUL F.

"Derecho Penal Mexicano del Robo"
Editorial Porrúa, S. A. Primera
Edición.
México, 1977.

CARRARA FRANCESCO

"Programa del Curso de Derecho Criminal"
Parte Especial
Volumen IV. Editorial Depalma
Buenos Aires, 1946.

CUELLO CALON EUGENIO

"Derecho Penal" Tomo II (Parte Especial)
Cuarta Edición. Bosch, Casa Editorial
Barcelona España. 1945

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA

Europea-Americana
Tomo XXVIII. Primera Parte
Espasa Calpe, S. A. Madrid.

FERNANDEZ ALBOR AGUSTIN

"Estudios Sobre Criminalidad Económica"
Bosch, Casa Editorial, S. A.
Barcelona, España.

FINZI CONRADO A.

"La Estafa y Otros Fraudes"
Ediciones Depalma
Buenos Aires. 1961

FONTAN BALESTRA CARLOS

"Derecho Penal" (Parte Especial)
Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

GOMEZ EUSEBIO

"Tratado de Derecho Penal" Delitos
Contra el Patrimonio.
Tomo IV. Compañía Argentina de
Editores.
Buenos Aires, 1941.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO

"Derecho Penal Mexicano" Los Delitos
Editorial Porrúa. Décima Séptima
Edición.
México 1981.

JIMENEZ HUERTA MARIANO

"Derecho Penal Mexicano" La Tutela
Penal del Patrimonio. Parte Especial.
Tomo IV.
Antigua Librería Robredo. México D.F.
1963.

- MANZINI VICENZO "Tratado de Derecho Penal" Tomo B
2a. Parte
Ediar Soc. Anon. Editores
Buenos Aires.
- MENDOZA IGLESIAS IGNACIO Apuntes de Derecho Penal
Cátedra en la Escuela Libre de Derecho
- MEZGER EDMUND "Derecho Penal" Parte Especial
Traducción a cargo del Dr. Conrado
A. Finzi
Editorial Bibliográfica Argentina 1954.
- NUÑEZ RICARDO C. "Delitos Contra la Propiedad" Principios
Generales.
Editorial Bibliográfica Argentina
Buenos Aires 1951.
- NUVOLONE PIETRO "L' Infedelta Patrimoniale Nel Diritto
Penale"
Dott. A. Giuffre Editore.
Milano, Italia. 1941.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO "Comentarios de Derecho Penal"
Parte Especial. Editorial Jurídica
Mexicana
México 1964.
- PETIT EUGENE "Tratado Elemental de Derecho Romano"
Editorial Nacional. 1966
Traducido por José Fernández González
- QUINTANO RIPOLLES ANTONIO "Compendio de Derecho Penal"
Volumen II. Parte Especial
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid, España
- RAMOS MEJIA ENRIQUE "Estudios de Derecho Penal"
Editorial Ideas
Buenos Aires, Argentina. 1947.
- REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL Número 33. Marzo de 1964
Organo de la Procuraduría General
de Justicia del Distrito y Territorios
Federales. México.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN "Curso de Derecho Mercantil"
Tomo I. 2a. Edición
Editorial Porrúa, México 1952

SOLER SEBASTIAN

"Derecho Penal Argentino"
Primera Reimpresión. Tomo IV.
Tipográfica Editora Argentina.
Buenos Aires 1951.

TRASBOT ANDRE

"El Acto de Administración en Derecho
Privado Francés"
Traducción de Francisco Porrua Pérez
Editorial Porrua, S.A. México 1945.

ZAMORA PIERCE JESUS

"El Fraude en el Derecho Positivo
Mexicano, en la Jurisprudencia
y en la Doctrina".
México, 1961.

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Penal para el Distrito Federal. 1931
- Código Civil para el Distrito Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal de 1871
- Código Penal de 1929
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares
- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Código Penal Para el Estado de Baja California
- Código Penal Para el Estado de Coahuila
- Código Penal Para el Estado de Chihuahua
- Código Penal Para el Estado de Durango
- Código Penal Para el Estado de Nayarit
- Código Penal Para el Estado de Nuevo León
- Código Penal Para el Estado de Puebla
- Código Penal Para el Estado de Quintana Roo
- Código Penal Para el Estado de Veracruz
- Código Penal Para el Estado de Zacatecas
- Tesis No. 3233. Jurisprudencia 1955-1963
Mayo Ediciones. 1964 2a. Edición 1979
- Tesis No. 786 y 990. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de 1966 a 1970
Actualización Penal II. Mayo Editores, México.
- Tesis 2147 y 2591. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. II Parte
1971-1973. Actualización Penal III. Mayo Editores, México
- Tesis No. 37 y 58. Jurisprudencia 1955-1963. Mayo Ediciones 1964
2a. Edición 1979.
- Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVIII. Pág. 38. 6a. Epoca.