



2.13

Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

Los Presupuestos del Abuso de Confianza

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

Raúl Rubén Rosales Salazar

MEXICO, 1988

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 T R O D U C C I O N

El delito de abuso de confianza al adquirir su configuración autónoma, contribuyó a la especificidad de los tipos penales, ya que no obstante su escasa advertencia, poseía características peculiares que hacían necesaria su legislación particular, normatividad que podría adquirir características técnicas más precisas y contundentes en su contenido y denominación, por lo que su comparación y análisis con el Derecho Extranjero permite verificar el grado de evolución y especialización de nuestra actual codificación.

El estudio de los presupuestos de naturaleza procesal penal, materia les o típicos del abuso de confianza y del ejercicio de la acción penal por este delito, tiene particular importancia en cuanto a que tales requisitos presupuestales, deben satisfacerse para el correcto ejercicio de la acción persecutoria y la incoación del proceso penal, ya que en el evento contrario, importaría la conculcación de los derechos tutelados en beneficio de los gobernados.

En efecto, tales presupuestos referidos al delito y a la acción penal, obstaculizan o impiden la perseguibilidad del hecho con apariencia ilícita, por lo que el Ministerio Público se encuentra impedido de ejercitar la acción penal en el caso de inobservancia de estos presupuestos, sin necesidad de entrar al estudio de fondo que determinaría presuntivamente la responsabilidad y el cuerpo del delito, excepción hecha de la prescripción.

En este orden, los tribunales también se encuentran incapacitados en la instrucción del proceso, de su tramitación y conclusión, ya que por la omisión de estos elementos, aún cuando pudiera establecerse la responsabilidad del autor del hecho, el aspecto sustantivo de fondo se encuentra condicionado a - presupuestos de naturaleza procesal penal, tales como la querrela y la prescripción de la acción penal, o bien presupuestos de naturaleza material y sus

tantiva, como la transmisión de la tenencia del objeto del delito, el requerimiento formal y el juicio de rendición de cuentas, por lo que su ausencia hace suprimir en la conducta o en el hecho el carácter de delito, esto es, - la falta de los presupuestos o su existencia en el caso de la prescripción, - impiden el nacimiento y calificación del delito.

Tales presupuestos se manifiestan entonces, como condiciones especiales referidas al hecho y a la acción penal del abuso de confianza, en el caso del presupuesto típico del ilícito, relativo a la transmisión de la tenencia de la cosa, cuya finalidad jurídica ha de ser violada, su inexistencia, podría implicar además, la variación del tipo delictivo, es decir, sería inexistente el abuso de confianza, pero podría no impedir la calificación delictuosa del hecho, verbigracia el delito de robo.

No obstante el principio de oficialidad de la acción penal imperante en nuestro país, cuya facultad para su ejercicio o desestimación es monopolística del Ministerio Público, ésta se encuentra en el caso del abuso de confianza, condicionada a que se surtan los presupuestos relativos a la misma, por ello, la querrela se erige como un requisito previo y necesario a la acción penal, en este sentido deberá contemplarse el estudio de la querrela, la determinación de su naturaleza jurídica, sus requisitos y formalidades. - Desde luego, en la determinación de la naturaleza jurídica de la querrela, - la reglamentación relativa a la acción penal y su titularidad, han de importar de manera notable, por ese motivo se hará referencia al Derecho comparado, en especial a la codificaciones en las cuales se establecen la existencia de delitos semipúblicos y privados, en donde la querrela es paralela y agotadora de la acción penal, es decir, los ofendidos tienen la posibilidad del sostenimiento de la pretensión penal.

En la doctrina, la querrela adquiere matices contradictorios, por lo que en particular, serán objeto de referencia las diversas alternativas de solución, que la consideran principalmente como una condición objetiva de punibilidad, como un presupuesto procesal, una institución de naturaleza mixta, o bien, como una condición o presupuesto de procedibilidad. En este sen

tido, también se referirán los diversos criterios referentes a las formalidades de la querrela y sus aspectos diferenciales con la denuncia, Instituciones que en nuestro país se constiuyen como los medios excitativos de la actividad investigadora y persecutora del Ministerio Público, monopolio absoluto de la acción penal.

El presupuesto del delito de abuso de confianza cometido por mandatario, consistente en el previo juicio de rendición de cuentas, cuya inobservancia es contraria al principio de legalidad de la que se encuentra imbuída la materia penal. La exigencia de este presupuesto debe exclusivamente reconducirse a casos particulares, tal problemática presupuestal origina incertidumbre y desconocimiento en su aplicación práctica, estimándose incorrectamente también, aplicable a todos los casos de mandato, de ahí el relieve de su reflexión y su necesidad incluso, de contenerse dentro de la Legislación en el que concluya la imposibilidad de proceder en contra del mandatario por el delito de abuso de confianza, cuando sea excepcionable su encargo por la rendición de cuentas, juicio de naturaleza civil que altera — sustancialmente la actividad persecutora en la esfera penal.

Asimismo, la prescripción se constituye en un obstáculo presupuestal de la acción persecutora, pues impide la incoación del proceso penal, — de ahí la importancia de su estudio en cuanto a sus consecuencias jurídicas en la calificación de los hechos aparentemente constitutivos del delito de abuso de confianza.

CAPITULO PRIMERO

**CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACION
AL ABUSO DE CONFIANZA**

RESEÑA HISTORICA

Resalta en forma particular la evolución histórica -- que ha tenido como delito específico el abuso de confianza, el cual ha tomado una fisonomía jurídica diferenciada de los --- otros atentados patrimoniales, esto se logró a través de una - lenta elaboración histórica que es preciso examinar en sus --- grandes lineamientos para hacer comprensible su entendimiento- como institución relativamente moderna.

Dentro de los antecedentes históricos más destacados, se señalan tanto del Código de Manú como el Levítico, pero sólo encuentra su individualidad, como delito autónomo, en la -- Ley Francesa de 29 de septiembre de 1791. Con posterioridad, - esta ley sufrió modificaciones, ampliando los casos tipifica-- dos en la Ley de 25 Brumario del año VIII. Las actuales legis- laciones, encuentran su antecedente histórico, en relación con el denominado abuso de confianza o apropiación indebida en la- codificación francesa.

El Derecho Romano, no captó la diferencia entre el ro- bo y el abuso de confianza; y tampoco certeramente la diferen- cia de dichos delitos con el fraude o estafa. A estos últimos se les denominó como "estelionatos". ¹ En efecto, en la anti- güedad no se conocía legalmente la distinción entre el furtum- y el abuso de confianza por atenderse a un rasgo común: ----- apropiación injusta del bien ajeno. Poco interesaba que este- resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consen- tida de la cosa, o por el abuso de la posesión material; en el Derecho Romano según Mommsen, en materia de furtum: "se reputa- ba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno-

¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, *comentarios de Derecho Penal*, México, Porrúa 1973, P. 85

de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de -- usarla le correspondería, sobre todo cuando el propietario hu- biera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el - poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o - el que racionalmente debiera hacer".²

La Jurisprudencia Francesa continuó la tradición roma- na; Muyart de Vouglans decía: "el robo no se comete solamente - por la sustracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etc. Los robos - de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena".³

Es evidente que no se señalaba en forma contundente -- las características diferenciales del abuso de confianza, que - dando subsumido o asimilado al furtum o robo y a la estafa o -- fraude, teniendo tales delitos el elemento característico de la sustracción, la autónoma configuración del delito se perfila y- se erige con su especial denominación de abuso de confianza en- el artículo 408 del Código Penal Francés de 1810 y en sus modi- ficaciones de 28 de Abril de 1832 y 13 de Mayo de 1863, de don- de se expande a otros Códigos de la Epoca, sentando el preceden- te de las actuales legislaciones modernas. Petrocelli al efec- to manifiesta: "una noción eminentemente técnica del delito, -- con una manifestación peculiar del carácter sintético que asume en general en la legislación germánica en contraposición a la - casuística francesa, fue dada en el parágrafo 229 del Código -- Bávaro de 1813, obra en gran parte de Feuerbach, y como bien- se ha dicho, el primero de los Códigos germánicos modernos. En una breve fórmula, la noción de la apropiación indebida, llama-

² *Derecho Penal Romano, cit. pos González de la Vega, Francisco, P. 286*

³ *Le Traite, cit. pos González de la Vega, Francisco, P. 226*

da "retención de cosa dada en confianza", es resumida de manera que puede decirse no superada por los Códigos modernos. Su nota esencial se hace consistir, con gran simplicidad y claridad, en la apropiación ilegítima de la cosa que se tiene en posesión o custodia por cuenta de otro".⁴ El maestro Jiménez Huerta -- apunta: "ésta amplia y genérica formulación se ha ido imponiendo en las legislaciones modernas, en las que ya no se hace unacasuística enunciación, a modo de la contenida en el artículo - 408 del Código Penal Francés, de los títulos a virtud de los -- cuales la cosa se haya en poder del sujeto activo, sino que, -- por el contrario, se contiene tan solo una noción sintética en la que se recogen las notas esenciales del delito, a la manera del Código Penal Bávaro de 1813".⁵

La Legislación Española, tiene como su primer antecedente del abuso de confianza la figura incluida dentro de las estafas y otros engaños, siendo agentes del delito los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

La Legislación Italiana adoptando un sistema más evolucionado llama al delito como apropiación indebida, estableciendo su persecución por querrela necesaria, regla que nuestra legislación actual ha adoptado siguiendo fundamentalmente la doctrina italiana. La evolución indicada, dejó también su huella en la legislación de México, pues, en tanto que en el artículo 407 del Código Penal de 1871 se hizo mención específica del --- título --"alguno de los contratos de prenda, mandato, depósi -- to, alquiler, comodato u otro de los que no transmiten el dominio"--. El artículo de cita sufrió reformas el 26 de Mayo de -- 1884 y 5 de Septiembre de 1896, quedando definitivamente conce-

⁴ *L'Appropriazione Indebita, cit. por Jiménez Huerta, Mariano, P. 110*

⁵ *Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, México, -- Porrúa, 1982, P. 110*

bido en la siguiente forma: "el que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya -- recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfiere el dominio, sufrirá la misma pena . . ." El Maestro Martínez de Castro, en su exposición de motivos del Código Penal de 1871, que introdujo la figura en nuestro Derecho, la justifica en las siguientes palabras: "el abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante y la Comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código Francés y todos los posteriores, porque actualmente son los delitos diversos el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio." ⁶

En el Código de 1871 los delitos de robo, abuso de -- confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o de aguas, amenazas, amagos, violencias físicas y destrucciones o deterioros causados en propiedad ajena por incendio, por inundación o por otros medios, se comprendían en el Título I del Libro Tercero llamado "Delitos contra la Propiedad", denominación equívoca en cuanto a ser restringida, pues el derecho protegido a través de las normas no lo constituía únicamente la propiedad, sino además se tutelaba la lesión de otros derechos patrimoniales como por ejemplo, los derechos de un poseedor, de un usuario, de un usufructuario, de un acreedor o, en general de cualquier titular de derechos sobre los bienes en que recaiga el delito.

⁶ Cit. pos. González de la Vega, Francisco, p. 225.

El Código Penal de 1871 muestra la evolución del Da - recho comparado al hacer una certera e indispensable diferenciación del abuso confianza, obedeciendo fundamentalmente a la influencia de la Ley Francesa de 1863, propiamente la legislación de 1929 reiteró los preceptos jurídicos de su predecesor-cuerpo normativo, adoptando incluso la misma denominación de delitos contra la propiedad e incluyendo en el Título Vigésimo los siguientes delitos: "del robo en general (Capítulo I, -- Artículos 1112-1119); del robo sin violencia (Capítulo II, Artículos 1120-1138); del robo con violencia (Capítulo III, Artículos 1139-1143); del abuso de confianza (Capítulo IV, Artículos 1144-1150); de la estafa (Capítulo V, Artículos 1151-1170); de la quiebra culpable y fraudulenta (Capítulo VI, Artículos - 1171-1179); del despojo de cosa inmueble o de aguas (Capítulo VII, Artículos 1180-1183); de la destrucción y del deterioro de la propiedad por incendio (Capítulo VIII, Artículos 1184- - 1199); de la destrucción y del deterioro causado por inundación (Capítulo IX, Artículo 1200-1207); de la destrucción, del deterioro y de los daños causados en propiedad ajena por otros medios (Capítulo X, Artículos 1208-1218).

El Maestro González de la Vega manifiesta que tanto - el Código de 1929 como el de 1931 aceptaron la reforma propuesta en los trabajos de revisión. El texto original de 1931, -- que fue posteriormente reformado, decía: "se aplicaran prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al- que, con perjuicio de tercero disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero numerario, un billete de banco o en pa- pel moneda, de un documento que importe obligación o transmi- sión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y mel dominio". Dicho artículo 382 fue reformado por Decreto de 31 de Diciembre de - 1945 (Diario Oficial de 9 de Marzo de 1946), nuevamente refor- mado por Decreto de 29 de Diciembre de 1950 (Diario Oficial de

15 de Enero de 1951); por Decreto de 29 de Diciembre de 1975 - (Diario Oficial de 30 de Diciembre de 1975), se intervino nuevamente en dicho precepto aumentándose el monto del abuso como el de la multa. Posteriormente, fue reformado por Decreto del 26 de Diciembre de 1981 publicado en el Diario Oficial el 29 - del mismo mes y año, por las mismas consideraciones ya señaladas. La redacción actual es la siguiente: "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 hasta de un año - y multa hasta de cien veces el salario, cuando el monto del -- abuso no exceda de doscientas veces el salario. Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil veces el salario, la prisión - será de uno a seis años y la multa de cien hasta de ciento --- ochenta veces el salario. Si el monto es mayor de dos mil veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario".⁷

Se hacía referencia de la denominación que adopta el Código Penal de 1931 al cambiar la terminología usada anteriormente de "delitos contra la propiedad" para utilizar el término "delitos en contra de las personas en su patrimonio", término más correcto, ya que el primero de los criterios, salvo el supuesto de que fuese considerado en una connotación amplia, - adolecería de ser impropia la significación, pues no abarcaría los diversos derechos patrimoniales que no se encuentran en la esfera del propietario, tales como los derechos del poseedor - aun en su forma de tenencia precaria y de los derechos reales - en general, estos bienes asimilados al patrimonio están protegidos penalísticamente en su carácter de derechos subjetivos, - es por ello, que resulta preferente la denominación de "delitos contra el patrimonio", cuya mayor amplitud precisa mejor el objeto de la custodia penal.

⁷ Op. cit., p. 225

DIVERSIDAD DE CONCEPTOS

El examen de las diversas legislaciones nos permite precisar que el delito de abuso de confianza, también llamado apropiación indebida en otros Códigos, ha sido incluido, bien dentro de la reglamentación del robo o como una especie de defraudación, aunque hay otra tendencia consistente en darle autonomía separándola de las citadas especies de delitos patrimoniales, es por ello, que a continuación se refieren algunos de los conceptos trascendentes en el Derecho comparado moderno.

El Código Español, en su artículo 535, señala: "a los que con perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa muebles que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaran haberla recibido". Se considera al abuso como uno de los ardides posibles para obtener la defraudación patrimonial, disciplinando al abuso de confianza dentro de las defraudaciones, sin embargo el Código Español lo sitúa en una sección independiente.

El Artículo 159 del Código Suizo, bajo la denominación "gestión desleal", construye el delito con extremada latitud, en lo siguientes términos: "el que por disposición de la ley o contractualmente tenga la obligación de velar intereses patrimoniales ajenos y los haya perjudicado, será castigado con prisión. La pena será de prisión hasta cinco años, y multa si el agente ha obrado con propósito de lucro. La gestión desleal en perjuicio de allegados o familiares será perseguible sólo por querrela".⁹

El Código Griego utiliza la expresión de "abuso de confianza" en el Artículo 390 de su cuerpo normativo y señala: "el que intencionalmente causa perjuicio a los bienes de otro del cual tenga (en todo, en parte o por un solo acto concreto) la administración o la gerencia en virtud de la ley o de un acto jurí

⁸ Op.cit., p. 87

⁹ Millan, Alberto, *Los Delitos de la Administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Buenos Aires, *Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*, p. 24.

dico, será castigado con pena de prisión".¹⁰

Dentro de las legislaciones latinoamericanas, el Código de Paraguay en su artículo 404 dice textualmente: "la pena (pecuniaria) será elevada al doble si en los casos de los tres artículos anteriores el delito fuere cometido sobre cosas confiadas o entregadas al culpable por razón de su respectiva profesión, industria, oficio o servicio". Y en ocho incisos menciona al que está investido de un oficio al que la ley atribuye fe pública, empleados bancarios y de comercio e industria, comisionistas y auxiliares de comercio, empresarios de transporte, depositarios necesarios, tutores, curadores o abogados, procuradores, síndicos o administradores, sirvientes y peones de campo.¹¹

El Artículo 470 del Código de Venezuela expresa: "cuando el delito previsto en los artículos precedentes (apropiación indebida y abuso de firma en blanco) se hubiere cometido sobre objetos confiados o depositados en razón de la profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios del depositario o cuando sean por causa de depósito necesario. . ." ¹²

El Código Noruego también utiliza la expresión de abuso de confianza al sancionar en su artículo 275: "será castigado por abuso de confianza aquél que, con el propósito de procurar para sí o para un tercero un provecho injusto o para dañar, perjudique los intereses de otro del cual tenga la administración o vigilancia".¹³

El Código Finlandés, en su Capítulo XXXVIII manifiesta: "los tutores, administradores de bienes pertenecientes a instituciones, sociedades o asociaciones, los mandatarios, los síndicos de las quiebras y todos los que tengan facultades en negocios -- y les hayan sido confiados, perjudiquen a esos intereses, serán castigados por abuso de confianza".

¹⁰ Ibid, p. 26

¹¹ Idem

¹² Idem

¹³ Idem

El Código de Austria emplea la denominación de "gestión infiel" al tipificar en el artículo 205, letra inciso c), "el -- que con propósito de lucro abuse conscientemente de la facultad -- de disponer del patrimonio de otro o de obligarse por otro, en -- virtud de la ley, de un mandato de las autoridades o de un acto -- jurídico y de este modo haya perjudicado el patrimonio de aquél, -- será considerado culpable de infidelidad".¹⁴

El Código de Polonia expresa en su Artículo 269: "el -- que en virtud de una disposición legal o contractual se ocupe de -- los negocios materiales de otro y obre en su perjuicio, será cas- -- tigo con reclusión hasta de cinco años".¹⁵

Otro grupo de leyes es el que deslinda tajantemente el -- abuso de confianza común de la administración fraudulenta. Así -- lo hacia el Código Toscano. El Código Argentino distingue den -- tro del catálogo de abusos de confianza, el delito de retención -- indebida (artículo 173 inciso 2); la administración fraudulenta -- (artículo 173 inciso 7); la defraudación desbaratadora de dere -- chos acordados (artículo 173 inciso 11). Como se aprecia en el -- Código Argentino, el llamado abuso de confianza comprende tanto -- la "retención indebida" como la "administración fraudulenta", -- pudiendo además incluirse en el la apropiación de la cosa perdi -- da o de la parte del tesoro correspondiente al propietario de -- suelo; la apropiación de una cosa ajena por aquél que tiene su -- tenencia en virtud de un error o un caso fortuito, y la venta de -- la prenda o su apropiación, sin las formalidades legales, por -- parte del acreedor prendario. Respecto de la defraudación previs -- ta en el artículo 173 inciso 2 identificada como apropiación in -- debida, al decir del Maestro Eusebio Gómez que "no es de buena -- técnica cuando se interpreta una ley, sea por autores o por jue -- ces, cambiar las denominaciones creadas por ésta. Correctas o -- no, ellas son las que deben usarse sin perjuicio de sugerir o -- aconsejar su rectificación, si se tiene por conveniente. Con re- -- ferencia al Código Argentino, es de observar que no corresponde -- ría llamar "apropiación indebida" únicamente a la prevista en el

¹⁴ Idem, p. 27

¹⁵ Idem

inciso 2 del artículo 173. El artículo 175, en sus incisos 1, 2 - y 3 contempla casos especiales de defraudación cuya objetividad - material, de acuerdo con las palabras empleadas en esos textos, - consiste en apropiarse de una cosa ajena. Son verdaderas apropiaciones indebidas, por lo que en todo caso, sería impropcedente ¹⁶ limitar la denominación al hecho del inciso 2".

La Legislación Alemana distingue, dentro de lo que podríamos llamar abuso genérico de confianza, dos figuras fundamentales: la Unterschlagung, que consiste en la apropiación de una cosa mueble que se tiene en posesión o custodia; y la Untreue, -- infidelidad, que castiga a los tutores curadores, apoderados, --- etc., que actúan intencionalmente en perjuicio de la persona confiada. De este modo se diferencian la apropiación indebida y la administración fraudulenta. En la Doctrina Italiana, Carmignani y Carrara, distinguan del abuso de confianza (truffa) la frodata amministrazione, que constituía una especie de aquella, de la --- cual se distinguía a su vez, según Carrara: "porque el hecho, en que este último delito, recae sobre un conjunto de cosas; porque las cosas, a veces, no han estado antes en posesión del perjudicado; y porque no consiste en apropiarse sino en no dar fiel y exacta cuenta. Esta distinción alemana y toscana, sin embargo no se manifiesta mayormente en las legislaciones, en las que suelen encontrarse en una sola disposición las formas del abuso y de la -- infidelidad, no obstante las diferencias señaladas, que no son -- del todo indiferentes, porque es muy distinta la acción de apropiarse de la acción de operar fraudulentamente en contra de una persona cuyos intereses nos han sido confiados. En nuestra ley, - ese distinción ha sido eco, aunque no muy cuidadosamente, cosa nada extraña si se tiene presente que la figura básica misma aparece - confundida con figuras de estafa".¹⁷

Sebastian Soler dice que: "en la Legislación moderna, la diferencia acentuada entre las figuras de la estafa y las de abu-

¹⁶ Gómez, Eusebio, *Derecho Penal*, Tomo IV, Madrid 1955, p. 252

¹⁷ Cit. pos Pavón Vasconcelos, Francisco, p. 82

so de confianza tiene origen en el Código Francés, el cual se sirve de ese título para separar de "la escroquerie," la circunvención de incapaces, el abuso de firma en blanco, el abuso de confianza propiamente dicho o simple y la sustracción de piezas procesales por el mismo sujeto. Algunas de esas figuras, según hemos visto, no responden en nuestra legislación a la idea de "abuso de confianza".¹⁸

Dentro del Derecho Mexicano, González de la Vega encuentra justificada la separación establecida por las modernas legislaciones entre el abuso de confianza y el robo, señalando que: "mientras el primero es un atentado en que se desposee a la víctima, en el abuso el agente tiene lícitamente la posesión, consistiendo su realización en la disposición indebida del bien. De ahí se infiere que el abuso se distingue del robo, por la naturaleza de los hechos que lo constituyen, por el menor peligro que entraña para la propiedad y por la criminalidad muy inferior del agente".¹⁹ El propio autor señala las diferencias del abuso con el fraude, expresando que: "el abusario obtiene la cosa lícitamente sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios; su actividad dolosa surge después en el momento de la disposición. El autor de fraude recibe la cosa como resultado de su engañosa actitud; su dolo es anterior a la posesión y es causa de esta".²⁰

El Código Penal contempla el delito de abuso de confianza genérico dentro del Artículo 382 y sanciona los tipos penales equiparables al abuso de confianza en los dispositivos 383 y 384 que textualmente se reproducen: "Artículo 382.- 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 hasta de un año y multa de cien veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces el salario . . ."; Artículo

¹⁸ *Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Buenos Aires, 1946, cit. pos. Favón Vasconcelos, Francisco, p. 88*

¹⁹ *Op. cit. p. 223*

²⁰ *Ibid.*

383.- "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 hubiera 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 sus -- traerla 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 garanti -- ce la libertad caucional de un procesado y del cual no le co -- rresponda la propiedad". Artículo 384.- "Se reputa como abuso -- de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el te -- nedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requeri -- do formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la -- autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la Ley". El estudio de los ilícitos sancionados como abuso de confianza -- en nuestra Legislación, serán objeto de estudio amplio en el in -- ciso siguiente del presente capítulo.

Del análisis comparativo de las fuentes y haciendo memoria de la evolución sistemática de la cuestión, puede concluirse que el derecho moderno se ha orientado con firmeza al sistema de la discriminación de la retención indebida y la administración infiel o fraudulenta genérica. Es el caso del Derecho Alemán ya señalado que sanciona por un lado la retención indebida (Unterschlagung) y el otro la infidelidad (Unterngungdel), - en las cuales en el primero de los tipos, el sujeto pasivo ha hecho entrega no sólo a título de administración, sino en depósito, comisión u otro título que produzca obligación de entregar o devolver de uno o más bienes muebles, perfectamente determinados que no se encontraban anteriormente en su poder y pasaron a manos del sujeto activo a título precario de indisponibilidad. En la administración infiel, en cambio se trata de un conjunto de cosas y bienes algunos de los cuales pudieron incluso no haber estado nunca en poder del sujeto pasivo, por haber-

sido adquiridos por el administrador con destino a su mandato. Lo que en principio configura el injusto es que se realice la distracción injustificada de los bienes que constituyen el activo, disminuyendolo de tal forma que se lucra a expensas del mandante en perjuicio de su acervo patrimonial.

ELEMENTOS INTEGRADORES

El delito que la Legislación de México denomina, si -- guiendo la nomenclatura francesa, de abuso de confianza y que - el Código Italiano y Español como ya se ha referido la denomi - nan como apropiación indebida, consiste en la antijurídica apro - piación que el sujeto activo hace de la cosa ajena mueble que - obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada. Trasciende de la anterior síntesis conceptual expuesta por el conspicuo tratadista Mariano Jiménez Huerta, que la esencia del delito radica en la apropiación indebida del objeto material sobre el que recae la conducta típica, y que el abuso de confianza recae en la circunstancia que el agente aprovecha para realizar la apropiación.

El Artículo 382 proyecta la sanción que para el delito de abuso de confianza estatuye, "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 - . . .". El núcleo de esta descripción típica es "disponer". Empero, el término debe entenderse en su acepción gramatical amplia que incluya no sólo los actos de enajenación, sino de aquellos que implique el adueñamiento de las cosas, esto es, el acto de apropiación consistente en la violación de la finalidad jurídica para la cual había sido transmitido en tenencia el bien.

INTERES PATRIMONIAL TUTELADO.

El objeto de la tutela penal en el delito en estudio - es el interés jurídico patrimonial que tiene la persona que transfiere a otra la simple tenencia de una cosa, en que le sea restituida llegado el instante de la devolución. Es, por tanto, - un derecho subjetivo de naturaleza obligacional -elemento activo del patrimonio-, el interés patrimonial tutelado en el delito -

de abuso de confianza. No dejan de ser elocuentes las significaciones utilizadas en el Artículo 382 al hacer referencia a la persona ofendida al precisar "al que en perjuicio de alguien" en vez de la de "en perjuicio del dueño o propietario"; y el que el Artículo 384 al indicar la persona que puede exigir formalmente la devolución de la cosa no menciona exclusivamente al dueño o al propietario, expresando que dicho requerimiento lo puede verificar la persona que tenga derecho a hacerlo. Siguiendo al Maestro Jiménez Huerta, es cierto que en la mayoría de los casos, el propietario resulta dañado, pero también lo es que en otros, el sujeto pasivo no es el propietario sino el arrendatario, el usufructuario o el comodatario -- que transmitió la tenencia de la cosa al sujeto activo del delito, sin perjuicio de que el propietario ejerza las correspondientes acciones civiles en contra de ellos por haber perdido la cosa. Es por esto, que en oposición algunos autores como Manzini, Marsico y Antolicej que estiman que el interés patrimonial tutelado es la propiedad o dominio que sobre la cosa -- objeto material del delito tiene el propietario, el abuso de confianza implica una tutela mayor que los derechos del propietario, ingresándose a los derechos patrimoniales subjetivos -- como ya ha quedado señalado. En este sentido se estima adecuada la denominación del rubro utilizado por el Código de 1931 -- al incluir al abuso de confianza en "los delitos en contra de las personas en su patrimonio".

Por otra parte, Petrocelli, considera que "el interés protegido es la confianza depositada en la persona a quien se transmite la tenencia de la cosa."²¹ Tal posición es desvirtuada por el Maestro Jiménez Huerta al indicar que: "en primer término, dicha confianza no implica de por sí un interés jurídico de naturaleza patrimonial, en segundo lugar, el abuso que de ella hace el sujeto activo no tiene otra significación, que la de ser el medio de que el agente se vale para lesionar un interés patrimonial. Certestamente Nuvolone subraya que el ele

²¹

Cit. pos., Jiménez Huerta, p. 111

mento de la confianza que está en la base de la relación contractual es esencialmente subjetivo, e incluso, extraño al objeto -- del vínculo obligatorio, y pues sólo es un motivo interno de la voluntad. La confianza es la íntima persuasión de la lealtad de una persona que induce a tratar con ella mejor que con otra. El interés protegido ha de radicar, pues, en la efectiva lesión que se infiere a un elemento activo del patrimonio, y nunca en la interna motivación que determina el vínculo obligacional que crea el presupuesto típico de la anti-jurídica apropiación".²²

PRESUPUESTO BASICO DEL DELITO.

El abuso de confianza requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida previamente al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al -- fin para que le fue remitido. Tal presupuesto típico se enmarca dentro del propio Artículo 382 del Código Penal que exige que al sujeto activo "se le haya transmitido la tenencia y no el dominio" de la "cosa ajena mueble".

Al referirse al presupuesto de la conducta típica, el Maestro Jiménez Huerta concluye que: "esta transmisión previa -- es presupuesto ontológico de la conducta típica, y viene a ser -- el antecedente fáctico que abre paso y enmarca la posible realización de la subsecuente conducta ejecutiva. Necesario es, por tanto, establecer con la debida precisión cuando se ha operado -- la transmisión de la tenencia al sujeto activo del delito".²³

En este mismo sentido, el Artículo 382 no realiza especificación alguna respecto del título o actos jurídicos que hubieren motivado la transmisión, por lo que, debe entenderse que se refiere a todos los actos de contenido restitutorio, desde -- luego la transmisión de la tenencia, implica al poseedor tener--

²² *L'Infedeltà Patrimonial nel Diritto Penale, cit. pos., Jiménez Huerta, p. 112*

²³ *Op.cit. p. 112*

autonomía e independencia sobre la cosa, concedida mediante el acto jurídico por el cual se le entrega, estando obligado el tenedor a restituir la cosa o a destinarla para el fin al que le fue remitida. El abuso de confianza, requiere pues, como presupuesto de la conducta típica que el bien mueble sea transmitido al activo del delito a título de simple tenencia y no de dominio, la tenencia constituye una posesión precaria del bien que implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión.

En términos generales, debe decirse que los actos jurídicos que son traslativos de la tenencia, guarda, uso o administración de la corporeidad de la cosa, son los presupuestos típicos del delito de abuso de confianza, el cual por tanto, sólo puede ser cometido por persona que tiene la tenencia legítima del objeto material en virtud de un título o acto jurídico traslativo de dicha tenencia.

Referente al presupuesto típico del abuso de confianza, me permito transcribir algunas de las ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala y los Tribunales Colegiados de Circuito, que al tenor indican:

ABUSO DE CONFIANZA, NO INTEGRACION DEL DELITO DE.- Para que exista abuso de confianza, precisa que los bienes objeto del delito se hallen en poder del agente, con motivo de un acto jurídico no transferente del dominio, sino de la simple tenencia o posesión precaria y el abusario disponga de tales bienes haciendo variar el destino para el cual le fueron confiados.

Directo 2086/1961.- Antonio Ceballos - Peral. Resuelto el 8 de Septiembre de 1961, por unanimidad de 5 votos. Ponente el señor Mtro. Mercado Alarcón, - Srio. Licenciado Fernando Castellanos-Tena. Primera Sala.-Boletín 1961, Página 585.

ABUSO DE CONFIANZA, INEXISTENCIA DEL DELITO DE.- Para la tipificación del delito de abuso de confianza, es necesario que al agente activo se le transmita la tenencia y no el dominio de las mercancías objeto del ilícito, lo que no acontece cuando el inculcado, por diversas circunstancias, las tiene a su alcance, en su carácter de almacenista o jefe del departamento de refacciones de la empresa ofendida, porque obviamente sus actos en relación con los objetos no eran autónomos, por estar sujeto a las instrucciones, vigilancia y dirección del Gerente General en cargo de la negociación, máxime que las refacciones no fueron vendidas al precio original, sino que el quejoso se apoderó de ellas, haciéndolas suyas, para venderlas fuera del establecimiento comercial en los domicilios de los compradores, sin notas y a menor precio, obrando en consecuencia con ánimo de dueño.

Amparo en Revisión 453/76-Joaquín -- Cruz Hernández.- 18 de Noviembre de 1976.- Unanímidad de Votos.- Ponente: Rafael Barredo Pereira. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villa hermosa).

Tribunales Colegiados Séptima Epoca, Volumen Semestral 103-108, Sexta Parte, Página 14.

ABUSO DE CONFIANZA, CONFIGURACION DEL DELITO DE.- Si bien es cierto que el artículo 323 del Código Penal del Estado de Michoacán, al describir el abuso de confianza, señala como elemento del delito que se haya transmitido la tenencia de la cosa, tal disposición no debe interpretarse en sentido restrictivo, estimando que la transmisión deba hacerse precisamente por el ofendido, pues el

delito se configura aun cuando el dinero o los objetos los recibe el autor de la infracción de una tercera persona, como sucede cuando el comisionista obtiene no del comitente, sino de terceros, cantidades pertenecientes a éste y dispone de ellas, puesto que la entrega le ha sido hecha en virtud del contrato de comisión mercantil.

Amparo Directo 7764/1966.- Sacramento-Romero Andrade. Diciembre 7 de 1966. Unanimidad 5 Votos. Ponente: Mtro. --- Manuel Rivera Silva. Primera Sala Informe 1967, Página 21.

ELEMENTOS DEL DELITO.

Los elementos del delito de abuso de confianza previsto y sancionado por el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal son tres: a).- Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud del contrato sin transferir el dominio; b).- Que la confianza se haya alcanzado con fin distinto que el de disponer de lo ajeno; c).- Que se haya dispuesto de la cosa.

La conducta del delito de abuso de confianza, consiste en la disposición para sí o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio, término que sirve para diferenciar este delito del robo y del fraude. El Maestro Pavón Vasconcelos señala que: "la palabra disposición, es equivalente a apropiación, usada comunmente en legislaciones extranjeras y como tal acto expresa la actividad típica y determina el momento consumativo, se ha tratado de precisar su alcance, existiendo al respecto dos corrientes: a).- La que estima que el delito se integra cuando el sujeto dispone o se apropia de la cosa, por cuanto realiza en ella actos de dominio y b).- Cuando el sujeto invierte la cosa "crimen reversionis".²⁴ Por tanto, el problema consiste en determinar cuándo se dispone o se apropia y cuándo se invierte.

²⁴ Op.cit., p. 111

El tratadista italiano Crivellari, estima que "el sujeto se apropiaba de la cosa cuando la incorpora a su dominio, privando de ella a su dueño y sin ánimo de restitución." ²⁵ El maestro Cuello Calón considera que "hay apropiación, cuando el agente hace suya la cosa incorporándola a su patrimonio con ánimo de disponer de ella como dueño." ²⁶ Por su parte Ernesto J. Ure estima que "apropiarse de una cosa es establecer sobre ella relaciones equivalentes o análogas a las del propietario sin la intención de devolverla". ²⁷ Francisco Pavón Vasconcelos señala que disponer de una cosa es apropiarse de la misma con ánimo de dominio ²⁸. En igual sentido se expresa el Maestro Jiménez Huerta al indicar que "la esencia de la conducta típica radica en que el agente "disponga" del objeto material del delito. Disponer de una cosa, tanto significa como apropiarsela, esto es, como hacerse dueño de ella de propia autoridad." ²⁹

Concluye Pavón Vasconcelos "ahora bien, la postura de nuestra ley penal es acertada cuando preceptúa que se disponga para sí o para otro porque acoge la doctrina correcta rechazando aquella fundada en la inversión de la cosa. Tanto la disposición o apropiación como la inversión, suponen la tenencia de la cosa mediante un acto voluntario; la entrega de la cosa debe implicar el ánimo de despojarse de la posesión y mientras la disposición constituye un concepto de mayor amplitud que la inversión, dado que, cuando una persona dispone de la cosa la invierte, no siempre que hay inversión se dispone de ella. Estimando los términos de la ley, hay que separar claramente los casos en que se dispone de la cosa y aquellos en que se viola el contrato o el acto." ³⁰

La disposición de un bien, debe entenderse como el hecho de que su precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueña de el, obrando como si fuera su propio

²⁵ Cit. pos. Pavón Vasconcelos, p. 112

²⁶ Cit. pos. Pavón Vasconcelos, p. 113

²⁷ Op. cit. p. 230

²⁹ Op. cit. p. 114

tario, sea para apropiárselo en forma de ilícita retención "disponer para sí", o sea dispéndolo en su personal satisfacción - o en beneficio de otra persona -disponer para otro-. Estos actos consisten siempre en la distracción de la cosa para que fue entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto.- La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la -- obligación de restituir la cosa.

En referencia a la conducta del delito de abuso de confianza consistente en la disposición o apropiación del bien recibido en tenencia, se transcriben las siguientes ejecutorias - sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito.

ABUSO DE CONFIANZA, DISPOSICION COMO CONDUCTA TIPICA EN EL. CONCEPTO.- No es exacto -- que por disposición deba entenderse únicamente actos de enajenación o de gravamen, - pues la conducta típica se integra por todo acto de apropiación de la cosa o bien poseído, a título de dueño; esto es, cuando el sujeto agente se hace de la cosa de propia autoridad, beneficiándose de su disfrute, - como si fuese propietario de ella.

Amparo en Revisión 215/1974. Jaime Espinoza Mandujano. Agosto 29 de 1974. Ponente: Magistrado Renato Sales Gasque. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villahermosa).

Tribunales Colegiados, Séptima Epoca, Volumen 68, Sexta Parte, Página 15.

Tribunales Colegiados Informe 1974, Tercera Parte, Página 332.

ABUSO DE CONFIANZA, DISPOSICION DEL BIEN -- COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.- No puede tenerse por demostrada la existencia de los elementos disposición y perjuicio que, a -- mas de otros, integran el cuerpo del delito de abuso de confianza, cuando no se pretende ni se demuestre en autos que el quejoso hubiera llevado a cabo un acto de apropiación o de adueñamiento del vehículo, sino, - en todo caso, que lo utilizó sin autorización de su propietario cuando se encontraba

²⁹ Op. cit. pp. 114 y 115

³⁰ Jonzález de la Vega, Francisco, op. cit. p. 309

en un taller con el objeto de ser reparado.

Amparo en Revisión 608/79.- Adolfo Macías - Juárez.- 28 de Noviembre de 1979.- Unanimidad de Votos.- Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. - Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito (Guadalajara).

Tribunales Colegiados Séptima Epoca, Volumen Semestral 133-138, Sexta Parte, Página-189.

Tribunales Colegiados Informe 1980 Tercera-Parte, Tesis 1, Página. 213.

Respecto de los tipos penales de abuso de confianza - impropio, previsto por el artículo 383 y que en el inciso a) - establece: "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". Se justifica plenamente la creación de esta figura delictiva, pues sanciona la conducta consistente en la disposición o sustracción de la cosa por el depositario judicial, cuando éste lo es el propietario, pues se le limita su derecho de disposición al través del acto de la autoridad judicial para evitar perjuicios a terceros cuando la cosa le ha sido embargada, es evidente que el activo del delito conserva la propiedad de ella, y el hecho de que se encuentre en posesión de la misma es por virtud del cargo de depositario conferido.

A este respecto el distinguido tratadista Antonio de P. Moreno señala: "el propietario de la cosa, cuando le ha sido embargada, conserva la propiedad de ella y la tiene en su poder como depositario. De esta manera conserva la tenencia y el dominio de la cosa. Sus derechos de propiedad, no obstante, están restringidos por virtud del mandamiento judicial. Y la tenencia que de la cosa conserva, no es consecuencia ya de su carácter de propietario, sino del de depositario que se-

le atribuyó. Técnicamente no puede configurar la disposición que de la cosa haga el propietario de ella, el delito de abuso de confianza, porque aun cuando sea en forma restringida - conserva la tenencia y el dominio de la cosa. La ley, sin embargo, para no dejar sin sanción la injusta lesión que el dueño de la cosa causa en los derechos de otro, a tener garantizado el pago de las prestaciones reclamadas, y su preferencia en el mismo, sanciona el acto de disponer o distraer la cosa - su propietario, que sea el depositario judicial de la misma, - con la pena aplicable al abuso de confianza".³¹

A este efecto me permito citar en forma textual la siguiente tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al tenor indica:

ABUSO DE CONFIANZA.- El artículo 382 del -- Código Penal del Distrito Federal, no exige, para la configuración de este delito, que la cosa de la cual se disponga indebidamente -- sea propiedad del acusado, como sí lo hace -- el 383, en su parte primera, al considerar -- como abuso de confianza para los efectos de la pena, el hecho de que el dueño de la cosa, que le haya sido embargada y la tenga en su poder con carácter de depositario judicial, disponga de ella o la sustraiga.

Directo 3831/1958.- Eduardo Valdez León. 29- de Septiembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Mercado Alarcón. Srío. - Lic. Raúl Cuevas. Primera Sala. Boletín 1958, Página 581.

Respecto del inciso b) del artículo de cita, que literalmente señala: "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". Esta segunda hipótesis legal no hace referencia al dueño de la cosa, sino a cualquier otro depositario judicial o designado por las autori-

dades administrativas o del trabajo. Este inciso también lo comenta el Maestro de P. Moreno, que indica: "que en realidad aquí la ley no equipara el caso al abuso de confianza. Incurrir en una tautología. Repite que es caso de abuso de confianza lo que en realidad lo es. El depositario judicial dispone o sustrae la cosa, dispone lo que ha recibido con transferencia de la tenencia y no del dominio".³²

El Maestro Jiménez Huerta al comentar esta fracción - sostiene que: "además de la disposición, es factible su comisión mediante la sustracción de la cosa. El propio Código Penal hace una clara alusión a esta comisiva forma, toda vez que al estatuir en la fracción II del artículo 383 que se considera abuso de confianza, está admitiendo expresamente que la -- sustracción es uno de los medios de comisión del delito. Piénsese en el depositario de un aparato mecánico de inmejorable - fabricación alemana que le sustrae del lugar en que se encuentra depositado y le sustituye por otro de ínfima calidad. Y - la misma alusión hállase contenida en la fracción I del mismo artículo en orden al propietario que sustrae la cosa que le ha sido embargada y que tiene en su poder con el carácter de depositario judicial. Empero, como los términos sustraer o sustraerla, contenidos respectivamente, en las fracciones I y II del artículo 383 no significan, en su valoración típica, cosas diversas que disponer para sí, pues, en puridad son un medio -- fáctico para realizar la apropiación, obvio es que dicho medio fáctico está también conceptualmente comprendido en la frase - disponga para sí contenida en el artículo 382. No podemos sin embargo silenciar, que el empleo de los términos sustraer y -- sustraerla es altamente desafortunado, pues el depositario judicial en cuanto tiene la cosa en su poder no la sustrae sino que se la apropia alejándola materialmente del lugar en que -- está depositada o, lo que es lo mismo, mediante su extracción de dicho lugar."³³

³² *Ibid.*

³³ *Op.cit.*, p. 118

En referencia a la tercera de las hipótesis legales -- previstas por este dispositivo en su inciso c) señala: "el hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantiza la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponde la propiedad". La tipicidad de la conducta contenida en esta disposición, establece una naturaleza especial del delito, diferente del abuso de confianza, cuya creación fundamentalmente atiende a evitar abusos en perjuicio de los procesados, que dada su situación jurídica no resulta difícil la causación de perjuicios.

Finalmente dentro de los tipos penales equiparados al abuso de confianza, el artículo 384 del Código Penal para el -- Distrito Federal amplía la descripción típica del numeral 382 -- del mismo cuerpo normativo, hasta abarcar la ilegítima posesión de la cosa retenida, cuya definición se transcribe a continuación: "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 se requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley". El artículo de cita, será objeto -- de mayor amplitud en su estudio en el capítulo III de este trabajo.

OBJETO MATERIAL DEL DELITO

En los términos del artículo 382 del Código Penal, el objeto material lo constituye una cosa ajena mueble, en la redacción original del Código Penal de 1931, antes de su reforma, -- mencionaba como posibles objetos materiales en que podía recaer la acción delictiva de abuso de confianza: "una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, un -- documento que importe obligación, liberación o transmisión de -- derechos, o cualquier otra cosa ajena mueble". En realidad los bienes enumerados incluían dentro de su definición una naturaleza mueble, motivo por el cual la reforma del precepto estable--

ció una definición genérica de "cualquier cosa ajena mueble".

El destacado tratadista Irureta Goyena considera que en la aplicación práctica el Derecho Penal rechaza en parte el concepto que de cosa mueble nos entrega el Derecho Civil al señalar que: "el vocablo mueble, empleado por el tipo penal, no debe de ser interpretado con la acepción que impera en el campo del derecho civil. Mueble, desde el punto de vista penal, equivale a movable y toda cosa que tenga esa cualidad es, por tanto, mueble y puede ser objeto de apropiación. No importa el momento en que la cosa revisa esa calidad, puede adquirirla hasta por las maniobras inherentes en la ejecución del delito". Ampliando el comentario el propio autor indica que jurídicamente se entiende que una cosa es ajena cuando no es propiedad del autor de la apropiación.³⁴

El tratadista mexicano Mariano Jiménez Huerta, señala con relación a este punto: "Son objeto del delito de abuso de confianza todas las cosas corporales susceptibles de apropiación. -- Pueden hallarse en estado sólido, líquido y gaseoso, con tal que los líquidos estén embasados y los gases contenidos en tanques u otros recipientes. También la energía eléctrica acumulada en baterías puede ser objeto de típica apropiación. La cosa, empero, ha de tener algún valor apreciable en dinero, pues si así no fuera -- la apropiación no sería punible, habida cuenta de que el Código Penal no contiene en relación con el delito de abuso de confianza un precepto especial, como acontece en el delito de robo, para cuando la cosa no pueda estimarse en dinero o no fuera posible fijar su valor".³⁵

El término "cualquier cosa ajena mueble", involucra como materia del delito todas las cosas corporales susceptibles de apropiación, sin embargo tales cosas deben tener un valor extrínseco apreciable en dinero, de esta manera no tiene la actual codificación (reforma del 29 de diciembre de 1950) el carácter limitativo que planteaba la redacción original, ello implica que podrán -- ser materia de la disposición no sólo el dinero o valores, sino -- cualquier otra cosa de naturaleza mueble, incluyendo documentos y

³⁴ Cit. pos., Pavón Vasconcelos, r. 111

títulos en los cuales se contengan derechos de naturaleza patrimonial.

Respecto del problema de la ajeneidad del objeto material del delito, el artículo 383 parece romper el planteamiento -- del tipo penal, al establecer que el propietario de la cosa puede perpetrar este delito, si habiéndole sido embargada o teniéndola en su poder con el carácter de depositario judicial o si habiéndola dado en prenda y conservado en su poder como depositario en virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, -- dispone de la cosa o la sustrae. Este supuesto es excepcional respecto del delito de abuso de confianza, sin que sea posible admitir otros diversos que los expresamente señalados por tal artículo.

LA CUESTION DEL PERJUICIO

Todos los delitos patrimoniales considerando sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, tiene la peculiar característica de importar un perjuicio patrimonial para la víctima; la consecuencia de todos ellos es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, quien resiente merma en la utilidad que le procuran los elementos activos de su patrimonio. En el abuso de confianza el perjuicio o daño patrimonial a la víctima, es corolario de la disposición indebida. Dicho daño consiste en la disminución que de hecho sufre el ofendido en sus bienes o derechos por el acto de apropiación cometido por el protagonista del delito. Los ofendidos resentidores del perjuicio pueden ser los propietarios, los poseedores legítimos o cualesquiera personas que tengan derechos sobre la cosa distraída. El daño al patrimonio se percibe en el momento mismo en que, debido a la criminal maniobra sobre la cosa, no se logra su restitución o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella.³⁵

La significación "con perjuicio de tercero" de la redacción originaria del precepto, a la fórmula "con perjuicio de al --

³⁵ *Op.cit.*, p. 120

³⁶ González de la Vega, Francisco, *op.cit.*, p. 231

quien", usada en la reforma de 1946, debe entenderse en el sentido de que el perjudicado sea una persona distinta del protagonista del injusto; por lo general el perjudicado es la misma persona que transmite la tenencia del bien al abusario, pero también puede ser cualquiera que resiente en su patrimonio la acción ilícita, por tanto no es necesario, que el perjuicio lo sufra el propietario de la cosa objeto de la ilícita apropiación, pues, puede también recaer sobre el usufructuario, el arrendatario, el comodatario y demás personas que en forma legítima hubieren transmitido al agente la tenencia de la cosa.

El Maestro Jiménez Huerta señala: "el perjuicio consiste en la lesión inferida al bien patrimonial, contemplada desde el punto de vista del que la sufre, esto es, del paciente. Es un concepto eminentemente normativo surgido de una valoración basada en las proyecciones materiales, jurídicas y económicas que emanan de la conducta típica. El perjuicio encarna unas veces en la consunción material del objeto corporal del delito; otras, en su definitiva irrecuperabilidad por cualquier circunstancia oriunda de la conducta típica; otras, en la privación temporal que ha sufrido el propietario, usufructuario, arrendatario, etc., de usar y disfrutar de la cosa; y otras, en la ganancia ilícita que dejaron de obtener dichas personas por la ilegítima apropiación. Basta que se manifieste en cualquiera de las maneras expresadas para que pueda afirmarse su realidad conceptual típica, aunque frecuentemente en un mismo hecho puede confluir varias de dichas diversas formas de presentación."³⁷

Como todo delito patrimonial entraña una lesión económica mediante la injusta disminución de los bienes del sujeto pasivo, esto tiene que ser determinado con criterio objetivo, por lo que, para efectos de la pena, resalta el interés del monto del abuso, el cual es determinado fijando el valor del objeto apropiado, sin que la especificación pecuniaria del daño patrimonial sea parte de la tipicidad del delito, toda vez que la indeterminación

³⁷ Op.cit., 125

del daño patrimonial no puede ser óbice para que por su omisión - sea desintegrada la figura delictiva.

Antolisei citado por Jiménez Huerta señala que¹¹³⁸ "el elemento típico del perjuicio, no consiste en aquello que el sujeto pasivo reputa como tal, sino en lo que, según el juicio de la generalidad de los hombres, constituye una pérdida patrimonial. Y es indudable, que en dicha valoración deben ser tenidas en cuenta las particularidades del caso concreto, y, por consiguiente los - intereses patrimoniales del sujeto pasivo."

En referencia a la cuestión perjuicio me permito citar en forma textual las siguientes ejecutorias sustentadas por la -- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ABUSO DE CONFIANZA.- El arreglo que el responsable del delito haga con la persona ofendida, -- para pagar el dinero que sustrajo, no implica - la inexistencia del abuso de confianza ya que - si concurrieron todos los elementos constitutivos del delito citado, el convenio posterior so bre la forma de reparar el daño, no desvirtúa - la naturaleza jurídica del acto delictuoso come tido.

		Pags.
Tomo XLII	- Contreras López Alfonso	3499
Tomo LV	- Solís José.	920
Tomo LXXXIV	- Valdés Valdez Manuel	1615
Tomo CXI	- Martínez Flores Ismael y Coag.	167
Tomo CXV	- Toca 1730-48.	771

JURISPRUDENCIA 2 (Quinta Epoca), Pág. 3, Volu-- men 1a. SALA Segunda Parte Apéndice 1917-1975; - anterior Apéndice 1917-1965 JURISPRUDENCIA 2 -- Pág. 15; en el Apéndice de fallos 1917-1954, con el título: "ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE", JU- RISPRUDENCIA 5, Pág. 21 (En nuestra ACTUALIZA - CION I PENAL, tesis 14, Pág. 5).

LA TENTATIVA

Para el eminente Maestro Cuello Calón "es muy difícil - concebir la tentativa o la frustración en este delito, pues hallán

³⁸ *Manuale, Parte Speciale, Tomo I, p.p. 188 y 189, cit. pos. Jiménez Huerta, p. 125*

dose la cosa en posesión del agente, no puede surgir ningún obstáculo que impida su apropiación".³⁹ Sebastian Soler apunta que: "no puede sorprender, en consecuencia, que la tentativa sea difícilmente concebible como lo es en la figura referida".⁴⁰ -- Por su parte, Antolisei señala que: "la doctrina prevaleciente niega que en la apropiación indebida sea configurable la tentativa, y eso por la razón que se trataría de un delito insubsistente. Ranieri estima: "que es admisible la tentativa en relación a las peculiaridades del hecho".⁴¹ . En este sentido, -- Maggiore dice "es admisible la posibilidad de la tentativa, con fessando lo raro de ese acontecimiento por hallarse la cosa en poder o posesión del culpable. Es el caso del individuo que es sorprendido en el acto de depositar a su propio nombre en el -- banco, la suma confiada para hacer un pago. Rechaza en cambio -- como tentativa, dándole trato de consumación, a la oferta de -- venta que el poseedor haya hecho sobre la cosa".⁴² . Por último Jiménez Huerta considera que: "como el delito de abuso de -- confianza es material o de resultado, pues produce un cambio -- en el mundo exterior, esto es, la apropiación o disposición de la cosa ajena, es configurable la tentativa, siempre que el proceso ejecutivo de la apropiación se integre por esa serie comi -- siva de actos constitutivos de la conducta plurisubsistente. -- Es cierto que en aquellas hipótesis fácticas en que el delito -- queda consumado por un único acto, la tentativa no puede adquirir relieve típico; pero en aquellos otros en que la consuma -- ción del delito exige la realización progresiva de una diversidad de actos, la tentativa es perfectamente configurable".⁴³

³⁹ Cit.pos., Pavón Vasconcelos, p. 126

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I, Milano, 1954, cit.pos. Pavón Vasconcelos, p. 126

⁴² Diritto Penale. Parte Generale, Milano, 1955, cit.pos. Pavón Vasconcelos, p. 126

⁴³ Op.cit., p. 126

PENALIDAD

Aún cuando la indeterminación del daño patrimonial - no es un elemento integrador del tipo de abuso de confianza, - para los efectos de la pena deberá ser objeto de precisión, - tal como lo dispone el artículo 382 que toma como base el mon to del abuso cometido. En efecto, conforme a la reforma del artículo 382 de fecha 26 de diciembre de 1981, ". . .se sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de cien veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de dos---cientas veces el salario (párrafo primero). Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis - años y la multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario (párrafo segundo). Si el monto es mayor de dos mil veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de --ciento veces el salario" (párrafo tercero).

DIFERENCIAS CON OTROS DELITOS

Antes de abordar las diferencias con los diversos delitos patrimoniales contenidos en la legislación penal, es importante precisar el concepto de patrimonio y las diferentes doctrinas que definen su naturaleza jurídica.

Sobre el patrimonio se han elaborado fundamentalmente dos conceptos, uno de carácter económico y el otro jurídico. - Desde un punto de vista económico, patrimonio es, el conjunto de los bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades y, en sentido jurídico es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiables. Tales definiciones son apoyadas por el tratadista Maggiore. "La noción civilista tradicional ha considerado al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, pecuniariamente apreciables perteneciente a una persona. Tal definición comprende los elementos activo y pasivo, penalmente el concepto civilista resulta inadecuado, pues únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman delitos -- patrimoniales y el valor económico del objeto del delito."⁴⁴

En este sentido, Quintano Ripollés estima que "la protección penal no siempre resulta más restringida en lo penal que en lo civil, por más que así pareciera a primera vista en atención a la naturaleza sancionadora del ordenamiento primitivo. En efecto, mientras las deudas de juego no son exigibles en términos de la legislación civil, pueden sin embargo originar responsabilidades penales, en el caso de haberse obtenido el beneficio mediante trampas, de igual manera son incriminables ciertas conductas como la sustracción o el fraude de cosas ilícitamente poseídas por la víctima o pasivo del delito, - pues en tal manera no rige el impedimento de causa ilícita o - torpe que quebranta el vínculo obligacional".⁴⁵

⁴⁴ *Cit. pos.*, Pavón Vasconcelos, p. 13

⁴⁵ *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal, II, Madrid, - Revista de Derecho Privado, 1977, p. 375*

Jiménez Huerta subraya el diverso sentido y la mayor - amplitud del término patrimonio en la disciplina punitiva, al - expresar que: "la tutela penal se proyecta rectilíneamente so- - bre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civi- - lista, alejándose por ello de la idea de patrimonio según el De - recho Privado, en tanto su mayor amplitud deriva del alcance -- de la tutela penal, extendida a cosas que carecen de valor eco- - nómico".⁴⁶

Sobre la existencia de una doctrina del patrimonio den - tro del Derecho Penal, se destacan tres corrientes:

- a) La teoría de la identidad de la noción penal del - patrimonio con la del Derecho Civil. Esta teoría, como lo señala Maggiore, sostiene la identidad de - las nociones y reconoce carácter exclusivamente -- sancionador al Derecho Penal.
- b) Teoría de la autonomía del concepto del patrimonio en el Derecho Penal. Maggiore la estima "como la - más atendible, no sólo porque se ha comprobado ina - ceptable en sentido absoluto la concepción sancio- - nadora del Derecho Penal, sino porque no siempre - es posible transferir los conceptos civiles en la - esfera, ya restringida ya más amplia, señalada por la necesidad de la tutela penal."⁴⁷ En igual sen - tido se inclina Eugenio Cuello Calón, al afirmar - que "las necesidades de la administración de justi - cia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos civiles, sino en ocasiones obligan a reformarlos".⁴⁸ Dentro de esta teoría, Jiménez -- Huerta señala con mayor precaución que "el Derecho - Penal persigue diversa finalidad que el Derecho -- Civil, precisa la orientación de la teoría en la -

⁴⁶ Op.cit., p.10

⁴⁷ Cit.pov., Favon Vasconcelos, p. 16

⁴⁸ Ibid.

influencia que dicha finalidad puede tener respecto a la significación de un instituto referido -- en dos normas, una civil y la otra penal, para -- externar la opinión de que tal problema no puede resolverse en forma general y excluyente, sino en razón del caso concreto.⁴⁹

La existencia de una gran cantidad de criterios clasificatorios respecto de los diversos delitos patrimoniales, atienden a que no obstante que se tiene el mismo objeto jurídico en cuanto ofenden al patrimonio, las diferencias existentes entre unos y otros dependen de una serie de elementos y circunstancias que va desde el número de elementos, la modalidad de la acción criminosa, la naturaleza y especie del objeto material, y la intención del agente, entre otros, elementos que por añadidura frecuentemente se conjugan, desde luego su tutela penal autónoma obedece a la necesidad de sancionar enérgicamente las -- diversas conductas antijurídicas que lesionan al patrimonio. -- Por ello señalaré a continuación algunos de los intentos clasificatorios más destacados.

El Maestro Sebastian Soler adopta por base clasificadora la forma en que se produce el desplazamiento del bien jurídico, al señalar que: "una persona puede perder el bien que se -- encuentra bajo su dominio sólo de dos maneras fundamentales: -- sin consentimiento y con consentimiento viciado. Cuando el desplazamiento patrimonial se produce sin el consentimiento, la -- lesión sólo puede resultar del hecho de que el autor despliegue una actividad que importe una material invasión positiva dentro de la esfera de dominio de la víctima, y que concluya cuando -- sea necesario, en el empleo de violencia o fuerza ante la resistencias eventuales de la víctima. Pero no solamente por ese -- procedimiento puede producirse un desplazamiento patrimonial -- injusto. A veces, el reo logra su objeto sirviéndose precisa --

⁴⁹ Op.cit., p. 15

mente de la voluntad del propietario mismo y por ello, en vez de actuar directamente sobre la cosa, actúa sobre la voluntad, de manera que alcanza el fin delictivo por una vía indirecta y torcida".⁵⁰

Carrara clasifica los delitos contra el patrimonio en dos grupos, según los diversos fines del culpable. En el primero incluye todas aquellas ofensas que proceden de avaricia de lucro. En el segundo, aquellas otras que son oriundas del ánimo de venganza. Jiménez Huerta realiza la crítica a esta clasificación, señalando que "dentro del derecho penal mexicano entrarían en el primer grupo todos los delitos patrimoniales existentes en nuestro ordenamiento, salvo el de daño en propiedad ajena, que sería encuadrable en el segundo, y apunta que esta clasificación trata de fundarse en las referencias subjetivas que yacen en las vivencias de los tipos penales, concluyendo que tal clasificación es inoperante en nuestro ordenamiento positivo, pues, por un lado nada obstaculiza que un sujeto se apodere de una cosa ajena con fin de apropiación y ánimo de venganza; y por otro, también es posible que se destruya la cosa ajena sin ánimo de venganza y con el único fin de lucrarse el dañador al eliminar una comercial competencia".⁵¹

El destacado autor italiano Pedrazzi considera que en algunas figuras delictivas corresponde al reo toda la parte activa del proceso lesivo, "pues él realiza por sí solo, o con sus cómplices, cuánto se necesita para producir el resultado patrimonial: es el caso del robo, de la rapiña, de la ofensa a los intereses de naturaleza inmobiliaria, del daño y del abuso de confianza, esta clasificación se encuentra unificada por una nota común que corresponde al arbitrio unilateral con que el sujeto activo invade la esfera ajena".⁵²

⁵⁰ *Derecho Penal Argentino*, IV, cit. pos., Jiménez Huerta, p. 18

⁵¹ Op. cit., p. 17

⁵² *Inganno ed Errore Delitti il Patrimonio*, 1955, cit. pos. Jiménez Huerta. p. 115

Mezger clasifica los delitos patrimoniales en dos grupos. "En el primero incluye aquellas conductas que se dirigen contra determinados derechos particulares o que presuponen una ofensa localizada, como acontece en el robo, en el que es conculcado el derecho patrimonial singular que se tiene sobre una cosa mueble. En el segundo se contemplan aquellas otras acciones que se dirigen contra el patrimonio en conjunto, esto es, contra cualquier elemento del mismo no especificado en el tipo legal, como, por ejemplo, acaece en el fraude en cuyo delito - la disminución del patrimonio es el punto básico que singulariza la conducta criminal."⁵³

El autor alemán Hegler formula su clasificación dividiendo a los delitos patrimoniales en delitos de desplazamiento patrimonial y delitos de daño al patrimonio, "consistiendo - los primeros en extraer un elemento de un patrimonio e incorporarlo a otro distinto; mientras que, la segunda clasificación -- estriba en ocasionar un simple perjuicio patrimonial."⁵⁴

El tratadista argentino Ricardo C. Núñez afirma que son tres las características comunes a los delitos contra la propiedad: 1).- El delito recae siempre sobre un bien; 2).- El autor es movido siempre por una intención específica, y -- 3).- El perjuicio a la propiedad debe ser "invito domino", -- agregando que sólo la debida consideración a esas tres características comunes a todos los delitos contra la propiedad -- permite delimitar claramente el margen del título del Código Penal . La denominación de delitos contra la propiedad es inadecuada en cuanto a que restringe tal denominación los derechos patrimoniales que no le competen al propietario , tales como los derechos del usufructuario, comodatario, depositario, y en general de los derechos del poseedor legítimo que tiene-

⁵³ *Strafrecht-Ein Studienbuch, Besonderer Teil, 1956, cit. pos, Jiménez Huerta, p.20*

⁵⁴ *Vergleichende Darstellung des deutschen und, Besonderer Teil, Vol. VII, cit. pos, Jiménez Huerta, p.20*

la tenencia de un bien, aún en su forma más precaria, derechos que son considerados como constituyentes del patrimonio y sobre los cuales puede existir una injusta disminución en perjuicio del sujeto pasivo." ⁵⁵

Para Cuello Calón las notas diferenciales en los delitos contra el patrimonio las ubica en dos grupos: "1).- Los delitos cuya característica es el enriquecimiento como fin, o la adquisición ilícita de bienes ajenos, señalando específicamente el robo, el hurto, la usurpación, las defraudaciones, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en cuanto a estas son maniobras fraudulentas empleadas por especuladores habidos para la obtención de lucros ilícitos; las infracciones relativas a la usura y a los casos de préstamos sobre prendas en cuanto facilitan o son ocasión de defraudaciones en provecho de los prestamistas, y el encubrimiento con ánimo de lucro; 2).- Los delitos caracterizados por la lesión de la propiedad ajena, no con ánimo de apropiársela o de utilizarla en interés propio, sino mediante hechos encaminados a destruirla o deteriorarla, a menoscabar su valor, señalando entre ellos el incendio y otros estragos y los daños". ⁵⁶

Las opiniones expuestas con anterioridad reflejan la gran diversidad sobre las cuales pueden darse las clasificaciones, en consideración a la gran amplitud de perfiles sobre los que pueden manifestarse los diversos delitos patrimoniales, atendiendo a las circunstancias de ejecución del delito, a la cosa material, al sujeto pasivo, al sujeto activo, etc, en general a sus diversas circunstancias que sobre el particular tutelan los tipos penales específicos.

A diferencia del término "delitos contra la propiedad", debe estimarse que la expresión "delitos contra el patrimonio", es más acertada ya que su utilización comprende los derechos del propietario, ampliando además el objeto de la tutela penal a otros derechos constituyentes del patrimonio como lo son los

⁵⁵ *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, 1961, cit. pos., - FauSt. Vasconcelos, p. 12

⁵⁶ Crisit. n. 511 y ca.

derechos del poseedor, aun en su forma de precaria tenencia y los derechos reales en general.

Remitiéndonos al Derecho Penal mexicano, el título -- XXII del Libro Segundo del Código Penal vigente, bajo la denominación genérica de "Delitos en contra de las personas en su patrimonio, enumera bajo esa epígrafe los siguientes delitos:-- I.- Robo; II.- Abuso de confianza; III.- Fraude; IV.- Delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, actualmente delitos de quiebra; V.- Despojo de cosas inmuebles o de aguas; y VI.- Daño en propiedad ajena.

La significación utilizada por el Código de 1931 es - más adecuada para identificar la tutela jurídica de los tipos previstos en este capítulo, ya que el término de "delitos contra la propiedad" no abarcaría, como ya se mencionó los diversos derechos patrimoniales que no se encuentran en la esfera - del propietario, modificación terminológica que refleja la evolución del Derecho mexicano.

Jiménez Huerta realiza una serie de clasificaciones - acerca de los delitos patrimoniales, que a continuación se citan:

Atendiendo a las diversas acciones perjudiciales disminuidoras del patrimonio ajeno, y al procedimiento de ejecución.

- a) En el robo, la acción lesiva del agente radica - en el apoderamiento violento, astuto o subrepticio, de la cosa mueble objeto del delito.
- b). En el abuso de confianza, en la disposición indebida, cambio ilícito de destino, del bien mueble confiado previamente al agente en precaria tenencia.

- c) En los fraudes, salvo casos especiales, en el engaño o en el aprovechamiento del error para lograr la entrega del bien o la obtención de un lucro cualquiera.
- d) En los delitos de comerciantes quebrados, en perjuicio a los acreedores causado mediante la suspensión de pago por actos culpables o fraudulentos.
- e) En los despojos, por la ocupación violenta, furtiva, amenazante o engañosa, del inmueble o de las aguas.
- f) En el daño, por la destrucción total o parcial de la cosa.

Considerando los efectos de los delitos patrimoniales en el sujeto activo, ejecutante de la infracción, pueden clasificarse en dos grupos:

- a) Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido, entre los que se incluye el abuso de confianza, los fraudes, el despojo y los de quiebra, es decir, salvo el daño en propiedad ajena, todos los delitos que componen el título. En ellos los efectos del delito no se limitan al perjuicio resentido por las víctimas 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. -- Esta apropiación, que puede ser en el propio provecho del autor o de una tercera persona, se logra por la vía del apoderamiento en el robo; por la disposición indebida en el abuso; por el engaño en el fraude, o por la ocupación en el despojo.

- b) Delitos patrimoniales de simple injuria, esta clasificación esta constituida por un sólo delito -- patrimonial, el llamado daño en propiedad ajena, en él, la acción se limita a perjudicar los bienes ajenos por su destrucción total o parcial. - Por regla general el delincuente no se beneficia con el delito, cuyo efecto inmediato y directo -- es la injuria, el simple perjuicio, la lesión del patrimonio extraño. Precisamente porque el daño en propiedad ajena no supone especial propósito - subjetivo de beneficiarse, se define exclusivamente por el perjuicio a la cosa, sin considerar -- si el agente obtiene en ello alguna ventaja; precisamente porque el daño es delito de simple injuria, es por lo que es la infracción patrimonial que puede admitir la forma de comisión por imprudencia.

Desde el punto de vista de la naturaleza mueble o inmueble del bien objeto del delito, podemos distinguir tres diferentes grupos:

- a) El robo y el abuso de confianza según la descripción típica, se pueden cometer únicamente en bienes muebles.
- b) El despojo como su nombre lo indica, recae en inmuebles. El despojo de aguas igualmente, porque la ley se refiere indudablemente a las destinadas al servicio de los predios.
- c) Los fraudes, quiebras delictuosas, y daño en propiedad ajena, pueden reconocer como objeto material indistintamente los bienes muebles o los inmuebles.

Con objeto de ampliar el estudio de las diferencias de los delitos patrimoniales, se transcriben a continuación -- las siguientes ejecutorias sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito y la Primera Sala de la Suprema Corte de -- Justicia de la Nación, tanto en lo relativo a precedentes como jurisprudencia definida:

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS.-Una cosa es disponer de la cosa entregada en confianza y otra lograr la confianza de alguien-- para que entregue la cosa, si en el primer caso se dispone del objeto se está en presencia del abuso de confianza; en el segundo, lo que existe es el agotamiento del delito de fraude genérico, pues la disposición gratuita u one rosa recae sobre el bien obtenido mediante el proceso engañoso.

Amparo Directo 2381/1965. Armando Aburto Hernández. Julio 29, 1965. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A.

Primera Sala Informe 1965, Página 20, Abuso de Confianza y Fraude. Tesis 26, Página 9, - actualización I Penal.

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE, DELITOS DE.- En el fraude la conducta es activa desde que el agente, por medio de engaños, consigue determinadas prestaciones; en el abuso de confianza la conducta es pasiva puesto que se le --- transmite por otra persona la tenencia y no el dominio de algo sin que sea menester actividad alguna del prevenido.

Directo 57/1956. Ruben Gómez Muñoz. Enero 9- de 1957, Ponente: Mtro. Ruiz de Chávez. Prime ra Sala Boletín 1957, Página 69.

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- La diferencia esencial de tales infracciones, radica en que en el primer tipo el sujeto activo obtiene la cosa en forma lícita y sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios, su

giendo posteriormente su actividad dolosa, al - disponer indebidamente de aquella y en perjuicio del sujeto pasivo. En la segunda figura -- el agente recibe la cosa como resultado de una actividad engañosa, por lo que su dolo es anterior a la posesión y ésta es consecuencia de -- aquel.

Directo 3849/1960. Antonio Leal o León Franco. Junio 9 de 1961. Por unanimidad de 5 votos. - Ponente: Mtro. Mercado Alarcón. Primera Sala-Boletín 1961, Página 395.

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE EN FUNCION DEL MISMO BIEN. COEXISTENCIA DE LOS DELITOS.- Cuando el sujeto activo dispone de un bien cuya tenencia se le transfirió, cambiando el destino del mismo, comete abuso de confianza. Si valiéndose del mismo objeto material logra inducir a error a un segundo sujeto pasivo, obteniendo indebidos lucros, se tipifica además delito de fraude. La sentencia que condena por ambas in fracciones no es violatoria de garantías.

Directo 7019/1959. Jesús Reyes Reyes. Febrero 26 de 1960, por unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Chávez Sánchez. Srto. Lic. Fernando Castellanos. Primera Sala Boletín 1960, -- Página 143.

ROBO Y NO ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.-En el caso de un velador que dispone de las cosas a su cuidado sin consentimiento de quien podría disponer de ellas conforme a la ley, se tipifica el delito de robo en los términos del artículo 381 fracción IV del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, sin que pueda estimarse en forma alguna, que por la circunstancia de tener el velador a virtud de su cargo, la obligación de cuidar los objetos comprendidos dentro del área de la negociación, y esta misma en su integridad, se hubiera operado en su favor la "tenencia simple", en atención a que no existe transmisión de la posesión ni aún precaria en favor de un "velador"- que únicamente tiene a su cuidado bienes, desempeñando esa actividad por la que percibe un salario, y al ser esto así, es manifiesto que no se reúnen los elementos del delito de abuso de confianza.

Amparo Directo 6040/1967. Erasmo Perales Hernández. Marzo 29 de 1968. 5 Votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Alvarez. Primera Sala. - Sexta Epoca Volumen CXXIX. Segunda Parte. -- Página 26.

ROBO Y NO ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Mientras que el poseedor derivado que dispone del bien comete el delito de abuso de confianza, - el precarista lo que ejecuta es un robo; una directriz correcta para diferenciar al precarista del poseedor derivado, es la que predica que mientras el primero (precarista) tiene dentro de su esfera el objeto a virtud de un acto jurídico, cuya materia principal es una prestación personal en relación con el dueño del mismo, en el segundo, (poseedor derivado) el bien llega a poder de quien se convertirá en activo, a virtud de un acto jurídico cuyo objeto principal está constituido por un comportamiento en relación con el objeto: tal es el caso del doméstico y del depositario, respectivamente. Así, en el caso de un obrero empleado en un taller, los instrumentos que usa para el desempeño de su trabajo, no tienen porque ser considerados como poseídos en forma derivada, sino a título precario.

Amparo Directo 4906/1967. Genaro Neri Díaz. - Enero 15 de 1968. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y Aguado. Primera Sala - Sexta Epoca, Volumen XCCVII, Segunda Parte, -- Página 15.

No existe base jurídica o doctrinal que excluya la posesión precaria de la posesión derivada, términos que en lo personal estimo asimilables y correctos para identificar el presupuesto material del delito de abuso de confianza, consideración que se encuentra en oposición a la ejecutoria sustentada por la Primera Sala de la Corte de Justicia que ya ha quedado referida, la cual establece el criterio de que el poseedor precario es el potencial generador del delito de robo, en tanto que el poseedor derivado lo que comete al través de la conducta es el abuso de confianza. Son identificables los tér-

minos de posesión derivada y precaria, sólo que su valoración - surge de supuestos distintos, se considera precaria la posesión, atendiendo a la obligación del tenedor de restituir la cosa, -- es decir, es una posesión temporal, en tanto que la califica -- ción derivada, es en función de que la posesión del objeto se recibe a virtud de un acto jurídico por parte del propietario o de quien legítimamente puede disponer, incluyéndose a la autoridad, la posesión derivada pues, se encuentra en antagonismo a la posesión originaria. Tales conceptos de posesión, son objeto de mayor amplitud en el Capítulo III del presente trabajo.

Concluyendo, considero incorrecto el criterio que señala que la posesión precaria es el presupuesto material del -- delito de robo, en referencia a la ejemplificación realizada -- por la tesis precedente, el caso de un obrero empleado en un taller, cuyos instrumentos que usa en el desempeño de su trabajo, no pueden estimarse poseídos a título precario, pues en realidad nunca se verifica la traslación de posesión, que exige que -- la detentación material del objeto se realice en forma autónoma, situación que evidentemente no acontece en tal ejemplo, ya que el propietario de la negociación, no ha concedido un poder independiente sobre las herramientas de trabajo, sino tan sólo la -- utilización en el taller, por lo que es inexistente la autonomía en la detentación, en consecuencia no toda detentación material significa la posesión de un bien, aun en su forma más precaria, sino que además exige para que se considere poseída una cosa, cierto grado de autonomía e independencia respecto del -- propietario que rompa la relación de custodia o vigilancia del dueño sobre la cosa.

ROBO, ABUSO DE CONFIANZA Y PECULADO. DIFERENCIAS.- La circunstancia de que el inculcado -- preste sus servicios a la sociedad ofendida y que esta sea una filial de un organismo descentralizado del poder público, no es óbice para -- que los elementos que configuran el delito de robo, sean diversos a los que integran los de -- peculado y abuso de confianza, pues en aquel -- basta que el acusado no se encuentre en poder de la cosa robada, en tanto que en el peculado

o abuso de confianza al activo se confiere la tenencia de la cual dispone para sí o para -- otro. En consecuencia si a dicho inculpado -- no se le transmitió la tenencia de numerario -- para su administración, al apoderarse de él, -- cometió el delito de robo.

Amparo Directo 1572/1975 Santiago Llavens --- Ocaña. Agosto 25 de 1975. Ponente. Mtro. Manuel Rivera Silva. Primera Sala. Séptima Epoca. Volumen 80 Pág. 53.

PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

Resalta en forma particular la evolución histórica -- que ha tenido como delito específico el abuso de confianza, -- el cual según se ha examinado al través del derecho comparado y de nuestra legislación nacional, se ha imbuído del principio de especialidad tan necesario en el Derecho Penal Moderno, estableciéndose con precisión los elementos integradores del tipo penal, de esta manera encuentre su individualidad frente a los diversos delitos patrimoniales.

En las antiguas legislaciones, no se señalaba en forma contundente las características diferenciales del abuso de confianza, quedando subsumido o asimilado al *furtum* o robo y a la estafa o fraude, teniendo todos estos delitos el elemento - característico de la sustracción, reputándose la misma como la apropiación injusta de la cosa como objetivo final de tales - ilícitos, es evidente que no se realizaba la distinción y estudio de los medios comisorios para obtener la sustracción, motivo que fué fundamental e impidió la configuración autónoma del abuso de confianza, resultando errónea la apreciación de las - diversas codificaciones al incluir ese delito dentro de las figuras de la estafa, pues la entrega no tiene su origen en el - engaño fraudulento del activo, sino que la entrega se hace en forma espontánea y por virtud de un acto jurídico, lo único - que se quebranta es la confianza que el tenedor de la cosa tiene respecto de su dueño. En los mismos términos y respecto -- del *furtum* es notoria la intrascendencia de que el resultado - se obtuviera por la vía de la apropiación no consentida o por el abuso de la posesión material.

Es a partir del Código Francés de 1810, identificado como el Código Napoleónico, en el que se plasma la creación -- del delito ya considerado como particular, estableciéndose como nota esencial y característica de los diversos tipos de abuso de confianza y sus diferentes denominaciones, la apropia -

ción ilegítima de la cosa que se tiene en posesión o custodia.

La evolución indicada, también dejó huella en el derecho penal mexicano, en el Código Penal de 1871, hay independencia respecto de los delitos de robo y fraude, poseyendo características peculiares, ya con anterioridad se hacía mención en la exposición de motivos de dicho Código, que al abuso de confianza se menciona como figura muy discutida en cuanto a su concepción doctrinal, concediéndosele autonomía como circunstancia agravante del hurto, y desde luego, acertadamente se detalló que el beneficio obtenido por el agente del ilícito, era atendiendo -- a la disposición indebida de una cosa ajena recibida por virtud de un convenio o contrato no transferente de dominio, lo anterior constituyó un punto importante en tal definición, el hecho que la cosa fuera recibida por el agente del ilícito, en función de un convenio o contrato sin que operara la transmisión de dominio.

El Código de 1871, ya realiza una certera e indispensable diferenciación del abuso de confianza, propiamente la legislación de 1929, reitera los preceptos jurídicos de su predecesor cuerpo normativo, finalmente en el Código de 1931, en el --- cual resalta el cambio en la terminología usada en los Códigos anteriores como "delitos contra la propiedad", para adoptar en su título décimo segundo el término de "delitos en contra de -- las personas en su patrimonio", en tal Código posterior a las -- diversas modificaciones realizadas, queda precisado en su forma actual el abuso de confianza genérico (art. 382) y en los artículos siguientes (art. 382 y 384), se señalan las figuras asimilables y equiparadas al abuso de confianza.

En este sentido, se estima necesario delimitar aun --- más los tipos penales equiparados al abuso de confianza, e incluso la propia figura prevista por el artículo 382, hipótesis legales que no han logrado el grado de especificidad y técnicas -- no alcanzado en otras legislaciones que han sido objeto de refe -- rencia, entre las que se destacan las codificaciones de alema --

nia, Argentina e Italia (por cierto nuestra legislación nacional ha seguido a la corriente italiana en las reglas relativas al abuso de confianza).

En efecto, la legislación alemana distingue con firmeza la retención indebida y la administración infiel o fraudulenta. Por un lado la retención o apropiación indebida "la untergeschlagung", que consiste en la apropiación de una cosa mueble-- que se tiene en posesión o custodia; y la "untreue", que se refiere con mayor precisión a los activos que actúan intencionalmente en perjuicio de la persona confiada (tutores, curadores, mandatarios, apoderados, etc.).

Analizando con mayor detenimiento ambas figuras, se advierte que en la apropiación indebida, el sujeto pasivo ha hecho la entrega a título de depósito o cualquier otro título que produzca obligación de entregar o devolver el bien o los bienes perfectamente determinados que pasaron al sujeto activo a título precario de indisponibilidad.

En la administración fraudulenta, en cambio, no se trata de un objeto singular sino de un conjunto de cosas y bienes, algunos de esos bienes pueden incluso no haber estado en poder del sujeto pasivo, por haber sido adquiridos por el administrador con destino a lo que administra y puede darse el caso de que no se quede, que no retenga o que no se apropie de ninguno en concreto, lo que en principio configura el injusto, es que las partidas del "debe" no correspondan a la realidad, siendo incrementadas en forma indebida, o bien que en lo relativo al "haber" este sea disminuido por el administrador sin justificación alguna, de esta manera se da la existencia de lucro en perjuicio del patrimonio del mandante. En este orden, lo que caracteriza la administración fraudulenta y la distingue de la apropiación indebida, es que en la primera se dan relaciones de mayor volumen y de proyección temporal, volumen de bienes que hace indispensable un ajuste final o rendición de cuentas, lo

que excluye el manejo mas limitado de la apropiación indebida, que sólo puede referirse en el supuesto de que haya omisión en la rendición de cuentas, esto es, que no tenga lugar ésta.

Esta distinción que adquiere razgos no del todo indiferentes, ya que la acción de apropiarse es distinta de la acción de operar fraudulentamente en contra de la persona que ha confiado sus intereses patrimoniales, en tal virtud, resulta recomendable la adecuada distinción de estas figuras jurídicas, ya que no sólo los elementos integradores son diferentes, sino además la conducta desplegada es más peligrosa y dañina que el abuso de confianza identificado como apropiación indebida, por el volumen de bienes que son confiados al mandatario o administrador.

En este orden, el mandatario al tener la obligación de ejecutar actos por cuenta de su mandante, demuestra una mayor confianza del pasivo del delito hacia el activo, ya que éste debe ejecutar no sólo una conducta, sino diversas tendien - tes a administrar, cuidar e incrementar el acervo patrimonial del mandante; en este sentido, el abuso de confianza cometido por mandatario "que es objeto de estudio en el capítulo III" - debería considerarse por lo menos en nuestra legislación como una circunstancia agravante del delito, dado que se reitera -- la mayor peligrosidad del delincuente, por virtud de que la -- conducta que despliega, consta de diversos actos respecto de bienes que en cantidad son muy superiores respecto de la apropiación indebida.

Sin embargo, tal administración infiel, sólo debe referirse a la relación contractual de mandato o administración - en general en donde haya partidas de "debe y haber", y en los que el mandatario excediéndose en el ejercicio del mandato, -- realiza actos lesivos para el patrimonio de su mandante, dispo -- niendo indebidamente de los bienes entregados para la ejecu -- ción del mandato, dando como consecuencia el incumplimiento de

las obligaciones en el contrato, y que por la naturaleza de la relación contractual hace necesaria la liquidación de cuentas, con objeto de que se verifique la existencia del manejo abusivo del mandato, liquidación de cuentas que se constituye en un presupuesto del delito, que debe ser satisfecho, ya que en caso contrario, la sola inconformidad del mandante no es suficiente para que nazca la acción penal en contra del administrador, atendiendo al principio de legalidad, pues tal inconformidad quedaría subjúdica y sujeta a las pruebas que en contrario pudiera ofrecer el mandatario en relación con la rendición de cuentas.

Atento a lo anterior, debe considerarse el que se incluya como presupuesto del delito de administración infiel o fraudulenta asimilado como abuso de confianza, en donde específicamente se requiere por la naturaleza de los actos objeto del encargo, partidas de "debe" y "haber", consideración que debe ser literal en la legislación, pues en la práctica judicial, hay desconocimiento de este elemento presupuestal para el ejercicio de la acción penal por el delito de abuso de confianza, o bien éste previo juicio de rendición de cuentas, se estima incorrectamente como regla aplicable a todos los casos del mandato, situación que no es correcta, pues no se puede exigir en todos los mandatos, la previa rendición de cuentas, presupuesto que sólo ha lugar a exigirse, cuando por la materia del encargo surjan las partidas de "debe" y "haber", caso contrario es el hecho en que el mandato sea específico o el negocio sólo se refiera a una sola conducta que debe ejecutar el mandatario, o cuando se dispone de sumas de dinero entregadas para la aplicación en específico, por tanto, es contundente que en estos supuestos no se requiere el referido presupuesto.

Por otra parte, deben también considerarse los criterios que son contrarios a la existencia de los requisitos previos para la iniciación del proceso, interpretación que se fun

da en que dada la extraordinaria e injustificable dilación que existe en la práctica judicial, muy especialmente en el procedimiento civil, el mismo vendría a obstaculizar el ejercicio de la acción penal, ya que muy difícilmente podría lograrse -- la prosecución de un proceso penal por esta clase de delitos, -- si se sujetara al presupuesto de la rendición de cuentas en -- juicio civil y ordinario, que es muy lento, y si a todos los -- poderdantes se les sujetara para querellarse en contra de sus apoderados por abuso de confianza, a la condición de seguir -- ante la acción civil por rendición de cuentas, se argumenta -- que se daría carta de impunidad a toda clase de administradores de bienes ajenos, que esperarían la demanda civil y a que el juicio respectivo se prolongara indefinidamente, lo que daría lugar a un medio más efectivo de causar perjuicio patrimonial al pasivo del delito, ya que esperaría la resolución del juicio de rendición de cuentas, para que en última instancia -- sólo se verificara la devolución, sin temor alguno a la sanción penal por la disposición indebida del patrimonio ajeno.

También se arguye como factor contrario al requisito -- previo, la posibilidad de iniciarse incidentes civiles en los procesos penales, lo que facultaría al juez penal a conocer -- la rendición de cuentas como incidente dentro del proceso, por lo que, el juez penal aún limitado en el alcance jurídico de -- sus resoluciones a los efectos relacionados con la acción penal, podría resolver el incidente civil de la rendición de -- cuentas.

En lo personal, estimo contrario al principio de legalidad, el que no tenga observancia el presupuesto del delito -- de abuso de confianza identificado como administración infiel, la rendición de cuentas es un requisito previo que debe satisfacerse exclusivamente en la relación contractual en que sur-- jan partidas de "debe" y "haber", porque en oposición a los ar-- gumentos anteriores, no existiría seguridad jurídica para los administradores en la ejecución de sus encargos, pues con la -- simple apreciación subjetiva, unilateral del mandante, podría imputarse el delito de abuso de confianza al mandatario, y por

ende la posibilidad de privarlo de la libertad (dependiendo -- del monto involucrado) hasta la resolución del juez penal, es-- por eso, que sólo en este caso, se requiere practicar una reso-- lución definitiva en la cual deben expresarse todos y cada uno de los accidentes legales que hayan resultado del ejercicio -- del mandato, y hecha tal liquidación y siempre que se demues-- tre que el mandatario no llenó el fin cometido, sino que dispu-- so indebidamente en perjuicio del mandante, entonces sí podría reputarse la existencia del delito de abuso de confianza, so-- bre el particular he de referirme con mayor amplitud en el ca-- pítulo III del presente trabajo, relativo a la previa rendi-- ción de cuentas en el mandato.

Continuando con las observaciones que son contrarias-- a la existencia de este presupuesto del delito, se apunta con-- toda certeza la detestable administración de justicia que hay-- en nuestro país, la cual con independencia de los numerosos in-- cidentes y recursos que hay en materia civil, el factor humano influye de manera determinante para la dilación de los procedi-- mientos, sin embargo, éste razonamiento no constituye un argu-- mento de valor, que supere los principios de legalidad y seguri-- dad jurídica que tienen los gobernados, lo que hay que modifi-- car, eso sí con urgencia, son las conductas que observan los -- administradores de justicia.

En referencia a los incidentes civiles que pueden ser objeto de conocimiento en el proceso penal, es contundente que las resoluciones del juez penal no pueden trascender a las re-- laciones civiles entre el querellante y el presunto responsa-- ble, como es el caso de la rendición de cuentas, la cual debe-- ser regulada por el juez civil en el juicio respectivo.

Considerando la definición aplicada en la legislación nacional respecto del abuso de confianza, el maestro Jiménez - Huerta lo hace consistir en la antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa ajena mueble, que obra en su po-- der, por habersele transmitido la tenencia, abusando de la con--

fianza en él depositada, de tal conceptualización se infiere -- que la esencia del delito radica en la apropiación indebida, -- residiendo ésta en la distracción o disposición en sentido amplio, de la cosa ajena mueble que se ha recibido en precaria tenencia por contrato o acto jurídico no traslativo de dominio.

Efectivamente, de la definición legal del artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, estatuye que "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 desprende que el término "disposición", debe entenderse en sentido amplio equiparable al término de apropiación y al de distracción de la finalidad jurídica para la que fue entregado en tenencia el objeto, esto -- es, tal figura se integra mediante la distracción de la cosa -- recibida a virtud de confianza o de un contrato no transferente de dominio, violándose la finalidad de la posesión del bien, -- lo que constituye la apropiación o adueñamiento de la cosa, es decir, cuando el sujeto activo se hace de la cosa de propia autoridad beneficiándose de su disfrute, en ese orden, el artículo 384 del propio cuerpo normativo, amplía la descripción del -- abuso de confianza, hasta abarcar la ilegítima posesión de la -- cosa retenida o retención indebida, puesto que la negativa a de volver la cosa a pesar de ser requerido para ello, también viola la finalidad jurídica de la tenencia.

Debe interpretarse en sentido amplio el término "disposición" que se utiliza en el tipo penal respectivo, tal denominación incluye la apropiación de la cosa en cuanto se realiza -- en ella actos de dominio y cuando el sujeto invierte la cosa, es pues, conceptualmente sinónima de las ideas de adueñamiento y apropiación. Debe advertirse que la violación de la finalidad jurídica tenga como consecuencia un acto de apropiación, pues -- el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato sin que se produzca la apropiación del tenedor, no pueden considerarse como constitutivas del delito de abuso de confianza, in cumplimiento que tan sólo faculta al ejercicio de acciones civiles.

Desglosando la definición del tipo penal descrito, se requiere como presupuesto de la conducta típica que el bien mueble sea transmitido al activo del delito a título de simple tenencia y no de dominio, la tenencia constituye una posesión precaria del bien, en que el tenedor de la cosa tiene la obligación de restituirla o destinarla al fin para el que le fue remitida. Tal tenencia precaria, consiste precisamente en la obligación de devolver la cosa, este término es asimilable al de la posesión derivada en antagonismo con la posesión originaria de un bien, pues tal posesión en el delito, se recibe a través de un contrato o acto jurídico, concediéndosele al activo el derecho de retenerla temporalmente.

En efecto, la legislación civil prevé la posesión originaria y derivada, en las que el propietario aún cuando no detente materialmente el bien, se le concede el título de poseedor originario, pues salvo excepciones, es quien verifica la entrega; y el que tiene el poder de hecho en sentido material, tiene la posesión derivada, en el caso a estudio el abusario, en tal virtud, el artículo 382 requiere una auténtica posesión derivada, que le permita al poseedor tener autonomía sobre la cosa, concedida mediante el acto jurídico por el cual se le entrega, constituyendo precisamente la transmisión de tenencia el presupuesto material del delito de abuso de confianza.

Se ha hecho referencia a la similitud y equivalencia de los términos de la posesión precaria y derivada, pues es motivo de constante incertidumbre la utilización de estos términos. Es claro que la condición previa del ilícito consiste en la posesión de la cosa, tal posesión no constituye la conducta ilícita del agente, sino que el hecho delictuoso se configura por la negativa a devolver la cosa, después del requerimiento formal por quien tiene derecho a ella, desde luego nos referimos al tipo penal previsto en el artículo 384 equiparable en forma doctrinaria a la retención indebida.

La legislación vigente adopta el término genérico de -- que "se haya transferido la tenencia y no el dominio", sin precisar como lo hacia su antecedente codificación de 1871, de esta manera, se comprenden todos aquellos actos de entrega de una cosa mueble sin transmisión de dominio, ni limitando que esa entrega se realice por virtud de un contrato, conteniéndose dentro de la posibilidad delictiva los contratos restitutorios y los actos jurídicos como son la tutela, el albaceazgo, el secuestro y ---- otros, en virtud de los cuales también se transfiere la tenencia precaria del bien.

Respecto del objeto material del delito, ha quedado --- planteada la evolución histórica de su conceptualización, adquiriendo en la legislación vigente el término genérico de "cual -- cualquier cosa ajena mueble", con la observación de que la ajeneidad de la cosa objeto del delito, se encuentra salvada en forma ---- excepcional con la disposición normativa que se contiene en el - artículo 383 fracción I, relativa a los delitos equiparados al - abuso de confianza.

El término "cualquier cosa ajena mueble" involucra como materia del delito todas las cosas corporales susceptibles de -- apropiación, sin embargo tales cosas deben tener un valor extrínseco.

La excepción a la ajeneidad de la cosa, se constriñe -- exclusivamente al artículo 383 fracción I, supuesto que prevé es ta conducta delictiva y en el que se reúnen los caracteres de -- propietario y depositario judicial en una misma persona, y que - teniendo este último carácter lleve a cabo actos de disposición- o sustracción de la cosa, pues mediante el acto de autoridad que le confiere el cargo de depositario, lo obliga a custodiar la -- cosa, restringiéndole los derechos de propiedad aunque sin per-- derlos, sin embargo la detentación material de la cosa, no se dede riva del título de propiedad del abusario, sino del mandato judicial que le impone el carácter de depositario. El espíritu de - esta disposición es sancionar al propietario que teniendo el carcar

go de depositario judicial realiza actos de sustracción o enajenación en perjuicio de los derechos de terceros, mismos que tienen al través de la cosa materia del delito, la garantía de las prestaciones que reclama.

En referencia al elemento perjuicio, debe destacarse que la tipicidad planteada en el dispositivo 382, alcanza al -- igual que los otros elementos, un carácter general, no limitativo, pues el perjuicio patrimonial no necesariamente lo sufre el propietario de la cosa objeto de la ilícita apropiación, puede también recaer sobre cualquier otra persona que legítimamente -- hubiese transmitido al agente del delito, la tenencia de la cosa, tal interpretación se infiere de la frase empleada por el artículo de referencia "al que con perjuicio de alguien".

La acción ilícita ejecutada, tiene por característica en este delito el importar un perjuicio patrimonial para la víctima, consistente en la lesión inferida al bien patrimonial, -- tal perjuicio se refleja en la irrecuperabilidad de la cosa, en la privación temporal o en la privación de cualquier ganancia -- ilícita resentida por la ilegítima apropiación.

Como todo delito patrimonial, el abuso de confianza -- entraña una lesión económica mediante la injusta disminución -- de los bienes del sujeto pasivo, tal disminución debe ser determinada con criterio objetivo, por lo que, para efectos de la pena, resalta el interés del monto del abuso, el cual es determinado fijando el valor del objeto apropiado, sin que la especificación pecuniaria del daño patrimonial, sea parte de la tipicidad del delito, toda vez que la indeterminación del daño patrimonial no puede ser óbice, para que por su omisión sea designada la figura delictiva.

Por otra parte, la reparación del daño no destruye la existencia del perjuicio, puesto que este puede ser de carácter temporal, ni la restitución posterior o el pago de indemnización son suficientes para evitar la configuración del delito, --

ya que la conducta ya fue desarrollada por el agente.

Dentro de los delitos patrimoniales, ya ha quedado revisada la evolución y surgimiento autónomo del abuso de confianza, quedando también referidas las discusiones doctrinales de los diversos términos, con que se denomina al grupo al que pertenece, -corrientes que fundamentalmente descansan en los postulados ---- "delitos contra la propiedad" "delitos contra el patrimonio".

El primero de los criterios, salvo el supuesto de que - el término de "delitos contra la propiedad" fuese considerado -- en una connotación amplia, adolecería de ser impropia la significación, pues no abarcaría los diversos derechos patrimoniales -- que no se encuentran en la esfera del propietario, tales como -- los derechos del poseedor aún en su forma de precaria tenencia - y de los derechos reales en general, estos bienes asimilables al patrimonio están protegidos por el derecho penal, en su carácter de derechos subjetivos, es por ello que resulta preferente la denominación de "delitos contra el patrimonio", cuya mayor ampli- tud precisa mejor el objeto de la custodia penal.

También resulta certera la apreciación del maestro Se--bastian Soler, al considerar que podría impugnarse tal termino--logía, por tener el inconveniente del exceso, dado que lo abs --tracto del concepto, hace incluir en él no sólo a los bienes, --sino también a las deudas, es por ello que propone su limitación a la parte activa del patrimonio. Destaca para la solución del problema, la corriente teórica que establece una autonomía de la noción penal del patrimonio con respecto a la sostenida en el--ámbito del derecho civil, sirven de fundamento para tal concep -ción, el que el derecho penal persiga una finalidad diversa que--las otras ramas del derecho, haciéndose necesario una orienta --ción distinta en relación al patrimonio, ya que no siempre es -- posible realizar la adecuación de los conceptos civiles a la es--fera penal, que puede ser más amplia o restringida atendiendo al caso y sus circunstancias en particular, en consecuencia, es más

atendible esta corriente que genera la relativa independencia - de la noción de patrimonio en el derecho penal, limitando el -- concepto civilístico al excluir a las relaciones pasivas que -- según el derecho privado forma parte de la noción de patrimonio.

La pluralidad de tipos penales patrimoniales, atiende a la diversidad de conductas, circunstancias, formas de lesión del patrimonio, así como el objeto material del delito, por lo que resulta particularmente importante, el establecer la delimitación y alcance de los elementos típicos de cada delito, que tiene como característica común el perjuicio patrimonial que -- resiente el pasivo del delito, variando cada tipo en los procedimientos de ejecución por virtud de los cuales el agente obtiene el beneficio en menoscabo del patrimonio de la víctima.

Ya se refirió el cambio de denominación que sufrió el título que contempla los ilícitos en los cuales el pasivo tiene un perjuicio patrimonial a partir del Código Penal de 1931, --- pues sus predecesores cuerpos normativos adoptaban la terminología de "delitos contra la propiedad", significación que por las razones expuestas se considera impropio, ya que el objeto de la tutela penal de este título, no se restringe al derecho de propiedad, sino también al derecho de posesión y a los derechos reales en general, esto es, todos los bienes que forman parte del patrimonio desde una noción del ámbito penal, son objeto de protección.

De relevante interés es la precisión de los perfiles -- autónomos del delito de abuso de confianza con relación a los -- diversos delitos patrimoniales que tipifica el Código Penal de -- nuestro país. En referencia a los procedimientos y mecanismos -- de ejecución, el abuso de confianza y el fraude, tienen como una de las notas diferenciales, el hecho de que en el primero de los tipos, el sujeto activo obtiene la posesión de la cosa en forma lícita y sin emplear engaños, aprovechamiento del error o maquinaciones, surgiendo posteriormente su actividad dolosa, al --

disponer indebidamente de aquella y en perjuicio del ofendido, - es pues una conducta esencialmente pasiva, puesto que al activo le transmite otra persona la tenencia en el dominio del objeto, sin que sea menester actividad alguna para su obtención. En la segunda figura, es decir en el fraude, el agente recibe la cosa como resultado de una actividad engañosa, por lo que su dolo es anterior a la posesión, y ésta es consecuencia de aquel, este dolo se manifiesta en el engaño o en el aprovechamiento del error en el que la víctima se encontraba, medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto o el lucro propuestos, siendo en consecuencia una conducta activa, que requiere la positividad de los actos.

En relación con la otra de las figuras importantes que constituye el robo, hay identidad en estos delitos, no sólo en cuanto al perjuicio patrimonial, sino además en función del objeto material del delito que recae sobre un bien mueble ajeno, - el perfil diferencial se establece en cuanto a la conducta desplegada por el agente, pues en el robo, la acción lesiva radica en el apoderamiento violento, astuto, subrepticio, y sin que exista consentimiento del pasivo respecto de la cosa objeto del delito, mientras en el abuso de confianza, la conducta ilícita es la disposición indebida de una cosa recibida en virtud de un contrato o acto no transferente de dominio, violando la finalidad jurídica de la precaria tenencia de la cosa entregada por el pasivo, esto es, existe el consentimiento del pasivo en la entrega de la cosa.

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS REQUISITOS PREVIOS

NATURALEZA JURIDICA DE LA QUERELLA

Uno de los mayores problemas con los que se enfrenta -- la doctrina al momento de establecer la naturaleza jurídica de -- la querella, ha sido precisamente el de delimitar la naturaleza -- sustantiva o formal de dicha institución. En la doctrina extran -- jera, es abundante la literatura acerca de esta controversia, -- fundamentalmente las teorías que han surgido al respecto, pueden señalarse en tres grupos:

- a) Doctrinas que defienden el carácter sustantivo de -- la querella, configurándola como un elemento del -- tipo o como una condición objetiva de punibilidad.
- b) Doctrinas que mantienen el carácter mixto, esto -- es, la naturaleza procesal y sustantiva de la que -- rella.
- c) En la actualidad, la doctrina dominante concluye -- que la naturaleza jurídica de la querella es de -- exclusiva pertenencia al derecho procesal.

A continuación se referirán los tratadistas más destacados en cada una de las corrientes de cita, antes de ingresar al estudio de la legislación nacional.

LA QUERELLA COMO CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD.

La configuración jurídica de la querella como institución marcada en el Derecho Penal fue elaborada mediante las denominadas "condiciones objetivas de punibilidad".

Dicha doctrina aparece en Alemania, país en el cual -- surgen las condiciones de referencia, enmarcándolas dentro de -- la estructura del delito, para los autores que mantienen tal -- naturaleza, la querella es una condición objetiva de la punibi-

lidad, puesto que en los delitos privados de su interposición ante el organo jurisdiccional competente, depende de definitiva el que se castigue o no al responsable del delito. La que rella determinaría la definitiva integración del delito al manifestarse como una condición "sine qua non" para que pueda actuar la pretensión punitiva del Estado.

Entraña considerable dificultad el establecer no sólo el concepto de las mencionadas condiciones objetivas, sino también no existen criterios uniformes al establecer si forman parte del hecho punible, de la tipicidad, de la antijuricidad o de la culpabilidad.

El tratadista español Vicente Gimeno Sendra concibe a las condiciones objetivas de punibilidad "como parte integrante del delito, pero extrínsecas a la antijuricidad y culpabilidad, en cuanto que son independientes de la voluntad del -- activo hay que extraerlas de la esfera de la culpabilidad".⁵⁷

En este sentido, el tratadista alemán Rittler, las -- define "como aquellas condiciones de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que por ser estrínsecas e independientes del acto punible mismo, no han de ser abarcadas por la culpabilidad -- del agente".⁵⁸

En la Doctrina Italiana, en términos semejantes se -- pronuncian las definiciones de Battaglini y de Riccio, que -- conciben a las condiciones objetivas de punibilidad como: --- "aquellas condiciones que deben estar presentes a fin de que un hecho, siendo lesivo de intereses, asuman la figura de delito. Riccio las conceptúa como: "condiciones que están fuera del hecho punible, y por lo tanto, son extrínsecas a la re -- lación de voluntad y de causalidad".⁵⁹

⁵⁷ *La Querella, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 17*

⁵⁸ *Cit. pos., Gimeno Sendra, p. 17*

⁵⁹ *Ibid, p. 18*

La querrela privada, dicen los partidarios de las tesis sustantivistas, sería una condición de punibilidad puesto que de la interposición de la misma por el particular ofendido depende el que se castigue o no al autor del delito. La querrela se manifestaría, como una ⁶⁰condición indispensable para la punibilidad del acto jurídico.

En México se han ocupado especialmente de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad los autores Arturo -- Gil Ramírez y Rafael Millán Martínez, el cual expone al respecto que: "en puridad no son, por tanto, condiciones de criminalidad, sino requisitos posteriores al delito, necesarios para poder aplicar la sanción, de tal modo que mientras "conditio pendent" aquella queda suspendida y el delito firme en su ontología." ⁶¹

Para los autores que estiman que la querrela privada no es una condición objetiva de punibilidad, citaremos al autor italiano Riccio que señala: "que parece extraño que el -- evento futuro, la condición estrínseca, pueda ser realizada -- por el mismo sujeto pasivo. El delito, no es creación de un particular, sino de la ley: nace de una valoración colectiva y tiene una naturaleza publicista. Concibiendo la querrela -- como una condición de punibilidad, se negaría tal principio; -- el particular crearía el delito, el cual sería desnaturalizado en su misma esencia". En efecto, concebir la querrela como -- una condición de punibilidad supone afirmar que el particular ofendido detenta en su libre arbitrio el poder de otorgar a -- una acción típica antijurídica y culpable el carácter de delito, mediante la interposición o no de la querrela." ⁶²

En la propia Doctrina Italiana, objeta el autor Marsich a la tesis sustancialista en los siguientes términos: -- "la querrela no puede ser elemento del delito porque este es -- un acto de voluntad y de conocimiento completamente autónomo -- de quien es sujeto pasivo de la acción delictuosa, y esto es -- un hecho totalmente extraño a la actividad subjetiva del autor

⁶⁰ Gimeno Sendra, Vicente, *Op.cit.*, p. 19

del delito".⁶³

Bataglini señala en su crítica a la querrela como -- condición objetiva de punibilidad que: "con arreglo al concepto mismo de delito es totalmente erróneo hablar de delito no punible. Si la punibilidad entra imprescindiblemente en la - esencia propia del delito, es inconcebible un delito no punible. Faltando la condición de punibilidad, es imposible decir que el delito esté completo con todos sus elementos. Para poder incluir la querrela entre las condiciones de punibilidad, sería necesario poderla entender como "instanza di punizione". Pero sí es exacto considerar que la "instanza di procedimento" del ofendido como elemento mediante el cual se realiza la condición de procedibilidad, las cosas no son del mismo modo cuando se quiere sostener, como hace Leone, que la -- "instanza di punizione" del particular realiza la condición de punibilidad. Se trata de una tesis que no tiene fundamento, porque está claro con luz meridiana, que pedir que se infrinja la pena, presupone el delito ya completo con todos sus elementos, punibilidad comprendida".⁶⁴

En el Derecho Español, Vicente Gimeno Sendra señala que: "el contenido de la querrela como institución procesal, no puede consistir en una petición de condena. Mediante la querrela no se deduce la pretensión punitiva, sino que simplemente se ejercita la acción penal. La petición de condena -- o pretensión procesal penal es el objeto de los escritos de calificaciones. En el proceso penal, solamente en el momento de las calificaciones definitivas puede afirmarse que se ha deducido en su integridad la pretensión punitiva. La querrela únicamente tiende a preparar la interposición de la pretensión penal".⁶⁵

⁶¹ *Ensayo sobre las condiciones objetivas de punibilidad, México, UNAM, 1961, p. 33 y 34.*

⁶² *Derecho Penal, Milan, 1961, cit. pos, Gimeno Sendra, p. 20*

⁶³ *Apunti sulla querrela, cit. pos, Gimeno Sendra, p. 19*

⁶⁴ *Op. cit., p. 21*

⁶⁵ *Op. cit., p. 26*

Es de advertirse que en el Derecho Español, no es similar el tratamiento que se dá a la acción penal, dada la existencia de delitos semi-públicos y privados en los que la querella representa además de la "notitia criminis" el contenido mismo -- de la acción penal, a diferencia de otras codificaciones, entre ellas la nuestra en que la acción penal se rige por el principio de oficialidad, al hacer exclusiva del Ministerio Público -- la acción penal, monopolizando la posibilidad de su ejercicio -- o desestimación.

El propio autor Gimeno Sendra destaca diversos argumentos de índole procesal que cuestionan severamente la naturaleza jurídica de la querella como condición objetiva de punibilidad, al señalar que el acto procesal de querella presupone un delito ya realizado con todos sus elementos que no necesita ser perfeccionada mediante su interposición como cumplimiento de una condición objetiva de punibilidad. Apunta el propio autor que "el problema más difícil se presenta respecto de la naturaleza sustantiva o procesal de la querella, es el de determinar qué clase de sobreseimiento devendría necesario cuando un sumario por delito privado o semi-público fuera iniciado sin la preceptiva querella del particular ofendido. Si se concibe la querella -- como condición de punibilidad o como elemento del tipo, el sobreseimiento lo será por razones de fondo (inexistencia del delito), mientras que si la naturaleza de la querella es exclusivamente procesal, el sobreseimiento debe serlo por razones de forma (nulidad de actuaciones)".⁶⁶

LA QUERELLA PRIVADA COMO INSTITUCION DE NATURALEZA MIXTA.

Para otro sector de la doctrina, la querella privada tendrí una naturaleza híbrida. Por una parte, y en tanto en cuanto de su interposición depende la aplicación de una pena -

66

Ibid.

en los delitos privados, la querella participaría de naturaleza sustantiva. Por otra, la querella tendría naturaleza procesal puesto que mediante ella se ejercita la acción penal y se posibilita el nacimiento de la relación jurídico-procesal.

Cronológicamente el primer autor que mantuvo la mencionada teoría fue el tratadista alemán Binding, al sostener que: "Con base a la consideración de que el Estado pone sus ius puniendi al objeto de mantener el prestigio de la norma y al mismo tiempo para dar satisfacción al particular ofendido por el delito. La no presentación de la querella, juega como un perdón, demostrándose que el ofendido no siente más la necesidad de satisfacción penal. La querella es, un instituto de doble naturaleza. Exteriormente es un presupuesto de la acción penal y como todo presupuesto procesal pertenece al Derecho Procesal, pero en su esencia encierra el fundamento necesario de la pena pública, y por lo tanto es un instituto del Derecho Penal material".⁶⁷

Otro importante grupo de autores para quienes la naturaleza jurídica de la querella no se pueda reconducir en todo momento a una condición objetiva de punibilidad o a una condición de procedibilidad, se destacan como exponentes Von Liszt en Alemania, Alimena en Italia y en España Quintano Ripollés.

Para Von Liszt: "ciertas lesiones de bienes jurídicos sólo tienen importancia para el ordenamiento público, cuando el ofendido la siente como tal lesión y lo declara en la forma prescrita (por medio de la querella). El tocamiento impúdico a una muchacha puede ser considerado por ella como una caricia o como una deshonra. Por tanto, la integración del delito en determinadas figuras delictivas, se produce mediante la valoración que el sujeto pasivo realiza de una determinada conducta como antijurídica. Valoración que se expresará y ten

⁶⁷ Cit. pos. Gimeno Sendra. p. 81

drá relevancia para el derecho cuando el particular ofendido - interponga la correspondiente querrela."⁶⁸

Gimeno Sendra al realizar la crítica a la teoría de Von Liszt señala que no obstante ser bastante sugestiva esta teoría, es inadmisibile por encontrarse en completa contradicción con las concepciones modernas del delito y del proceso penal. El delito, no puede ser creación de los particulares, su existencia es independiente de la voluntad de los mismos, por tanto, la valoración del ofendido no tiene ninguna importancia por lo que se refiere a la existencia del delito, la objetividad jurídica del cual existe junto con los elementos que abstractamente, pero con precisión, la norma penal ha venido designando como constitutivos de las particulares figuras criminosas.

Por otra parte, si la existencia del delito está condicionada a la valoración del sujeto pasivo, no se comprende entonces la necesidad del proceso penal. Es lógico que la finalidad del mismo es determinar si el hecho que el ofendido es timó como delito, jurídicamente puede considerarse como tal al adecuarse a los tipos penales previstos por la legislación, -- con independencia de la estimación del ofendido.

Contrarios a la doctrina que considera a la querrela como institución de naturaleza mixta, debe señalarse al autor italiano Vannini, que estima: "No es válido concebir una circunstancia la cual sea al mismo tiempo condición de punibilidad y presupuesto procesal, porque el concepto mismo de presupuesto procesal representa un "posterius" lógico frente a la subsistencia del delito, es decir, frente a lo que es negación de la falta de una condición de punibilidad. Condición de punibilidad y presupuesto procesal son dos conceptos entre sí incompatibles".⁶⁹

⁶⁸ Idem, p. 32

⁶⁹ Idem.

En este mismo sentido se manifiesta Bataglini al realizar la crítica de esta doctrina: "mediante tal construcción, - singular fenómeno de hermafroditismo jurídico, no solamente nada de interés se añade a la naturaleza jurídica de la querella, sino que burdamente se confunde la relación proceso-derecho. La función del proceso es la satisfacción jurídica, mediante la actuación de la ley, o sea, del derecho en sentido objetivo. Claro está que sin la querella en los delitos privados no hay posibilidad de pena ni de proceso, pero la aplicación de aquella se efectúa al través del proceso. Lo que parece inadmisibile es -- pensar que la querella consista en un poder de disposición de - la punibilidad del hecho, reconocido a la voluntad privada, o - en una manifestación de voluntad del sujeto pasivo de pedir la - punición del delito, porque ni en la querella se ejercita la -- pretensión punitiva, ni en manos del particular ofendido está - el poder aplicarle una pena al ofensor".⁷⁰

En conclusión, la querella no puede tener otra naturaleza jurídica que la de ser una institución perteneciente al ordenamiento procesal, cuestión que debe determinarse es que dentro del derecho procesal, la querella debe considerarse como -- presupuesto procesal o como una condición de procedibilidad. -- En este orden, adquiere cierta relevancia el tipo de legisla -- ción relativa a la acción penal, es decir, si la querella constituye tan sólo la posibilidad del ofendido de dar la notitia - criminis o bien, paralelamente a esta se contiene el ejercicio - de la acción penal por los delitos perseguibles a instancia de - parte. Sin embargo, se puede afirmar que no obstante el tipo - de reglamentación, el sujeto pasivo del delito no es el titular del "ius puniendi" que sigue correspondiendo al organo jurisdiccional, el cual no puede vincularse por la calificación de la - parte ofendida y en la graduación de la pena.

LA QUERRELLA PRIVADA COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

Se insiste en la advertencia de que atendiendo al tipo de ordenamiento procesal, ha de depender la calificación -- de la naturaleza jurídica de la querella.

La querella con presupuesto procesal se encuentra -- regida fundamentalmente por la doctrina germana y secundada -- por el Derecho Español, en los cuales la reglamentación de la acción penal depende del tipo de delito en específico, encontrándose dos manifestaciones. La acción penal es pública cuando el Ministerio Público, guardián de la legalidad es quien -- la ejercita por la posible comisión de un delito.; y es privada la acción penal cuando el ofendido directamente excita el funcionamiento de los tribunales penales con la finalidad de que se sancione al responsable de la conducta antijurídica y -- se le restituya del daño causado.

En este sentido, la querella privada se manifiesta -- como un acto procesal de la parte acusadora (ofendida), mediante el que, junto con la denuncia en los delitos semi-públicos, se ejercita la acción penal privada y se prepara la -- interposición de la pretensión penal privada.

La querella como todo acto procesal es independien-- te de su contenido, como lo señala el autor Fairen, "en pureza el concepto de acción pertenece al campo del derecho político (derecho de petición). La querella es el instrumento idóneo -- para ejercitar tanto la acción penal pública como la privada."

⁷¹ La querella en los delitos semi-públicos y privados es -- pues, el instrumento procesal adecuado para el ejercicio de -- la acción penal.

Cronológicamente, el primer autor que elaboró los -- presupuestos del proceso fue Oscar Bulow, basándose de la con

⁷¹ *La acción, el Derecho Procesal y el Derecho Político, cit. pos, Gimeno Sendra, p. 59.*

cepción del proceso como relación jurídica, describiéndolo como: "prescripciones que deben fijar los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal. Esto es, los configuró como elementos constitutivos de la relación jurídica procesal, de tal manera que un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso y en consecuencia la ausencia de alguno de ellos originaría una 'absolutio ab instancia' (rechazamiento de la demanda -- por inadmisibles). A juicio del autor germano, corresponde a las partes alegar la ausencia de los presupuestos procesales, pero el tribunal no tiene que esperar a que el reo acuse el -- defecto, debe considerarlo siempre, cualquiera que sea quien -- los haya denunciado".⁷²

La tesis de Bulow fué recogida en Italia por Chioven-
da, el cual, partiendo de la misma base del citado autor, esti-
mó que: "las condiciones formales para que nazca la obliga-
ción del juez de pronunciar en cuanto al fondo, y quizá la mis-
ma demanda judicial, pueden en conjunto designarse como presu-
puestos de la relación jurídica procesal, o más simplemente, -
como presupuestos procesales. Estas condiciones formales que-
dan lógicamente ceñidas a determinadas reglas referentes a la-
competencia y a la capacidad subjetiva del organo jurisdiccio-
nal, a la representación de las partes y a las formas de comu-
nicación".⁷³

La configuración de los presupuestos procesales, con-
cebida en el Derecho Procesal Civil, no tardó en ser aplicada-
en el Derecho Procesal Penal. Autores como Massari, Riccio, -
Sabattini, Crisáfollì, limitaron los presupuestos procesales -
a la esfera de los sujetos del proceso y en especial a la cons-
titución, determinación o fundación de los poderes jurídico-pro-
cesales.

⁷² *Excepciones procesales y presupuestos procesales*, Trad. Rosas, Miguel Angel, Buenos Aires, 1964, p. 5

⁷³ *Saggi di Diritti Procesuale civile*, Roma, 1930, *cit. pos.*, Gime-
no Sendra, p. 61

La concepción de los presupuestos procesales tal y -- como la había formulado Bulow y secundado Chiovenda sufrió bas tante críticas en la doctrina, entre las que se destacan las- de Goldschmidt y Rosenberg.

Objeta Goldschmidt el creador de la doctrina de los - presupuestos del proceso que las condiciones formales que, se- gún Bulow, figuran como presupuestos del proceso, no lo son en verdad, puesto que han de sustanciarse en el proceso mismo, -- mas bien son presupuestos de una sentencia sobre el fondo. En términos similares se pronuncia Rosenberg al indicar que: "no- debe concluirse del nombre que sin uno de estos presupuestos - no puede existir proceso. Es cierto que esa fue la opinión -- del fundador del concepto de presupuestos procesales, Oscar -- Bulow quien los definía como las condiciones previas para el - nacimiento de toda relación procesal. Pero no son tal cosa, - los presupuestos procesales no lo son del proceso, en el senti- do de que sin ellos no sea posible proceso alguno; pues ellos- mismos son objeto de examen y resolución en el proceso y presu- ponen su existencia, por lo que no pueden al mismo tiempo ser- presupuestos de esa existencia"⁷⁴

Gimeno Sendra concluye en la crítica a la teoría civi- lista que si lo que condicionan los presupuestos es el nacimien- to de la relación jurídica procesal, no pueden discutirse den- tro del proceso porque la relación jurídica procesal ya está -- constituida y además, circunscribir los presupuestos a la esfe- ra de la Constitución de la relación jurídica procesal, supone- limitar los presupuestos procesales a la esfera de los sujetos- del proceso (capacidad de las partes, competencia del tribunal, etcétera) y excluir de los mismos los referentes al objeto y a- la actividad.

⁷⁴ *Tratado de Derecho Procesal Civil, II, cit. pos., Gimeno Sendra*

Goldschmidt señala que los vínculos jurídicos que nacen entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas - (consideración estática del derecho), esto es, no son facultades ni deberes, sino situaciones jurídicas, es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y en último término, del fallo judicial futuro - en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas.⁷⁵

Si la naturaleza jurídica del proceso penal no puede reconducirse a una relación jurídica, los presupuestos procesales no pueden limitar sus efectos al nacimiento y constitución de esta relación jurídica. El ámbito de dichos presupuestos - ha de ser más amplio, de otro modo, la aparición de un supuesto procesal cuando el proceso ha sido ya iniciado, esto es, cuando la supuesta relación jurídica procesal ha sido ya constituida, traería como consecuencia la nulidad absoluta de las actuaciones practicadas. Los presupuestos procesales penales, no son pues, presupuestos de la relación jurídica procesal que, por otra parte, en el proceso penal no se sabría delimitar con exactitud su constitución.

Los presupuestos procesales dice Goldschmidt: "no lo son en realidad del proceso, son simplemente presupuestos, requisitos previos de la sentencia de fondo, sobre los que se -- resuelve en el proceso."⁷⁶

Gimeno Sendra señala que la ausencia de la querrela - impide, pues, al juez entrar en el fondo del asunto y condenar al autor del delito, pero impide también que el proceso penal pueda incoarse, ya que las acciones penales que nacen de los delitos, tampoco podrán ser ejercitadas en manera distinta a la querrela. Esto es, la querrela privada constituye un supuesto procesal que lo es a la vez de la sentencia y de la iniciación del proceso penal, o si se quiere, constituye la admisibilidad del procedimiento. Continuando en el ámbito del de-

⁷⁵ Cfr., Gimeno Sendra, p. 63

⁷⁶ Id. loc. Gimeno Sendra, p. 64

recho español, hay que tener en cuenta que en los procesos penales instaurados por la comisión de un delito privado son dos los presupuestos procesales especiales de la incoación del su mario: La especial legitimación activa y la querrela. En virtud del primero de ellos, ha de ser necesariamente el ofendido quien ha de iniciar el proceso penal ejercitando al efecto la acción penal. Y en virtud del segundo, dicho ejercicio de la acción penal ha de realizarse insustituiblemente mediante la querrela. El motivo de lo anterior, es porque mediante la querrela el ofendido se convierte en acusador y en el proceso penal por delitos privados en acusador exclusivo, en tales delitos, se considera que la lesión social es mínima o inexistente y por lo tanto, la sociedad al través del Ministerio Fiscal de be abstenerse de intervenir.

En conclusión, el Derecho Español, en el cual tratándose de delitos de carácter privado hay abstención del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, por lo que como lo estima Gimeno Sendra: "La comisión del delito constituye el contenido de la acción penal. Sabemos que la acción es un poder reconocido a los particulares por la Constitución consistente en provocar la actuación de los tribunales. Pero en el proceso penal dicho poder (especie de derecho de petición) se expresa mediante la comunicación al organo jurisdiccional de un hecho que reviste la apariencia de delito. Si mediante la notitia criminis se pone en funcionamiento y se agota la acción penal. Porque, a pesar de que autores diversos hayan mantenido la existencia de tales presupuestos, la acción penal, creemos no puede estar sometida en el estado de derecho a ningún requisito".⁷⁷

⁷⁷ Op.cit., p.p. 73 y 74

LA QUERRELLA COMO CONDICION DE PROCEDIBILIDAD.

La construcción de la querrela como condición de la acción penal o condición de procedibilidad, fue elaborada por la Doctrina Italiana, la que en su mayoría se ha inclinado por dicha naturaleza, en este sentido nuestra Legislación Nacional ha seguido los fundamentos de esta corriente.

A la noción de presupuestos procesales elaborados por la Doctrina Germana, la doctrina Italiana opone las denominadas condiciones de procedibilidad. Dichas condiciones son definidas por Sabatini como: "manifestaciones de la voluntad de determinados sujetos públicos o privados, a los cuales está su bordinada la actividad del Ministerio Público, porque faltando obstaculiza el ejercicio de la acción penal".⁷⁸

Santoro, también autor italiano las conceptualiza en los siguientes términos: "condiciones a las que por la ley es tan subordinados el comienzo o el ulterior ejercicio de la acción penal".⁷⁹

Es ostensible que para la Doctrina Italiana, todos los medios de iniciación del proceso penal en los delitos perseguibles a instancia de parte, son condiciones de la procedibilidad, porque se manifiestan como condiciones de cuya existencia depende el inicio de la acción penal o su ulterior ejercicio.

La Doctrina Italiana no niega la existencia de los presupuestos procesales, aunque sí los restringe en cuanto a su cometido y sus efectos. Para Riccio presupuestos procesales son: "los antecedentes necesarios para la instauración de la relación procesal, elementos objetivos, a cuya preexistencia está condicionada el nacimiento de la acción procesal y del proceso, mientras que las condiciones de procedibilidad no se-

⁷⁸ *Principi di Diritto*, cit. pos., Gimeno Sendra, p. 39

⁷⁹ *Manuale di Diritto*, cit. pos., Gimeno Sendra, p. 39

refieren a tales elementos en sí considerados, sino a la efec
tuación de actos jurídicos".⁸⁰

Los presupuestos procesales son considerados por el -
citado autor, como elementos estáticos (el Ministerio Público,
el juez competente, el imputado, la parte civil, etcétera), --
en tanto que las condiciones son dinámicas, incidiendo directa
mente sobre la acción penal o sobre el proceso.

En la actualidad las tesis de otro autor italiano ---
Massari son las predominantes en la doctrina, y constituyen --
quizá el criterio de distinción de los presupuestos y condicio
nes de procedibilidad para los autores que sostienen la natura
leza jurídica de la querrela como una condición de procedibili
dad.

Massari estima que: "en la doctrina se llaman presu-
puestos procesales todas aquellas condiciones objetivas y sub-
jetivas de cuya realización depende la instauración de la rela
ción procesal"⁸¹. Para Massari los presupuestos procesales -
condicionan el proceso y las condiciones de procedibilidad, la
acción penal o su ejercicio, acentúa su diferenciación en los-
distintos efectos que la ausencia de cada uno de ellos ocasion
nan en el proceso. "La falta de un presupuesto procesal produ
cirá la inexistencia del proceso y como tal, debe ser declara
do de oficio por el juez, en tanto que la omisión de una condi
ción de procedibilidad instaura válidamente el proceso que de
berá concluirse con una sentencia procesal y no de fondo, que-
constate la inexistencia de la condición y por tanto la impro
ponibilita y la improposequibilita de la acción penal".⁸²

Por otra parte, Marsico concluye que la querrela es:-
"una simple condición de procedibilidad y no presupuesto del -
proceso porque su falta no conduce a un proceso inexistente --

⁸⁰ *La natura giuridica della querrela, cit. pos, Gimeno Sendra,*
p. 40

⁸¹ *Cit. pos, Gimeno Sendra, p.p. 40 y 41*

⁸² *Idem, p. 42*

sino a una sentencia de no deberse proceder".⁸³

En el Derecho Italiano la querrela ha adquirido relevancia como condición de procedibilidad, atendiendo desde luego a las reglas procesales relativas al ejercicio de la acción penal, en este país el Ministerio Público detenta el monopolio de la acción penal, pues se considera a la acción penal como pública, por lo que en el supuesto de ser necesaria la querrela, no puede iniciarse de oficio ni en cuanto a su ejercicio.

El titular de la acción penal es el Estado, quien a través del Ministerio Público tiene encomendado su ejercicio, reservándose para los particulares la persecución de aquellos delitos cuya lesión al interés social es menor: delitos privados y de doble lesión (derecho italiano).

Como consecuencia del principio de oficialidad de la acción penal recogido por el Ordenamiento Procesal Italiano, es correcto concebir a la querrela como un impedimento que condiciona el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, quedando tal ejercicio subordinado a la interposición de la misma por el ofendido del delito.

En los ordenamientos procesales en los que el Ministerio Público o Ministerio Fiscal no tiene la titularidad monopolística de la acción penal, y por ende, de su ejercicio, es mucho más discutible el concluir que la naturaleza jurídica de la querrela es el que constituya una condición de procedibilidad. Si el Estado no detenta la titularidad de la acción penal, no se puede concebir la querrela como un obstáculo al ejercicio de la acción penal, porque el ofendido del delito al dar la "notitia criminis" está conteniéndose dentro de ésta la acción penal y el sostenimiento de la pretensión -

⁸³ Cit. pos, Gimeno Sendra, p. 43

punitiva en este tipo de delitos.

Para el autor argentino Alfredo Vélez Mariconde, la idea general respecto de la querrela es que: "hay casos excepcionales en que la ley reconoce y tutela en primer término un interés individual que condiciona la satisfacción del interés público; este no surge con eficacia si aquél no se manifiesta. Al ofendido se le acuerda, entonces, el exclusivo poder de reclamar la reacción estatal, el que no se identifica con el poder formal de ejercer la acción, sino que constituye el de provocar el inicio de la misma".⁸⁴

Buscando la razón existencial de la querrela, encontramos la idea constantemente expuesta de que la persecución de ciertos hechos, por su especial forma de presentarse, por la afectación que causan a intereses protegidos, así como por la trascendencia que por la investigación y la persecución producen, son dejados a criterio o la voluntad del ofendido -- que debe manifestarse por él o su causabiente ante el Ministerio Público, expresando la petición de persecución, esto es, la formulación propia de la querrela.

Hay una relación constante entre los hechos y la querrela, efectivamente siempre se vincula el hecho con el derecho del ofendido, dando preferencia a este respecto de la sociedad en orden a la perseguibilidad, esto hace que frecuentemente se recuerde la expresión del "strepitus fori" de Von Liszt y que sea la simple voluntad del ofendido la que haga que el hecho sea perseguible; de esa posibilidad de perseguir los hechos nacerá la calificación de verdad legal definitiva, antes sólo manejada con apariencia de delito.⁸⁵

Dentro del Derecho Nacional, se debe advertir que las reglas relativas a la querrela y por ende a su naturaleza jurí

⁸⁴ *Derecho Procesal Penal II*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 248.

⁸⁵ *Cit. por*, Carnelluti, F., *Lecciones sobre Derecho Procesal Penal II*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p.p. 29 y 31.

dica, han de asimilarse a las consideraciones expuestas por la Doctrina Italiana, constituyéndose la querella en una disminución al principio de estatización del "ius puniendi", ya que el poder-deber del estado en la persecución de los delitos, está sometido a la voluntad del ofendido, en los casos de hechos que requieren de la querella, es pues, una forma previa a la acción penal, o un requisito de procedibilidad, no como parte integrante de la acción penal.

ACCION PERSECUTORIA Y QUERELLA

Con objeto de establecer la diferenciación entre acción persecutoria y querella del ofendido, es preciso circunscribirse a los ordenamientos penales en los que la acción penal es considerada como pública, partiendo del principio de oficialidad de la acción.

Planteada la cuestión, lo primero es distinguir al titular en cada caso; en la acción persecutoria, en un sistema como el nuestro, indudablemente lo es el estado, monopolio absoluto es el que otorga la legislación nacional al Ministerio Público.; en cambio la querella es un derecho que le corresponde al ofendido (titular del interés afectado por la conducta típica), que puede ser un particular, un ente, o el mismo Estado, según sea el hecho motivador de la afectación del interés tutelado en la norma.

En segundo término, la acción es la base sustancial para todo proceso penal, mientras que la querella es requisito para la procedencia de la acción en los casos perseguibles a instancia de parte, es decir, saber si un hecho es o no delictuoso y su autor o autores son responsables, siempre se requiere que el Ministerio Público acuda ante el juez, en ejercicio de la acción persecutoria.

La querrela como facultad o derecho del ofendido del delito, puede impedir o dar curso a la acción penal o persecutoria, según sea la voluntad o desconocimiento del titular -- del derecho o interés involucrado. Depende de este titular -- la posibilidad de la calificación, como lo dice Carnelutti -- "que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte, significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido, -- su castigo, no en el sentido de que tal juicio sea suficiente, sino en el de que es necesario; no obstante la querrela, -- un hecho puede no ser castigado, pero sin ella no puede ser -- castigado".⁸⁶

⁸⁶ Op.cit., p. 34

REGLAS DE LA ACCION PENAL PARA LOS DELITOS
DE QUERELLA

Remitiéndonos al estudio en forma exclusiva de la legislación nacional, el artículo 21 Constitucional establece el fundamento de las reglas a las que se encuentra sujeta la acción penal. En efecto, el artículo 21 Constitucional en su parte conducente señala que: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel . . .". La función persecutoria, consiste precisamente en investigar y perseguir los hechos con apariencia de delito, reuniendo los elementos necesarios con objeto de que sus autores sean sancionados por su responsabilidad.

Asimismo la actividad que contempla la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de la acción penal, que es objeto de estudio en el capítulo anterior, siendo indiscutible que el Estado como representante de la sociedad ejerce en forma monopolística la titularidad de la acción penal, compitiéndole la estimación de su ejercicio o inactividad, es pues clara, la facultad en abstracto del Estado, de perseguir los delitos, ese derecho de persecución lo constituye precisamente la acción penal.

La actividad del Estado tendiente a que se sancione la conducta del autor del hecho delictuoso, lo constituye precisamente el ejercicio de la acción penal, por tanto, debe decirse que la acción penal es pública, quedando excluida de los ámbitos privados.

Al tratar el tema de la acción penal, el tratadista mexicano Manuel Rivera Silva señala que: "la acción procesal penal está regida por el principio de la legalidad, te -

niendo el Estado en sus manos el ejercicio de la acción penal, no se deja a su capricho el propio ejercicio, sino que, por -- mandato legal siempre debe llevarse a cabo. La acción penal -- está animada por el principio de legalidad, cuando se ejercita siempre que se den los presupuestos necesarios que la ley fija. En estos casos, no se atiende para nada a la utilidad o -- perjuicio que pueda ocasionarse con el ejercicio de la acción penal. El principio de la oportunidad se inspira en la idea -- de que para el ejercicio de la acción penal no basta que se -- den los presupuestos necesarios, sino que es preciso que los -- órganos competentes lo reputen conveniente, previa valoración -- de las circunstancias." ⁸⁷

Sólo son aceptadas como instituciones que permiten -- el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación, según lo establece el artículo 16 Constitucional que en su parte conducente señala: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho de terminado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al de lincuente y a sus cómplices . . ."

Estudiando por separado la querrela, que constituye -- la condición de procedibilidad de la acción penal en el delito de abuso de confianza, debe considerarse materialmente, como -- la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano -- investigador con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

La base legal para considerar el abuso de confianza -- como delito perseguible por querrela necesaria, lo establece -- el artículo 399 Bis del Código Penal para el Distrito Federal,

⁸⁷ *El Procedimiento Penal Mexicano, México, Porrúa, 1975, p. 67*

que viene a ser la disposición sustituta del derogado artículo 385 del mismo cuerpo normativo: ". . . los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida. . .".

Es interesante el precisar los diversos criterios -- relativos a la querrela y sus requisitos, para que se pueda tener por legalmente formulada y agotando al propio tiempo el presupuesto de procedibilidad que señala como condición previa la referida norma. En este sentido me permito citar en forma textual las siguientes ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito:

QUERRELLA NECESARIA, FORMA ILEGAL DE LA.-Si en el escrito en el cual se denuncia ante el Ministerio Público la comisión de un delito que se persigue a petición de parte, el denunciante manifiesta que se abstiene de acusar a persona determinada como autor del delito, y únicamente deja en pie la denuncia de los hechos, a fin de que el Ministerio -- Público mande a abrir la Averiguación respectiva, para que si encuentra comprobados los elementos constitutivos de algún delito, deduzca contra los responsables la acción persecutoria que le reserva el artículo 21 Constitucional, el denunciante no se querelló en forma legal; pues al denunciar, los hechos -- delictuosos no acusa a persona determinada, y la querrela requiere que se enderece concretamente en contra de una persona determinada.

Quinta Epoca, Tomo XXVI, Página 664, Abusaid Juan.

QUERRELLA, NO ES NECESARIO QUE SE PRODUZCA -- CON FORMALIDADES.- La circunstancia de que el ofendido, en el delito de injurias, haya ocurrido ante la autoridad competente a señalar los hechos en que consistió aquél, es suficiente para concluir que existe querrela -- sin que sea necesario que se diga expresamente que se presenta "querrela", u otra frase parecida.

Amparo en Revisión 568/1969 E.C.S.C. Julio 24 de 1970, Unanimidad.

Tribunal Colegiado del Segundo Circuito (Toluca).

QUERELLA, NO REQUIERE FORMALIDADES SINO, UNICAMENTE, DE LA VOLUNTAD DEL QUE AL VIERTE DEPONER EN ACTIVIDAD A LA AUTORIDAD PARA QUE --SANCIONE EL HECHO DELICTUOSO.

Amparo Directo 2527/1969, Noviembre 29, 1980.-

Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal.

ABUSO DE CONFIANZA, PARA PERSEGUIRLO ES INDISPENSABLE QUERELLA EXPRESA Y CIERTA.- Si el delito de abuso de confianza se persigue a petición de parte ofendida, esto es, por querrela necesaria y, del escrito en que se pusieron - en conocimiento de las autoridades los hechos se ve que se trata de una denuncia, en donde se dice que se formula para que se ejercitase o no acción penal (sin voluntad específica al respecto), es claro que no hay querrela y por tanto no puede procederse contra el inculpa--do.

Amparo en Revisión 56/1971. A.L.N. Mayo 7 de 1971. Unanimidad de Votos.

Tribunal Colegiado del Segundo Circuito ----- (Toluca).

Es clara la diversidad de criterios, existente respecto de los requisitos que debe contener la querrela, en lo personal, estimo que para considerar existente la querrela además de encontrarse satisfecho el problema de la legitimación del querellante, se constituya ésta como la "notitia criminis," manifestando además el deseo de que se ejercite la acción penal en contra de persona determinada.

En este mismo sentido, respecto del abuso de confianza, es contundente que debe determinarse la persona o personas contra las cuales se endereza la querrela, pues resultaría insuficiente la utilización de la frase "quien o quienes resul-

ten responsables", dada la naturaleza del delito que como ya quedó referido en el capítulo anterior, el agente del delito recibe en precaria tenencia el bien mueble que ha de ser objeto de apropiación indebida por parte del ofendido, en consecuencia, éste se encuentra en aptitud de precisar al autor - o autores del hecho y contra los cuales ha de exigir la aplicación de la sanción penal, lo cual no justifica la omisión en el señalamiento expreso de las personas probables responsables del delito.

PERSONALIDAD DEL QUERELLANTE

De acuerdo al sistema penal y procesal al que se encuentran regidos los delitos perseguibles a instancia de parte, entre los que se ubica el de abuso de confianza, se impone dentro del artículo 16 Constitucional el requisito de la querella, figura muy diferente a la denuncia, el cual es el otro medio que posibilita la investigación y persecución de los hechos con apariencia de delitos. Es importante el precisar quién es la persona que se encuentra legitimada para la presentación de la querella y por ende la única que se encuentra en posibilidad de estimular el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, titular de la acción persecutoria.

El autor argentino Rubianes señala que querellante es: "el ofendido o agraviado por el delito, sujeto del proceso penal que en calidad de parte interviene como acusador, aunque en función pública, ejerciendo la acción penal. Se distingue, según que se ejerza la acción pública o privada. El querellante por delito de acción pública es el que actúa promiscuamente con el fiscal; también se le denomina querellante conjunto. Mientras que si la acción es privada, se trata de una querella exclusiva, pues en estos casos no interviene el fiscal en el ejercicio de esa acción".⁸⁸

Un querellante así entendido, no tiene cabida en nuestro sistema procesal, en el cual se insiste, la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, en todos los casos; esto es, no hay delito de acción pública y de acción privada. Lo que es indudable es la existencia del querellante como informador necesario, cuya ausencia implica la imposibilidad de investigar y consecuentemente de ejercitar la-

⁸⁸ Rubianes F., Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, - II, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, p.p. 41 y 42.

acción penal respecto de los hechos perseguibles a instancia de parte, ya que no estaría satisfecha la condición de procedibilidad de la querrela que impide al Ministerio Público -- el ejercitar la acción penal por el delito, sin necesidad de entrar al estudio de fondo, estando igualmente incapacitados los tribunales para instruir el proceso y condenar al presunto agente del ilícito so pena de conculcar las garantías individuales y los derechos tutelados en beneficio de los gobernados. No hay duda también que en México no existe el -- querellante conjunto y menos el autónomo, en todo caso durante el proceso el ofendido se constituye como coadyuvante --- del Ministerio Público.

En México, el querellante es un sujeto que en atención a que la acción penal es pública y la persecución de -- los delitos atribución del Estado, es tan sólo un especial - informador, indispensable para ciertos hechos, y que debe satisfacer las condiciones especiales de personalidad que la ley requiere. En este sentido el Maestro Sergio García Ramírez dice que: " a diferencia de los delitos perseguibles de oficio, que pueden ser denunciados por cualquiera, los sancionables a instancia de parte sólo pueden serlo si el querellante satisface el requisito de procedibilidad que la ley - ha puesto en sus manos. Por la misma virtud, sólo ciertas - personas pueden actuar en un procedimiento a título de querellantes." 89

En este orden, me permito citar las siguientes ejecutorias relativas a la personalidad del querellante:

PERSONALIDAD, ESTUDIO DE OFICIO DE LA.- Es de considerarse que la legitimación para actuar dentro de un procedimiento común o administrativo, debe acreditarse previamente como presupuesto de procedibilidad de la acción ---- que se intenta, y que es facultad de toda ---

⁸⁹ Curso de Derecho Procesal Penal, Porrúa, México, 1974, cit.pos. Vela Treviño, p. 327

autoridad en la esfera de su competencia, examinar de oficio la cuestión relativa a la personalidad y comprobar que quien actúa tiene interés en el derecho o bien controvertido; y el desechamiento de una pretensión que no cumple con los indicados presupuestos de procedibilidad no implica indefensión ni consiguiente violación de garantías, pues quien quiera poner en movimiento los órganos jurisdiccionales o administrativos, tiene oportunidad previa de satisfacer las condiciones legales que para lo grar dicho movimiento se exigen.

Amparo en Revisión 582/1969. Lower California-Fisheries Association. Julio 25 de 1969. Mayoría de votos. Ponente: Mgdo. Arturo Serrano -- Robles.

Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa.

El distinguido profesor Raúl F. Cárdenas respecto de la facultad para formular querrela es igual a referirse a : - " poner el ofendido los hechos en conocimiento del Ministerio Público para que se ejercite la acción penal en contra de los autores del hecho descrito por la Ley Penal, es decir, -- tratándose de ciertos hechos, adquiere el derecho de dar la 'notitia criminis' al Ministerio Público; esas personas son los ofendidos, titulares de la querrela, y los hechos que la ley ha valorado que sólo pueden ser motivo de persecución habiendo querrela . Se trata, en síntesis, de un especial informador, de un denunciante con especiales características".⁹⁰

Queda así precisado que en el sistema mexicano admitiéndose la figura del querellante la limita a ciertos hechos y a las personas. Los primeros son los específicamente consignados en la ley (abuso de confianza, rapto, injurias y --- otros) y las personas son precisamente los titulares del derecho afectado.

⁹⁰ Estudios Penales, Editorial Jus, México, 1977, p. 322.

No obstante la titularidad de la querrela en favor - del ofendido, la acción nunca deja de ser del Estado y ejercitable al través del Ministerio Público, porque este es el sentido del artículo 21 Constitucional.

Relativo a la titularidad del derecho ofendido y por ende la posibilidad de formular querrela, se cita la siguiente ejecutoria sustentada por los Tribunales Colegiados:

QUERRELLA. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. DEBE -- FORMULARLA QUIEN SUFRA EL DAÑO EN SUS INTERESES O SU REPRESENTANTE LEGAL.- Aun cuando el chofer que manejaba el autobús, manifestó, ante la autoridad investigadora, que se querellaba por el delito de daño en propiedad ajena contra la detenida o quien resultare responsable, no puede darse a esta manifestación el carácter de una querrela, pues ésta necesariamente debe provenir del sujeto lesionado directamente en su patrimonio, que, en el caso sería el propietario del autobús. De acuerdo con el artículo 62 del Código Penal, cuando por imprudencia se ocasiona únicamente daño en propiedad ajena que no sea mayor de diez mil pesos, sólo se perseguirá a petición de parte. Luego, con respecto al daño en propiedad ajena relativo al autobús en cuestión, no pudo haberse ejercitado legítimamente la acción penal, y, por ende, tampoco se justifica el auto de sujeción a proceso.

Amparo en Revisión 67/1976. Lia del Pilar Sánchez. Julio 30 de 1976. Unanimidad de Votos.- Ponente: Víctor Manuel Franco.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer-Circuito.

El tratadista mexicano Marco Antonio Díaz de León -- sostiene el criterio que: "la acción en lo penal, para su correcto ejercicio, requiere de ciertos requisitos de procedibilidad que pueden ser resumidos básicamente en: cuerpo del delito y presunta responsabilidad del inculpado, agregando el - de la querrela, para aquellas causas que sólo son perseguibles

a instancia del agraviado. Luego, de lo referido se infiere que en nuestro Estado existe monopolio del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, aún en los delitos que necesitan de la querrela para consignarse al organo jurisdiccional".⁹¹

No estamos de acuerdo en que la naturaleza jurídica de la querrela sea similar a la del cuerpo del delito y la -- presunta responsabilidad como presupuestos, sin embargo, se -- concluye correctamente que el ejercicio de la acción penal -- por los delitos, aún los perseguibles por querrela, es facultad monopolística del Ministerio Público. En apoyo a lo ante rior, se cita la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justi cía de la Nación en su Primera Sala:

ACCION PENAL.- Aun cuando el delito que se persiga sea del orden privado, la acción penal correspondiente sólo puede ejercerse por el Minis terio Público ante los Tribunales, teniendo só- lo la parte ofendida el derecho de presentar su querrela ante el representante de aquella insti tución, pues el artículo 21 Constitucional ha - bla de los delitos en general, y no hace distin ción alguna sobre si son del orden privado o -- del orden público.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epo ca. Tomo XIII, Página 924. Cortés Bautista -- María Esther.

La querrela considerado como requisito indispensable exige que sea formulada como se ha dicho por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por querrela, se ha estimado que es más relevante el interés particular que el da ño sufrido por la sociedad en la comisión de los delitos espe ciales, esto es, en los delitos de querrela no es eficaz actuar- oficiosamente, porque con tal proceder, podrían ocasionarse al ofendido mayores daños. En este sentido se han manifestado en contra de la existencia de delitos de querrela, diversos auto-

⁹¹ *Teoría de la Acción Penal, cit. por, Vela Treviño, Sergio; - La Prescripción en Materia Penal, p. 327*

res que fundamentalmente sustentan que el Derecho Penal debe tomar en cuenta intereses sociales y no abrazar situaciones - que importen características exclusivamente particulares, y - si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse in - dependientemente de la opinión del ofendido del delito; y si - por el contrario el acto no afecta el interés social o el mis - mo es tan tenue que desaparece ante la presencia del interés - particular, entonces tal hecho no debe tipificarse en la órbi - ta del Derecho Penal.

Especial interés revistió hasta el año de 1965 la - cuestión relativa a si los mandatarios de las personas fisi - cas y representantes legales y mandatarios de las personas mo - rales podían querrellarse por los delitos de abuso de confian - za perpetrados en contra de sus mandantes y representadas. - Este interés especial surgió por el hecho de que en las reso - luciones de algunos tribunales se sustentaron tesis de que -- para perseguir los delitos de abuso de confianza perpetrados - en perjuicio de personas físicas o morales, la querrela debía presentarse por quien tuviera poder especialísimo al efecto y otorgado con posterioridad a la comisión del delito, en este - sentido, se transcriben las siguientes tesis de la Primera Sa - la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

QUERRELLA EN DELITOS DE ABUSO DE CONFIANZA. ---
El artículo 120 del Código Federal de Proce - dimientos Penales expresa que para presentar - querrela por delitos que se persiguen median - te ese requisito, podrá admitirse apoderado - jurídico sólo en los casos en que el poder -- -contenga cláusula especial e instrucciones - concretas de sus mandantes para el caso; pero cuando un apoderado no tiene instrucciones ex - presas para presentar querrela en contra de - una persona por el delito de abuso de confian - za, el vicio se purga si con posterioridad a - la querrela exhibió testimonio del poder con - ferido a él, con cláusula especial para pre -

sentar formal querrela por el delito de abuso de confianza en contra del acusado, para que ratificara la referida querrela y coadyuvara con el Ministerio Público en la tramitación del juicio penal correspondiente. El agente del Ministerio Público Federal al enviar el escrito de querrela y el poder especial referido al Juzgado de Distrito del conocimiento, hace suyo evidentemente el contenido de dicho escrito, convalidando el ejercicio de su acción persecutoria.

Amparo Directo 8716/1962 Ramón Moreno Núñez.-
 Noviembre 30 de 1964. Primera Sala, Sexta --
 Época, Volumen CI, Segunda Parte, Página 39.

QUERRELLA, REQUISITOS PARA PRESENTAR LA.-No importa que un apoderado que presentó la querrela a nombre y representación de una empresa, haya exhibido para acreditar su personalidad, un documento notarial en el que aparece le fue extendido poder general para pleitos y cobranzas con todas las facultades, aun aquellas que conforme a la ley necesitan cláusula especial, pues aun cuando la ley establezca que en tales condiciones deben considerarse conferidos los poderes generales para pleitos y cobranzas sin limitación alguna, no debe entenderse así en lo que respecta a la materia penal, porque el legislador en el ramo ha querido al exigir la presentación de poder general con cláusula especial o por lo menos la comprobación de que el mandante dió instrucciones concretas para formular la querrela, que sea fehaciente y categórica la voluntad de la persona ofendida de presentarla en determinados casos concretos, atenta la posibilidad, que en cualquier momento puede presentarse, de que no sea conveniente por causarle mayores perjuicios de los ya recibidos por el delito, la presentación de la querrela.

Amparo Directo 7307/1962. Jaime Ortega Rodríguez. Enero 20 de 1962. Primera Sala, Sexta Época, Volumen CIII, Segunda Parte, Página 34.

Jiménez Huerta al realizar la crítica a las resoluciones determinadas antes de la reforma de 1965, señala que:-- "No existen bases jurídicas en nuestro ordenamiento positivo-desorganizando anárquicamente los institutos de la representación v el mandato. Pues en primer término, ese poder especialísimo a que en dicha tesis se hacía referencia, era una artificiosa creación convicta de irrealdad privatística, pues el Código Civil (2553) sólo reconoce los poderes generales -- y los especiales, y en los generales "basta que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna" (2554 y -- 2587 párrafo último); en segundo lugar, era un paralogismo -- inaceptable, sostener, como se hizo que un poder general civil no es apto para deducir acciones penales ni formular querrelas de carácter penal en nombre del mandante, porque tal poder sólo es válido para asuntos civiles y porque la materia penal se rige por el Código Penal y de Procedimientos Penales, que son de derecho público y no por el Código Civil que es de derecho privado, pues el mandato y la representación jurídica de las personas físicas y morales es materia estrictamente privatística regida exclusivamente por las leyes civiles y -- mercantiles, sin que cambie su naturaleza propia, el hecho de que la representación o el mandato se ponga en función en un asunto penal".⁹²

Los criterios que han quedado referidos en las ejecutorias transcritas, fueron modificados a partir de la reforma del 2 de Enero de 1965, en la cual fue modificado el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales y por decreto de 8 de Noviembre del mismo año, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, -- siendo actualmente resoluciones muy divergentes a las señaladas. En apoyo de lo anterior, me permito citar textualmente los siguientes criterios:

⁹² Cr. Jit., p.p. 129 y 130

QUERELLA, PRESENTACION DE LA. POR REPRESENTANTES, ES VALIDA SI NO LA OBJETA EL REPRESENTADO.- Si a nombre de la persona ofendida lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela si no hay oposición del ofendido, pero no puede extenderse el caso de --- las querellas presentadas por representantes apoderados de personas morales o jurídicas.

Amparo en Revisión 508/1969. Septiembre 13-de 1969.

Tribunal Colegiado del Segundo Circuito --- (Toluca).

ABUSO DE CONFIANZA. QUERELLA NO LEGITIMADA.- En términos de lo preceptuado por el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, las querellas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para formularlas, por lo que sí en su carácter de PRESIDENTE DE LA COMISION DE ADMINISTRACION Y SOCIO DELEGADO DE LA SOCIEDAD LOCAL DE CREDITO EJIDAL DE R.I. DEL MUNICIPIO DE MATAMOROS, el querellante acompañó diversos documentos que en todo caso tienen eficacia para probar su personalidad, la existencia del contrato de apertura del crédito y la disposición del quejoso de la cosecha que formaba parte de la garantía real, la querrela que formuló carece de legitimación.

Amparo Directo 3319/1970. Santiago Rodríguez López. Marzo 10 de 1971. Primera Sala, Informe de 1971, Página. 28.

PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

Han quedado referidas las doctrinas más sobresalientes en el Derecho Comparado, acerca de la naturaleza jurídica de la querrela, destacándose como premisa imperativa para conocer el fundamento de las mismas, el tipo de legislación interna que hay en cada país respecto de los delitos objeto de sanción, ya sean estos de orden público, semi-público o de carácter privado, situación que ha de influir de manera notable al momento de estimar si la querrela constituye una condición objetiva de punibilidad, un presupuesto procesal, ya sea de la relación jurídica o de la sentencia de fondo, o una condición de procedibilidad, teorías que básicamente han prevalecido.

Es ostensible que la naturaleza jurídica de la querrela ha de ubicarse en la esfera del Derecho Procesal Penal y no en el derecho sustantivo, en el cual se construyen básicamente las condiciones objetivas de punibilidad.

Es claro también, que las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la acción penal que existen en las diversas codificaciones, han motivado la pluralidad de corrientes doctrinales, pues lógicamente no es similar el tratamiento en aquellos países, en cuyo sistema procesal, la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, monopolizando la posibilidad de su ejercicio o desestimación, otorgándose en este tipo de legislaciones respecto del ofendido del injusto, la restringida actuación de dar la "notitia criminis", es decir, poner en conocimiento de la autoridad investigadora y persecutora, la posible comisión de un delito, sin que haya intervención en la determinación del ejercicio de la acción penal, dado el principio de oficialidad imperante, quedando únicamente limitado el Ministerio -

Público, en aquellos delitos perseguibles a instancia de parte. En este supuesto, el ejercicio de la acción penal, está subordinado a la previa existencia de la querrela. Las circunstancias antes descritas, no pueden ajustarse en consecuencia, a sistemas en donde toda persona ofendida por el delito puede ejercitar la acción penal en igualdad de condiciones -- que el Ministerio Fiscal.

Son muy cuestionables las argumentaciones de la -- teoría que considera a la querrela como una condición objetiva de punibilidad, aun sin atender a las reglas relativas --- a la acción penal y a la institución y personas que tienen -- la posibilidad de su ejercicio. Partiendo de la definición -- establecida por Rittler, al concebir a las condiciones, como parte integrante del injusto, pero fuera de la esfera de la -- antijuricidad y culpabilidad, por tanto son requisitos que se surten con posterioridad al hecho que da origen al delito, -- en esa virtud, la querrela no puede considerarse como una con dición objetiva de punibilidad, pues para su existencia presupone un delito ya realizado con todos sus elementos que no ne cesitan ser perfeccionados mediante la interposición de la -- querrela. Por el contrario, las condiciones objetivas sí --- constituyen partes integrantes del ilícito.

Concluyendo, la existencia de una conducta que reuna los elementos integradores de un tipo penal, es anterior e independiente a su denuncia, mediante la interposición de la querrela, misma que sí ha de influir como condición para que se persiga y en su caso se sancione la conducta. Además la -- querrela no puede ser elemento del delito, por cuanto a que -- este, "el delito" se verifica con independencia del conocimiento del pasivo, y porque, como ya se ha anotado, el hecho delictuoso ya tuvo evento, constituyéndose la querrela en un ac to posterior, incluso se llegaría al extremo de considerar -- que no sólo la querrela sería una condición objetiva de punibilidad, sino también la acción penal y el proceso penal mis-

mo, porque de ellos dependería el que se castigue o no al autor del hecho delictuoso, argumento que constituye uno de los fundamentos de esta corriente.

En este sentido, es ostensible que la querrela tiene una orientación fundamental hacia la perseguibilidad del delito y no a la aplicación de la sanción, que deviene de la conducta del delincuente, conducta que es perseguida al través de los mecanismos procedimentales establecidos por la ley y de los requisitos que condicionan tales mecanismos.

Por otra parte, la omisión de la querrela, definitivamente no cuestiona el hecho delictuoso en cuanto al fondo, sino tan sólo se constituye en un problema formal que sólo -- ha lugar a la reposición del procedimiento, y que una vez hecha la determinación de inexistencia de esta condición de procedibilidad, no resuelve sobre la antijuricidad, culpabilidad o tipicidad de algún delito, por el contrario, no agotado el presupuesto de la querrela, el Ministerio Público se encuentra impedido para ejercitar la acción penal (en los países -- en donde tal función es exclusiva del Ministerio Público), -- sin necesidad de entrar el estudio de fondo, estando igualmente incapacitados los tribunales para instruir al proceso y -- condenar al presunto agente del ilícito, toda vez que la querrela en este tipo de delitos, constituye el estímulo jurisdiccional, en consecuencia no puede ser considerada como una condición objetiva de punibilidad, puesto que estas condiciones atienden al fondo del delito, y el hecho de que fuera sobreseído un proceso por omisión de la querrela, daría lugar -- a declarar la inexistencia del delito, lo cual evidentemente no es correcto, por el contrario como la naturaleza jurídica de la querrela no es el de una condición objetiva, el sobreseimiento se da por razones de forma, esto es, la nulidad de actuaciones.

Asimismo en las legislaciones en las que se encuentran sancionados delitos semi-públicos y privados, el hecho --

de que el particular esté posibilitado al ejercicio de la acción penal, no significa que mediante la interposición de la querrela se integre el delito, por el contrario, únicamente se manifiesta la condición de que el ofendido tenga la pretensión penal en este tipo de delitos, concediéndole exclusivamente la facultad de decidir la iniciación de un proceso o su extinción, quedando al margen de su valoración subjetiva, la existencia del delito.

Respecto de las doctrinas que sostienen la naturaleza mixta de la querrela, es decir, que atiende al fondo y al proceso, no constituyen una alternativa de solución, ya que la querrela como acto posterior al hecho delictuoso no afecta la subsistencia y existencia de la conducta, por tanto, concluir que reúne el carácter de presupuesto del delito y de condición objetiva de punibilidad, es inadecuado por ser términos excluyentes entre sí.

Corriente que presenta puntos muy interesantes en cuanto a su discusión, es la que considera a la querrela como un presupuesto procesal en oposición a la condición de procedibilidad, sobre todo en aquellas legislaciones en las que se contemplan delitos del orden semi-público y privado.

Los presupuestos procesales son considerados como aquellos actos y antecedentes necesarios que le dan origen al proceso penal, o bien como lo dice Chiovenda, son aquellas condiciones formales, por virtud de las cuales nace la obligación del órgano jurisdiccional de estudiar y resolver la cuestión objeto de la querrela. Por ello concluye esta corriente, que la noticia de la comisión de un delito (notitia-criminis) constituye el contenido de la acción penal en los delitos privados, es por ello que no se puede concebir a la querrela como un presupuesto o condición en el ejercicio de la acción penal, sino propiamente constituye un presupuesto del proceso penal, la querrela es pues, en este tipo de codi-

ficaciones mas que una condición u obstáculo de la acción penal, es el ejercicio de la acción penal misma, manifestada -- como la pretensión punitiva del ofendido, estimulando de esta manera la incoacción del proceso penal.

Es también evidente que únicamente el juez puede -- desestimar la querella, consolidándose el hecho de que esta - institución únicamente es un acto previo al mismo proceso penal, por lo que no cabe la determinación e intervención del - Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, como - acontece en otros países, en ellos el nuestro.

Es claro pues, que los Ordenamientos Procesales Penales legitiman exclusivamente al sujeto pasivo para ejercitar la acción penal en los delitos semipúblicos y privados, y --- también para el sostenimiento de la pretensión penal, esa legitimación activa confiere al particular ofendido, la facultad de ser el único árbitro de la iniciación del proceso o de su extinción.

Por las razones expuestas, tiene una particular importancia esta teoría que determina la naturaleza jurídica de la querella como presupuesto procesal, aunque restringiendo - sus alcances a aquellos países en donde se otorga el "ius puniendi" a los particulares, no otorgando la facultad exclusiva al Ministerio Público de persecución de delitos.

En referencia a la querella como condición de procedibilidad, esta debe considerarse como presupuesto, pero no - como parte de los elementos objetivos (tipo penal, partes del proceso, etcétera) que dan surgimiento no a la relación procesal ni al proceso (presupuestos procesales), sino como actos-necesarios y previos al ejercicio de la acción penal, tal tesis sustentada por la Doctrina Italiana, seguida en nuestro país, se constituye en manifestaciones de voluntad de los ---

ofendidos del delito, las cuales subordinan la actividad del Ministerio Público, porque en su ausencia obstaculizan y restringen el ejercicio de la acción penal. Debe advertirse que esta doctrina fundamentalmente se orienta a aquellos sistemas procesales, en donde la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, sin que estén posibilitados los ofendidos en los delitos perseguibles a instancia de parte, a ejercitar directamente la acción penal, pues ésta tiene el carácter de pública, y solo un órgano del Estado funcionando como autoridad lo puede verificar. En las legislaciones modernas, la evolución ha sido tendiente a considerar la acción penal como derecho exclusivo del Estado, pues se considera que los delitos dañan directamente un interés social, en consecuencia la legitimación para desarrollar la actividad dirigida a promover su castigo, es al través del Ministerio Público o los órganos identificados a este.

La querrela se constituye en un requisito presupuestal de la acción penal, cuya omisión dará lugar a la imposibilidad del Ministerio Público para ejercitar la acción penal y al juez una vez que se haya instruido indebidamente un proceso, de continuarlo y de condenar al activo del injusto, pues no se surte el deseo del legitimado para pedir la investigación y persecución del delito, reiterando que la omisión de la querrela, niega la posibilidad del estudio y resolución del fondo, por cuanto a que es un requisito formal.

Es de considerarse que en este tipo de sistemas procesales, no hay identidad entre el titular de la acción persecutoria y el querellante, pues la acción penal es monopolio absoluto del Ministerio Público, en cambio la querrela es una facultad que le corresponde al titular del derecho ofendido, que puede ser un particular, una corporación o el Estado mismo, -- según sea el hecho motivador de la afectación del interés protegido por la norma.

Ya se precisaba que la acción penal constituye el pre supuesto del proceso penal, acción penal que no se ejercita mediante la querrela en nuestra codificación, teniendo ésta, el carácter restringido de condicionar la acción mediante la noticia criminis y el deseo de castigar al comisor del ilícito, por tanto únicamente estimula o limita al Ministerio Público en el conocimiento, estudio y resolución de su ejercicio, pues en tanto no se haya formulado la querrela, el Ministerio Público debe abstenerse de investigar y ejercitar la acción penal, so pena de que las actuaciones practicadas sean nulas, en tal virtud, la querrela es un factor de disminución al principio de estatización del "ius puniendi", ya que en cierta forma, el poder-deber del Estado, se encuentra sometido a la voluntad del ofendido.

El abuso de confianza dentro del Código Penal para el Distrito Federal y en la mayoría de las legislaciones estatales, es un delito perseguible a instancia de parte, por lo que exige la existencia de la previa satisfacción de la querrela como condición de procedibilidad, querrela que únicamente puede provenir del titular del derecho ofendido.

Atendiendo a las consideraciones antecedentes, el Derecho Penal Mexicano en lo relativo a la querrela, se encuentra imbuido de las reglas y espíritu que se contienen en la Doctrina Italiana, como se advierte en la Carta Magna, en los dispositivos 16 y 21, en los que se concede al Agente del Ministerio Público la atribución exclusiva de investigación y persecución de los delitos, teniendo en consecuencia la acción penal el carácter de pública, limitando su actuación en los delitos perseguibles a instancia de la querrela, en los cuales se exige la intervención del ofendido como informador de la "notitia criminis", debiendo manifestarse el deseo de que se castigue al autor del hecho posiblemente delictuoso, en este caso la acción penal no es oficiosa, pues debe esperar para su ejercicio la iniciativa privada del querellante.

Debe considerarse la legitimación de la persona que actúa como querellante, la cual requiere la previa acreditación para que se surta la condición de procedibilidad de la acción penal, siendo facultad y obligación de la autoridad en la esfera de su competencia, examinar de oficio la cuestión relativa a la personalidad y comprobar que, quien actúa es el titular del derecho ofendido o bien, que cuenta con facultades suficientes para actuar en su representación, por tanto, quien no cumple con el indicado presupuesto, no tiene la posibilidad de poner en movimiento la función jurisdiccional.

A mayor abundamiento, debe concluirse que quien presente la querrela debe ser la persona que resulte afectada directamente en su interés jurídico por los hechos configuradores de la infracción, querrela que puede ser presentada por apoderado con facultades suficientes, de tal suerte que la querrela presentada por quien no resulte ser el titular de los intereses afectados, trae como consecuencia su ilegal presentación e incapacita al Ministerio Público en la investigación y ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, en lo relativo a la personalidad, debe decirse que carecía de base lógica y jurídica el criterio que consideraba la necesidad, en los casos en que la querrela se presentara por medio de apoderado, se requiriera que el mandato otorgado contuviera cláusula especial e instrucciones concretas del mandante y que fuera fehaciente y categórica la voluntad de la persona ofendida para los casos concretos, considerando insuficiente el poder general para pleitos y cobranzas con todas las facultades, aún aquellas que conforme a la ley requieren cláusula especial, criterio superado con las reformas hechas a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Con relación a las formalidades que debe contener -- la querella, ya se han precisado algunos de los criterios más sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -- y de los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales según -- se ha visto, expresan algunas notas contradictorias en sus -- fundamentos.

Con independencia de que se encuentre satisfecho -- el problema de la legitimación del querellante, esto es, que sea el ofendido del delito o su mandatario, quienes den la -- "notitia criminis", es decir, poner en conocimiento de la autoridad un hecho posiblemente delictuoso, debe manifestarse -- el deseo de que se ejercite la acción penal en contra de persona determinada.

Considero necesaria la manifestación de que se de -- sea el ejercicio de la acción penal, atendiendo al hecho de -- que el Ministerio Público en los delitos perseguibles a petición de parte, requiere la excitativa del ofendido, pues no -- obstante de que no es exigencia la utilización del término -- expreso de "querella", el hecho de ocurrir a una autoridad -- y puntualizar hechos, es insuficiente para que se estime como querella, pues no se manifiesta la voluntad específica del pa -- sivo de que se persiga al autor del hecho, pues de otra manera, únicamente se constituiría en una denuncia de hechos, e -- interpretando que el sólo relato de hechos tiene el carácter de querella, haría intrascendente la distinción de estas dos -- instituciones, no justificando en esa virtud su reglamentación.

En este mismo sentido, debe determinarse la persona o personas contra las cuales se endereza la querella, pues de -- be estimarse insuficiente e incorrecta la utilización de la -- frase "quien o quienes resulten responsables", dada la naturaleza del delito de abuso de confianza, que como ya se ha refe -- rido en el capítulo anterior, el autor del delito, recibe en -- precaria tenencia el bien mueble que ha de ser objeto de inde

bida apropiación por parte del ofendido, en consecuencia, éste se encuentra en aptitud de precisar al autor o autores del hecho y contra los cuales ha de exigir la aplicación de la sanción penal, por lo que no se justifica la omisión en el señalamiento expreso de las personas probables responsables del delito.

La omisión de tales requisitos acarrea la inexistencia de la querrela, pues el ofendido no la formula en forma legal, en consecuencia, no puede perseguirse al autor del hecho, careciendo de base el proceso penal, en el supuesto en que indebidamente el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal.

CAPITULO TERCERO

DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES

LA POSESION PRECARIA COMO PRESUPUESTO MATERIAL

En referencia al delito de abuso de confianza, el artículo 382, exige como presupuesto de la conducta típica -- que al sujeto activo se le haya transmitido la tenencia de un bien mueble ajeno. Esta condición necesaria exige que previa mente al abusario se le haya trasladado la posesión de un -- bien a título de simple tenencia, lo que constituye el presupuesto material del ilícito.

El objetivo, es pues determinar los alcances de la posesión y sus características, para que pueda considerarse -- satisfecho este presupuesto básico. Remitiéndonos a la evolu ción histórica que ha tenido dentro de nuestra Legislación la posesión, debe decirse, que tanto el Código de 1870 como el -- de 1884 en materia civil, dan la definición contenida en los -- siguientes términos: "posesión es la tenencia de una cosa -- o el goce de un derecho por nosotros mismos, o por otro en -- nuestro nombre".

El Código de 1870 en su parte expositiva señalaba:-- "El título de posesión, de suyo tan difícil, fue objeto de -- largas y maduras discusiones. Es ya casi un principio de -- buena jurisprudencia el de omitir las definiciones que siem-- pre son peligrosas, y de cuyos términos suelen deducirse con-- secuencias tan arbitrarias como perjudiciales". Dentro de -- estas reglamentaciones, ya se consideraban los elementos clá-- sicos "el corpus" y el "animus", nuestra Legislación suprime-- para definir a la posesión, el que se realice en -- concepto de dueño, ya que consideraron que no toda forma de posesión im-- plica el "animus domini"; puede ocurrir que sólo exista el -- "animus rem sibi habendi", es decir el de tener la cosa para-- sí, gozarla en nombre propio. Además no quiso limitarse la -- posesión solo al goce de la propiedad, sino que quiso admitir se que se poseyeran otros derechos reales y personales.

El Código Civil vigente, en su dispositivo 790, da la definición de poseedor propiamente, y no la posesión, al estatuir que: "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de -hecho. . ." . El artículo 793 nos habla de una posesión subordinada que implica la detentación de -- una cosa al indicar que: "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.

En la Doctrina clásica y bajo la anterior legislación civil, no podía haber posesión como consecuencia de un derecho personal, había una simple detentación material, actualmente se otorga el derecho de posesión cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa - concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son -- poseedores de la cosa. El que la posee a título de dueño o propietario, tiene una posesión originaria, el que recibe la cosa a virtud del acto jurídico, tiene una posesión derivada del bien.

Nuestro Código utiliza la terminología del Código Suizo, al distinguir las clases de posesión, por una parte - la originaria cuando se posee en concepto de dueño, y la derivada, cuando se retiene la cosa temporalmente en virtud de un derecho real o personal.

El Maestro Rojina Villegas, define la posesión en los siguientes términos: "la posesión es un poder físico -- que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa -- para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia,-

como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho:⁹³

El tratadista mexicano Antonio De Ibarrola establece los elementos de la posesión:

a).- Poder Físico: No es un poder jurídico, ni necesita serlo para existir: este poder físico constituye el corpus.

b).- La posesión implica la ejecución de actos materiales con el propósito de aprovechamiento o custodia. Este propósito o fin, constituye el animus posesorio. No se trata pues, del animus domini o animo de dueño, que sólo es peculiar en la posesión originaria. Tampoco se trata del propósito de apropiación económica, porque éste no existe en el simple aprovechamiento o custodia de bienes ajenos. El animus en nuestro derecho consiste, en el propósito de ejercer el poder físico para la explotación o la custodia de los bienes.

c).- El poder físico puede ser consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho. En el primer caso podrá existir el derecho real o personal, porque el título es válido; pero también podrá existir el poder físico aun cuando el título sea putativo o viciado. En el segundo caso, cuando el poder físico es consecuencia de una situación contraria a derecho, la causa eficiente podrá ser un delito o un hecho ilícito, y en ambos casos el derecho reconoce sin embargo consecuencias jurídicas a ese simple hecho: la posesión delictuosa puede realizarse con animus domini, y ser apta para la prescripción.⁹⁴

En la esfera penal, la posesión no es un elemento material del delito, sino una condición lógica o presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción no puede registrarse, su ausencia hace imposible el delito de abuso

⁹³ *Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, México, 1947, p. 365*

⁹⁴ *Conas y Sucesiones, México, Unión Gráfica, 1977, p. 148*

de confianza. No puede disponerse de una cosa mueble, cuyo control no ha sido confiado o asignado al sujeto activo. El delito de abuso de confianza viola la finalidad jurídica y seguridad prestada a la gente, como delito patrimonial se manifiesta al vulnerarse el derecho a la posesión de la cosa, que forma parte del patrimonio de las personas. En conclusión -- para que sea lógicamente posible el delito, es menester que se haya producido la simple transmisión de la tenencia y no la del dominio de la cosa mueble.

El maestro Pavón Vasconcelos, al referirse a este presupuesto material, indica que: "salta a la vista que en este delito encontramos un elemento material referido a la conducta del sujeto activo, que tiene existencia anterior al desarrollo de la actividad típica y sin el cual no es posible que el delito encuentre vida; tal situación previa es la de que el sujeto tenga la tenencia de la cosa de la cual dispone, sin que la misma implique la posibilidad de ejecutar actos de dominio. En tal virtud, dicha tenencia constituye un presupuesto especial, referido a la conducta del agente, de naturaleza material".⁹⁵

El también tratadista mexicano Octavio Carrete Herrera se expresa en este sentido: "debemos estimar que en nuestro derecho, la tenencia de la cosa mueble, constituye el presupuesto material del hecho en el delito de abuso de confianza, en virtud de que el sujeto activo del mismo no podría realizar la conducta típica en que este delito consiste, si previamente no existiera entre el y la cosa objeto del delito, aquella vinculación material que constituye la tenencia o posesión de la misma".⁹⁶

Maqqiore al estudiar esta importante cuestión, expresa que: "en la apropiación indebida no se requiere una po-

⁹⁵ Op.cit., p. 92

⁹⁶ Apuntes de La Parte General de Derecho Penal, II, México, - 1959, p. 25.

sesión legítima y mucho menos posesión de buena fe, basta una posesión natural o precaria, caracterizada por el animus sibi habendi (la intención de apropiarse de una cosa), aunque no es suficiente cualquier tenencia material y momentánea de la cosa. De la simple tenencia material, no acompañada de intención de retener, que sea trocada en propiedad por el agente, no pueden hacer apropiación indebida, sino hurto. La tenencia es siempre a nombre ajeno y nada tiene que ver con la posesión que presupone el animus sibi habendi".

En este mismo sentido, Cuello Calón considera que "la apropiación supone que el culpable se halle en posesión de la cosa, a virtud de un acto de transmisión del dueño, mediante el cual éste haya expresado su ánimo de despojarse de tal posesión".⁹⁸

El maestro Pavón Vasconcelos en su obra ya citada, concluye que: "sólo en cierto sentido tenencia y posesión son términos sinónimos, pero debemos, sin embargo, declarar el mayor alcance del segundo. En efecto, para confirmar lo anterior, basta la lectura de los artículos 790, 791, 793 y 798 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; -- el primero declara que es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793 . . . el que posee a título de dueño tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada; el tercer artículo niega el carácter de poseedor a la persona que tiene en su poder una cosa a virtud de la situación de dependencia en que se encuentra con relación al propietario de ella y la retención la verifica en provecho de este y en cumplimiento de órdenes o instrucciones que de él ha recibido; por último, el artículo 798 declara: "la posesión da al que la tiene la -

⁹⁷ Tratado de Derecho Penal, II, cit. pos., Pavón Vasconcelos,
p. 93

⁹⁸ Cit. pos., Pavón Vasconcelos, pp. 94 y 95.

presunción de propietario para todos los efectos legales . . . de lo anterior inferimos que existen dos clases de posesión: la originaria y la derivada. De ellas, es a la segunda a la que la ley se refiere bajo la expresión de tenencia, dado que el poseedor precario recibe del dueño el derecho de retener - la cosa temporalmente pero no puede ejercer sobre ella ningún acto de dominio, al contrario de lo que sucede en aquella posesión o poder de hecho que se ejerce en concepto de dueño."

99

El ya referido tratadista nacional Carrete Herrera afirma que: "cuando al referirse al presupuesto material del hecho en el abuso de confianza, nuestro Código Penal vigente emplea la palabra tenencia, se está refiriendo indudablemente a la posesión derivada que se ejerce sobre la cosa y no a la mera detentación material de la misma que no llegue a constituir posesión derivada. Es decir, para los efectos del abuso de confianza, tenencia y posesión son palabras sinónimas de acuerdo con la doctrina que acoge nuestro derecho privado". -

100

Lo antes expuesto, tiene importancia para distinguir con claridad algunos casos que pueden originar confusiones, pues en ocasiones se tiene cierto poder sobre la cosa -- sin tener posesión de la misma, es decir, se tiene la detentación material pero no un cierto grado de autonomía e independencia.

Sebastian Soler sostiene que: "son muy distintos -- el acto de entregar la cosa y el de entregar su custodia, existe custodia cuando por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la -- función, el sujeto no sólo maneja la cosa, sino que lo hace -- con un grado de autonomía expresamente concedido. Se entiende por presupuesto de la retención, la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa, de un poder legítimamente adquirido, es decir, de un poder de hecho sobre la cosa concedi

99

Op.cit., p. 93

100

Op.cit., p. 93

do voluntariamente por quien podía concederlo, lo que excluye la comisión del abuso cuando la cosa es simplemente manejada por un tercero, dentro de la esfera de vigilancia del dueño, del tipo representado por las acciones del doméstico, ya que en este caso no hay poder de hecho sobre la cosa".¹⁰¹

Carrara afirma que: "no puede existir truffa cuando el propietario, conservando la vigilancia personal de la cosa, demuestra claramente que no quiere perder la posesión".¹⁰²

Por lo expuesto, son identificables los términos de posesión derivada y precaria como presupuestos materiales del delito, la diferencia surge de la valoración de estos supuestos, se considera precaria la posesión, atendiendo a la obligación del tenedor de restituir la cosa, es decir es una posesión temporal, en tanto que la calificación derivada es en función de que la posesión del objeto se recibe a virtud de un acto jurídico por parte del propietario o de quien legítimamente puede disponer, incluyéndose a la autoridad, la posesión derivada pues, se encuentra en antagonismo con la posesión originaria.

El acto de entrega de la cosa, reviste particular importancia para determinar el título traslativo que originó la recepción de la cosa ajena, cuestión preliminar a la acción ejecutada por parte del abusario, por lo que debe conocerse, si en efecto, el sujeto pasivo tenía la cosa a resultas de un acto jurídico o contrato transmisivo de la posesión derivada, o bien, si su posesión es de tal naturaleza, que su actividad no pueda ser constitutiva del delito de abuso de confianza. En términos generales cabe decir que todos aquellos que, según ley, contrato, resolución judicial u orden de autoridad, transfieren materialmente en guarda, uso o administración de corporeidad de la cosa, son presupuestos típicos -

¹⁰¹ Cit. pos., Pavón Vasconcelos, p. 106

¹⁰² Idem., p. 107

del delito de abuso de confianza. Este delito, por tanto, - puede ser cometido por quien tiene la legítima tenencia del objeto material sobre que recae en virtud de un título o acto jurídico traslativo de dicha tenencia.¹⁰³

Sobre el particular, me permito citar en forma textual las siguientes tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ABUSO DE CONFIANZA, INTEGRACION DEL DELITO DE. Una cosa es que el objeto sobre el que recae la conducta esté dentro de la esfera material del activo y muy otra el que este tenga posesión derivada de los mismos, y tan solo en este último caso se da el presupuesto técnico -- del abuso de confianza.

Amparo Directo 3526/1959. José Hernández Jiménez. Octubre 25 de 1965. Unanimidad 4 Votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A.

Primera Sala Sexta Epoca, Volumen C, Segunda - Parte, Pág. 16.

ABUSO DE CONFIANZA.- Corresponde a la procesada demostrar la comisión del robo que dice haber sufrido, y de no hacerlo, debe presumirse que dispuso, en su propio provecho o en el de tercero, de la suma de que se trata, propiedad de la querellante, quien le había transmitido la tenencia y no el dominio.

Quinta Epoca: Tomo CI, Página 2954. Hernández-Teodulo.

Primera Sala. Apéndice de Jurisprudencia 1975, Segunda Parte, 3ra. relacionada de la Juris -- prudencia Abuso de Confianza del mandatario, - Tesis 18.

¹⁰³ Favón Vasconcelos, Francisco, Op.cit., p. 101

LA RENDICION DE CUENTAS

La rendición de cuentas es otro de los presupuestos condicionantes del delito de abuso de confianza, juicio de na tural za civil que debe verificarse con antelación al proceso penal que se instruya en contra de un mandatario por el referido delito. Debe advertirse sin embargo, que dicho juicio - no puede hacerse exigible a todos los casos de mandato, sólo en determinadas situaciones contractuales, dicho juicio se -- considera como una condición previa al ejercicio de la acción penal, cuando el presunto agente del ilícito es un mandatario, y los hechos posiblemente delictuosos se ubican dentro de la esfera desarrollada en el mandato.

En términos generales, adoptando la definición esta blecida por el Código Civil para el Distrito Federal, el mandato es un contrato por virtud del cual una persona denominada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante -- los actos jurídicos que éste le encarga.

La comisión del ilícito penal del abuso de confian za por parte del mandatario, radica esencialmente en la violación a la finalidad jurídica de la materia del encargo, -- pero la sanción penal y el objeto de la tutela, no debe en - tenderse dirigido a la sanción por el incumplimiento de las obligaciones, sino por el contrario, a la disposición indebi da de los bienes entregados para la ejecución del mandato. -

El presupuesto condicionante de la rendición de -- cuentas, y la exigencia para su satisfacción se encuentra -- referido en la siguiente tesis sustentada por la Suprema --- Corte de Justicia de la Nación en su primera Sala, y que --- constituye Jurisprudencia:

ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO.- Para que - a un mandatario se le pueda considerar como -- responsable del delito de abuso de confianza, - se necesita que, al concluir el mandato, hecha la liquidación de cuentas y requerido para que

haga entrega del saldo de su cuenta no lo verifique.

		Págs.
Tomo LXI	- Peláez Angel	3343
Tomo LXXVIII	- Cuautle Florentino	20
Tomo XCVI	- Flores Arcaut Narciso	72
Tomo CI	- Corral Domene Francisco	2028
Tomo CV	- Guerra Ruiz Ignacio	2195

Jurisprudencia 3 (Quinta Epoca), Pág. 5 Volu -
men 1a. Sala, Segunda Parte Apéndice 1917-1975
anterior Apéndice 1917-1965 Jurisprudencia 3, -
Pág. 18; en el Apéndice de fallos 1917-1954 --
Jurisprudencia 6, Pág. 24 (En nuestra Actuali-
zación Penal, tesis 20, Pág. 7).

Ya han quedado referidos algunos de los criterios -
más importantes relativos al elemento perjuicio, el cual es -
indispensable para la configuración del abuso de confianza --
y su merecimiento a pena corporal, existiendo el perjuicio --
únicamente cuando el presunto responsable dispone de los va--
lores a su cargo, sabiendo que no puede restituirlos y tiene-
el propósito de no hacerlo, es - por ello que -la sola incon--
formidad del mandante respecto de algunas de las partidas del
mandatario, no basta para que nazca la acción penal en contra
de este, pues tal afirmación queda subjúdice y sujeta a las -
pruebas que en contrario pudiera ofrecer el apoderado en el -
juicio relativo a la rendición de cuentas; por tanto, no pue-
de decirse que cometió un delito de abuso de confianza, quien
no ha rendido las cuentas de su gestión o a quien no se le ha
yan pedido, pues -en esas condiciones no se está en aptitud -
de saber si sus manejos han sido fraudulentos o no, o si han-
causado algún perjuicio al mandante. Fundamentalmente estos-
son los motivos que originan la exigencia de la previa con-
clusión del juicio condicionante, atendiendo al principio de-
legalidad establecido por nuestra Carta Magna.

Es evidente, que en relación al contrato de manda--
to, se necesita practicar una liquidación definitiva, en la _
cual deben de expresarse todos y cada uno de los accidentes -

legales que hayan resultado del ejercicio del mandato, y hecha tal liquidación y siempre que se demuestre que el mandatario -- no logro el fin cometido, sino que dispuso de dinero o bienes -- en perjuicio de su mandante, entonces sí podría reputarse la -- existencia del delito de abuso de confianza. Sostener una tesis contraria equivaldría a establecer que cualquier negligencia de un mandatario o por la simple apreciación subjetiva de -- el mandante, podría reputarse como delito el ejercicio del contrato. Es por ello que se insiste que el objeto de la tutela -- penal no es el de sancionar el cumplimiento del contrato, sino -- proteger el derecho de propiedad lesionado, al verificarse -- actos de apropiación o distracción por parte del mandatario, desde luego fuera de la situación legal del contrato.

Pero además de ello, debe decirse que una vez realizada la indispensable liquidación de cuentas, debe requerirse al -- mandatario para que haga entrega del saldo y ante la negativa -- al requerimiento formal, entonces sí podría estimarse la probable responsabilidad del mandatario.

En óbito de lo anterior, debe advertirse que la existencia del juicio condicionante, sólo debe recaer a la relación contractual del mandato o administración en general en donde -- haya partidas de "debe y haber", ya que la naturaleza de este -- tipo de contrato requiere la liquidación de cuentas, con objeto de que se verifique la existencia del manejo abusivo del mandato.

Atento a lo anterior, debe considerarse el que se incluya como presupuesto del delito de administración infiel ---- (que se sugiere en las conclusiones del capítulo primero) y donde específicamente por la naturaleza de los actos objeto del -- encargo, surjan partidas de "debe y haber", consideración que debe ser literal en la legislación, pues en la práctica -- judicial, hay desconocimiento de este elemento presupuestal para el

ejercicio de la acción penal por el delito de abuso de confianza, o bien este previo juicio de rendición de cuentas, se estima incorrectamente como regla aplicable a todos los casos de mandato, lo cual no puede darse, sino solo en que por la pluralidad de actos que debe ejecutar el mandatario sean existentes partidas de "debe y haber", caso contrario es el hecho en que el mandato es específico o el negocio solo se refiere a una sola conducta que debe ejecutar el mandatario, o cuando se dispone de sumas de dinero destinadas para la aplicación en particular, siendo contundente que en estos supuestos ejemplificadores no se requiere la referida condición presupuestal.

Lógicamente existen criterios que son contrarios a la existencia de este requisito previo para la iniciación del proceso penal en contra del demandado, objeciones que fueron de alguna manera señaladas en las conclusiones del primer capítulo de este trabajo y que fundamentalmente atenden a la torpe y lenta administración de justicia en materia civil, que obstaculiza el ejercicio de la acción penal, pues muy difícilmente podría lograrse la prosecución de un proceso penal por esta clase de delitos, si se sujetara al presupuesto de la rendición de cuentas en juicio civil ordinario.

Además de lo anterior, una vez transcurrido un considerable transcurso de tiempo y para el supuesto de que la resolución del juicio fuera contraria al mandatario, la sola devolución del saldo de la cuenta, haría imposible su sanción penal.

También se arguye como factor contrario al requisito previo, la posibilidad de iniciar incidentes civiles en los procesos penales, lo que facultaría al juez penal a conocer la rendición de cuentas como incidente dentro del proceso, argumentación que sin embargo competencialmente no puede tener los alcances jurídicos del procedimiento civil.

Debe estimarse contrario al principio de legalidad, el que no tenga observancia el presupuesto de la rendición de cuentas, requisito previo que debe satisfacerse exclusivamente en la relación contractual en que sean existentes partidas de "debe y haber", porque en oposición a los argumentos anteriores, no existiría seguridad jurídica para los administrados en la ejecución de sus encargos, pues bastaría la simple apreciación unilateral del mandante para imputar el delito al mandatario, es por eso, que sólo en este caso, se requiere -- practicar una resolución definitiva en los que se manifiesten fehacientemente los detalles del mandato.

La rendición de cuentas en los términos de la Ley-- Civil por parte del mandatario, sólo procede cuando éste, --- excediéndose en el ejercicio del mandato, realiza actos lesivos para el patrimonio de su mandante, que sólo lo obligan -- al pago de los daños respectivos, pero definitivamente no --- cuando dispone indebidamente en provecho propio o de tercero, de una suma de dinero o bienes recibidos a virtud del mandato y que no lo autoriza para hacer suyos los bienes del mandante, mismos que - tiene la obligación de restituir. En el último caso, se configura el delito de abuso de confianza y resulta improcedente la excepción de rendición de cuentas, que se insiste sólo es procedente cuando existan las partidas de "debe y haber", pero es contundente que cuando no hay cuentas que hacer y el mandatario no puede justificar el destino de los bienes transmitidos en tenencia, se está en la posibilidad de -- instruir proceso penal en su contra por el delito de abuso de confianza.¹⁰⁴

En este orden, me permito citar los siguientes criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, relativos a la no exigibilidad del juicio civil de rendición de cuentas:

¹⁰⁴ And, Tesis sustentada por la 12. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Flores Areaut Narciso, T XCVI, - p. 78.

ABUSO DE CONFIANZA, MANDATO ESPECIAL PARA NEGOCIO DETERMINADO. NO SE REQUIERE PREVIA RENDICION DE CUENTAS.- En los casos en que el mandatario se apropie de los fondos que le fueron entregados por la conjunción de un negocio determinado, se configura el delito de abuso de confianza, sin que se requiera rendición de cuentas, ya que del contrato de mandato especial para negocio determinado se desprende la obligación de restituir determinada cantidad de dinero.

Amparo en Revisión 252/1973. Manuela de Jesús-Espino. Agosto 21 de 1973. Ponente: Mtro. Renato Sales Gasque.

Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villa Hermosa).

ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO.- La Primera-Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la tesis en el sentido de que para considerar a un mandatario como responsable del delito de abuso de confianza, es necesario que al concluir el mandato se efectue la liquidación de cuentas y, requerido para que haga entrega del saldo de su cuenta, no la verifique; pero si el acusado reconoció ante el Ministerio Público la documentación que se le mostró como base de la liquidación practicada por el ofendido, aun cuando afirme que el saldo a su cargo era únicamente por una cantidad determinada de la cual dispuso en su provecho, y esta confesión está corroborada con el dicho del ofendido que concuerda con lo declarado por el acusado, excepto en lo relativo al monto de la suma de dinero materia de la disposición indebida, se surten los elementos del delito de abuso de confianza.

Amparo Directo 7164/66. Sacramento Romero Andra de. Diciembre 7 de 1966. Unanimidad 5 Votos.- Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva. Primera Sala. Sexta Epoca, Volumen CXIV, Segunda Parte - Página 16.

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Aún existiendo la relación jurídica de un mandato o comisión-mercantil entre el ofendido y el inculpado, -- si se demuestra que éste dispuso en su provecho del precio de la cosa que aquél entregó para su venta, no es necesario practicar una liquidación previa para después exigirle la responsabilidad penal por el delito de abuso de confianza, ya que lo único liquidable sería el precio de la cosa vendida, del que el acusado dispuso ilegalmente.

Amparo Directo 2954/65. Jesús Gómez Reyes. --- octubre 21 de 1965. Unanimidad 4 Votos. Ponente: Mtro. Mario G. Rebolledo. Primera Sala, -- Sexta Epoca, Volumen C, Segunda Parte, Página-16.

Con independencia del juicio condicionante de rendición de cuentas, el cual se restringe al caso ya señalado, no puede procederse en contra del presunto responsable del delito, cuando no se haya verificado el requerimiento formal para la devolución del saldo de la cuenta, requerimiento que también se constituye como un presupuesto del delito.

EL REQUERIMIENTO FORMAL

En la Legislación Nacional, el artículo 384 establece la figura equiparada al abuso de confianza, que doctrinalmente es identificada como la retención indebida. En efecto, el dispositivo de cita senala textualmente: "la ilegítima -- posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ---- ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente porquien tenga derecho o no la entrega a la autoridad para que-- esta disponga de la misma conforme a la ley".

Esta figura queda comprendida dentro de la fórmula general usada por algunos Códigos, para definir la apropiación indebida, ya que apropiarse de la cosa con ánimo específico de dominio no sólo equivale a la disposición de ella sino a la ilegítima posesión como consecuencia de la negativa - del sujeto a devolverla.

El Código Argentino la reglamenta en el artículo -- 173, inciso II, como un caso de defraudación en que la acción descrita en la ley, consistente en la negativa a restituir -- o la no restitución a su debido tiempo, constituye para algunos autores, el medio que crea el estado antijurídico de la - apropiación indebida.¹⁰⁵

El autor Argentino Eusebio Gómez, considera que: -- "la falta de restitución o la negativa a restituir en el debi do tiempo, con violación de la obligación de entregar o devo lver, constituye defraudación, siempre que la negativa esté -- inspirada en el propósito de apoderarse de la cosa que se tie ne el deber de devolver, debiéndose dicha voluntad manif estar se en hechos materiales, claros, objetivos y concretos que ca

¹⁰⁵ Cfr. p. 16 presente trabajo

ractericen el animus rem sibi habendi.¹⁰⁶

Continuando en el Derecho Argentino, el connotado tratadista Ernesto J. De Ure, entonces parte del organo jurisdiccional, pronunció resolución relativa a este ilícito que fundamentalmente establece: "la negativa y el retardo son, por sí solos, insuficientes para dar vida al delito, - que, para considerarse integrado, requiere la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos compositores. La negativa es, para nuestra legislación, uno de los medios para - consumir la "apropiación", pero no es la apropiación misma, aserto este último en el que recibe el elemento material de la infracción. Prueba de lo afirmado es que, cuando la negativa se funde en motivos legítimos de justificación, no - puede hablarse de la defraudación. Y, más aún, no toda negativa, aun ilícita, es imputable para el Derecho Penal. - Para que tal negativa, que en esencia significa el incumplimiento de la obligación emergente del contrato, constituya la defraudación descrita en la norma legal precitada, es necesario que aparezca acompañada o determinada por el propósito definido, indudable, de apropiación en el agente, propósito este, que debe resultar de hechos materiales, objetivos, concretos, que revelen el animus rem sibi habendi del sujeto activo, que traduzcan la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de terceros, considerandola como propia y disponiendo de ella como dueño y no como simple tenedor, como lo es el depositario. Y esa intervención del título es el momento característico del delito, -- que no existirá hasta tanto aquella no se produzca. El elemento intelectual de la infracción en examen está dado precisamente por esa voluntad enderezada a la apropiación con fines de lucro".¹⁰⁷

Este caso de apropiación indebida, expresamente - considerado en el Código Penal Argentino como caso de defraudación, textualmente señala: "el que con perjuicio de --

otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le -- haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

El Código Penal para el Distrito Federal, configura el delito de retención indebida o equiparado al abuso de confianza, en razón de la ilícita posesión de la cosa retenida, - la que supone precisamente la tenencia y la negativa a devolverla a pesar de que el agente sea requerido por quien tenga derecho, o bien entregarla a la autoridad. De esto, se infiere que se constituye como presupuesto del delito de abuso de confianza equiparado, el requerimiento formal por parte de -- quien tiene derecho a la restitución o devolución de la cosa, presupuesto fáctico que en el evento de no satisfacerse, impide la configuración de este tipo penal.

Sebastian Soler citado por el maestro Pavón Vasconcelos, al comentar la legislación de nuestro país opina que: - "el delito puede llamarse retención indebida, porque consiste en negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo con perjuicio de otro. Esta manera de comprender la infracción - altera, sin duda, la solución de algunos casos, porque resulta indiferente, dadas las otras condiciones, que la no restitución sea el resultado de una verdadera apropiación. Si el sujeto pidió prestado -un libro por un mes, e interpelado, -- no lo devuelve en debido tiempo, es indiferente que eso ocurra porque haya resuelto quedarse con el o porque lo haya prestado por dos meses a un tercero, con orden de devolverlo después a la biblioteca. No cabe duda en este caso, de que el - autor no se ha apropiado, ha abusado, sí de su tenencia, pero en ningún momento ha tenido el ánimo de comportarse como dueño, pues constituyó al tercero en tenedor precario a nombre - del propietario".¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cit. pos., Pavón Vasconcelos, p. 128

¹⁰⁸ Cit. pos., Pavón Vasconcelos, p. 131

Al realizar la crítica al señalamiento adoptado por Sebastian Soler, el tratadista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, estima que "es contraria a la posesión de nuestra ley, ya que la ilegítima posesión debe ser necesariamente aquella que se tiene sobre la cosa con ánimo de dueño, pues la acción no consiste en el artículo 384, en la negativa a devolver, sino en el hecho de ejercer dominio sobre la cosa como si se fuera dueño de la misma. Ahora bien, como para llegar a la posesión antijurídica se requiere manifestar la voluntad mediante la negativa a devolver o a entregar, este delito es de comisión por omisión, pues sólo en virtud de la omisión que constituye incumplimiento a un mandato de hacer, derivado de un acto jurídico, se llega a la violación del deber jurídico de abstenerse contenido en la norma prohibitiva".¹⁰⁹

A mayor abundamiento, me permito transcribir en forma textual, la ejecutoria del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito:

ABUSO DE CONFIANZA, ELEMENTO ESENCIAL DEL.- El artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente: "se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley. Como puede verse de la anterior descripción, el presupuesto esencial del tipo, consiste en la posesión de la cosa acto en sí lícito, pero la negativa a devolver después del requerimiento formal, por quien tiene derecho a ella, haciéndose del conocimiento del poseedor que es ilegítima la posesión de la cosa retenida, integra el tipo delictivo que se equipara al abuso de confianza.

Amparo en Revisión RP-128-1978. C.C. del R. Marzo 30 de 1979. Unanimidad. Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

El Código, exige para la integración del delito de abuso de confianza equiparado, que la ilegítima retención de la cosa sea completada con un requerimiento formal de devolución realizado por quien a ella tenga derecho. Requerimiento formal significa y envuelve la interpelación judicial o notarial para que se devuelva la cosa, presupuesto que transforma la posesión hasta entonces lícita en ilegítima, al ponerse en conocimiento la obligación de restituir la cosa dada en confianza.

En este orden, debe advertirse la posibilidad de que el tenedor de la cosa no la devuelva en ejercicio del derecho de retención, que de acuerdo con nuestra legislación sólo lo tienen el mandatario artículo 2579 y el acreedor pignoraticio artículo 2876 fracción II. Pues aunque en el Código Civil se establece también que el constructor de cualquier cosa mueble, en virtud de un contrato de obra a precio alzado, tiene derecho a retenerla mientras no se le pague el importe y que los dueños de los hospedajes pueden retener en prenda los equipajes de los pasajeros para garantizar el pago del importe del hospedaje, tanto uno como otro caso son ajenos al problema de la retención indebida, ya que ni al constructor ni al dueño del hospedaje se les ha transmitido previamente la tenencia de la cosa. No tienen derecho a retener legítimamente la cosa cuya tenencia les ha sido previamente transferida, ni el comodatario, ni el depositario, pero para que tal retención adquiera relevancia típica en materia penal, es requisito previo que el ofendido requiera formalmente al tenedor o poseedor para que se le devuelva y éste no lo haga o no la entregue a la autoridad para que disponga de la misma conforme a la ley.

En este sentido, me permito citar las siguientes ejecutorias sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, relativos al abuso de confianza sancionado por el

artículo 384 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales:

ABUSO DE CONFIANZA POR EQUIPARACION, ES ELEMENTO DEL DELITO LA ILEGITIMA POSESION DE LA COSA RETENIDA (DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES).- Es elemento del delito de abuso de confianza por equiparación, previsto por el artículo 384 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales la ilegítima posesión de la cosa que retiene el agente.

Amparo en Revisión 81/1973 A.R.F. Noviembre-30 de 1973.

Tribunal Colegiado del Primer Circuito en -- Materia Penal.

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Establecido mediante prueba plena que el querellante ilegítimo propietario de los inmuebles relacionados con la causa, por haberlos adquirido en remate judicial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 887 del Código Civil, le pertenecen los frutos civiles de los mismos. No obstante, indebidamente han sido retenidos por el procesado, apoderado de la anterior propietaria de esos inmuebles, negándose a entregar las rentas devengadas a pesar de haber sido requerido para ello judicialmente, por lo que su conducta encuadra plenamente dentro de la hipótesis prevista por el artículo 384 del Código Penal. Sostiene el procesado que retiene legítimamente las rentas, por haber promovido la nulidad de las ventas que obtuvo el querellante en el remate judicial, así como en el interdicto de retener la posesión. Sin embargo, ambas circunstancias no privan de eficacia a las pruebas con las cuales quedó plenamente establecido que el querellante adquirió la propiedad de aquellos inmuebles. Establece el artículo 2226 del Código Civil, que: "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad . . ." A su vez, el artículo 2227 del mismo Código establece que la nulidad -- relativa "siempre permite que el acto produz

ca provisionalmente sus efectos". Asi pues, cualquiera que sea la nulidad que en la especie invoque el hoy quejoso, debe considerarse que las compraventas mencionadas producen hasta el momento todos sus efectos, entre tanto no se resuelva sobre la nulidad de las mismas, y, por ende, debe entregar al ofendido las rentas que legalmente le pertenecen y que en ejercicio de sus derechos le ha reclamado formalmente.

Amparo en Revisión 79/1973. J.F.T. Septiembre 26 de 1973. Unanimidad de Votos.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

En el apartado anterior, relativo a la rendición de cuentas, como juicio condicionante para el ejercicio de la acción penal por el delito de abuso de confianza en contra el mandatario, además de que la resolución definitiva -- en la cual se manifiesten accidentes legales del ejercicio del mandato y se concluya la violación de la finalidad jurídica de las cosas recibidas en precaria tenencia por el mandatario, es menester, para proceder en contra del agente, -- que se verifique el requerimiento formal para la devolución del saldo de la cuenta, y una vez hecho el requerimiento, -- se establezca la negativa de restitución por parte del mandatario, ya que serfa violatorio de garantías el auto de formal prisión dictado, sin haberse llenado el requisito previo del requerimiento formal. Por tanto, el momento consumativo del delito no depende de la rendición de cuentas ni de la constitución en mora por parte del mandatario, sino del hecho de no entregarse o de no restituirse el saldo de la cuenta una vez hecho el requerimiento formal.

PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

Se ha extendido el estudio del presupuesto material del delito de abuso de confianza en este capítulo, que precisamente lo constituye la tenencia o posesión precaria del --- bien por parte del sujeto activo del delito, siendo de incuestionable importancia, el precisar el alcance de la posesión - que se requiere como presupuesto material para la comisión de este ilícito, así como su significación y asimilación con diversas excepciones que generan incertidumbre e inexactitud -- en su aplicación.

Remitiéndonos al Código Penal del Distrito Federal, en el dispositivo 382, se establece dentro de la descripción-típica del delito, el presupuesto técnico, consistente en que al sujeto activo se le haya transmitido la tenencia y no el - dominio de una cosa ajena mueble.

La transmisión de tenencia implica el poder jurídico de hecho que sobre la cosa ejerce el activo, concediéndosele la autonomía en su detención, sin que esta posesión se considere a título de dueño, o se le hayan otorgado facultades - de disposición, salvo que la misma, constituya el objeto de - la transmisión, pero desde luego en beneficio de su dueño. -- En consecuencia, no existe vigilancia del transmisor, sino -- una posesión autónoma de la cosa, con el propósito de que el tenedor lleve al cabo la finalidad jurídica para la cual le - fue concedida la cosa a título precario, estableciéndose su - obligación de restituirla o destinarla al fin encomendado.

Es claro, que en esta forma de posesión no se encuentra inserto "el animus domini", cuya característica se -- establece en otras formas de posesión, por el contrario, en -

el abuso de confianza, se trata de una posesión a título precario, que consiste en la obligación del tenedor de restituir la cosa o destinarla al fin para el cual le fue proveída, -- posesión que se desvirtúa por el "animus sibi habendi" del -- agente, que se constituye en la intención de apropiarse de la cosa, violando el objeto para el cual le fue transmitido. En sentido contrario, debe considerarse a la tenencia como una forma de poseer, es una especie del género de la posesión, - que puede tener características mucho más amplias que la simple tenencia.

En consideración a otra significación acerca de la clase de posesión que constituye el presupuesto material del delito, es correcta la estimación que asimila la tenencia a la posesión derivada, en cuanto a que ésta, se recibe al través de un acto jurídico por medio del cual, el propietario o poseedor a título de dueño, entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder. - Esta calificación de posesión, surge de la hipótesis que prevé la coexistencia de las posesiones originaria y derivada; y la originaria que siempre conserva el propietario o poseedor a título de dueño, no obstante que carezca de la detención corpórea del bien, el cual realiza la entrega material al poseedor derivado que detenta la cosa temporalmente en virtud de un acto jurídico, con la obligación de restituirla o destinarla al fin encomendado. Desde luego, la posesión derivada debe ser independiente de la posesión del propietario, - por lo que la traslación debe otorgarle a aquél un grado de autonomía sobre la cosa, sin vigilancia ni supervisión del -- propietario.

No existe base jurídica o doctrinal que excluya la posesión precaria de la posesión derivada, términos que en lo personal estimo asimilables y correctos para identificar al presupuesto material del delito, consideración que se encuen-

tra en oposición a diversas ejecutorias sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, que establecen el criterio de que el poseedor precario es el potencial generador - del delito de robo, en tanto que el poseedor derivado lo -- que comete al través de su conducta, es el abuso de confianza.

Son identificables los términos de posesión derivada y precaria, sólo que su valoración surge de supuestos distintos, se considera precaria la posesión, atendiendo a la obligación del tenedor de restituir la cosa, es decir, - es una posesión temporal; en tanto que la calificación derivada, es en función de que la posesión del objeto se recibe a virtud de un acto jurídico por parte del propietario o - de quien legítimamente puede disponer, incluyéndose a la Autoridad, la posesión derivada pues, se encuentra en antagonismo a la -posesión originaria.

Es incorrecto el criterio que concluye que la posesión precaria es el presupuesto material del delito de robo, en referencia a la ejemplificación realizada en la tesis descrita en el capítulo primero de este trabajo, debe - decirse, que el caso de un obrero, empleado en un taller, -- cuyos instrumentos que usa en el desempeño de su trabajo, - no pueden estimarse poseídos a título precario, pues en realidad nunca se verifica la traslación de posesión, que exige que la detentación material del objeto se realice en forma autónoma, situación que evidentemente no acontece en tal ejemplo, ya que el propietario de la negociación, no ha concedido un poder independiente sobre las herramientas de trabajo, sino tan sólo su utilización en el taller, por lo que es inexistente la autonomía en la detentación, en consecuencia no toda detentación material significa la posesión del bien, aún en su forma más precaria, sino que además exige - para que se considere poseída una cosa, cierto grado de autonomía e independencia respecto del propietario, que rompa

la relación de custodia o vigilancia del dueño sobre la cosa.

El ejemplo sólo refiere un simple contacto físico -- del empleado, por ello comete el delito de robo y no el de -- abuso de confianza, ya que no recibió en posesión los bienes -- de los que se apropió materialmente, pues en su carácter de -- empleado su única facultad era la utilización de las herra -- mientas para desempeñar el trabajo, y por tanto, no medió con -- trato alguno que transmitiera la tenencia, por lo que única -- mente tenía acceso a las herramientas sin que esto sea sufi -- ciente para considerar que recibió su tenencia o posesión.

En referencia al abuso de confianza cometido por el mandatario, y la necesidad de la previa existencia del jui -- cio civil de rendición de cuentas para que pueda considerarse responsable del delito de abuso de confianza a un mandatario, ya en el capítulo primero de este trabajo, relativo a las con -- clusiones, se expusieron algunos de los argumentos y conside -- raciones que exigen la satisfacción de esta condición previa.

La base de este presupuesto condicionante, ha queda -- do plasmada en la tesis jurisprudencial anteriormente referi -- da, que concluye que para que a un mandatario se le pueda con -- siderar responsable del delito de abuso de confianza, se nece -- sita que al concluir al mandato, hecha la liquidación de cuen -- tas y requerido para que entregue el saldo de esas cuentas, -- no lo verifique.

El fundamento de esta conclusión, debe estimarse -- en relación al principio de legalidad y derecho de defensa -- del presunto responsable del delito, además del notorio per -- juicio que se causaría al estar sujeto a un proceso, incluso -- es posible la privación de la libertad. En efecto, la inexis -- tencia de ese presupuesto condicionante, daría lugar a que -- la sola inconformidad del mandante, respecto de las partidas -- de su mandatario, bastaría para dar inicio a la acción penal,

con base en la determinación unilateral de aquél, afirmación subjetiva que se consideraría suficiente para estimar la probable responsabilidad del mandatario, privando a éste de la posibilidad de excepcionar su encargo con causas probablemente justificativas de su ejercicio. La inobservancia de la -- rendición de cuentas, es contrario al espíritu de legalidad -- del cual se encuentran imbuidas las legislaciones particularmente en materia penal.

Asimismo, es elemento de convicción para afirmar -- la necesidad de la previa existencia del juicio de rendición de cuentas, el volumen de partidas y la pluralidad de acciones que en determinados casos tiene que ejecutar el apoderado, por tanto, la práctica de la liquidación de cuentas, permite analizar la totalidad de las circunstancias legales que hayan surgido en el ejercicio del contrato, verificándose una revisión exhaustiva de los actos, debe recordarse en este sentido, que la razón legal del delito no es sancionar el incumplimiento del mandato, sino el daño al patrimonio que pudiera surgir por actos distintos a los previstos en las estipulaciones contractuales. Además, en el supuesto de que la liquidación de cuentas demuestre una indebida actitud del mandatario, representada por actos lesivos al patrimonio del mandante, se exige el requerimiento para la entrega del saldo de la cuenta, y la negativa del mandatario a su restitución, sólo a partir de ese momento, puede establecerse la probable responsabilidad del mandatario y la procedibilidad de la acción penal.

En oposición a estos argumentos, existen también -- criterios distintos que reprobaban la necesidad de satisfacción de este presupuesto para iniciar el proceso penal en contra de un mandatario, atendiendo a que el juicio condicionante disminuye notablemente la posibilidad de sancionar las -- conductas ilícitas de los mandatarios.

Es acertada la consideración de que en la práctica judicial, muy especialmente en el procedimiento civil, la con

clusión de los juicios tiene como característica su notable dilación, lo que obstaculiza el ejercicio de la acción penal, pues es muy difícil que el ofendido continúe con el interés de que se sancione dicha conducta después de un lapso amplio, pues esto también afecta su economía, por tanto la prosecución del proceso penal para este delito, se minimizaría en su aplicación, al sujetarse a un juicio condicionante de naturaleza civil, lo que haría impunes a los mandatarios, que esperarían la demanda civil y a que el juicio respectivo se prolongare indefinidamente, lo que daría lugar a un medio muy efectivo de causar perjuicio patrimonial al pasivo, ya que el agente esperaría la resolución del juicio y al requerimiento, para que en última instancia, sin temor alguno, verificare su devolución, quedando sin sanción tal conducta.

Concluyendo, debe estimarse contrario al principio de legalidad, el que no tenga observancia el presupuesto del delito, consistente en el juicio de rendición de cuentas, -- sin embargo, tal requisito debe restringirse exclusivamente a las relaciones contractuales que por su naturaleza, surjan partidas de "debe y haber", mismas que requieren el análisis cuantitativo y cualitativo de las acciones u omisiones verificadas por el mandatario, dada la pluralidad de los bienes recibidos en tenencia y a las distintas finalidades jurídicas que puede perseguir un contrato de mandato, pudiendo--contener este contrato varios encargos.

Por ello, no se puede pretender que a todos los --mandatarios se les exija la previa rendición de cuentas, antes que el mandante pueda formular querrela en su contra, -- salvo que existan cuentas de "debe y haber" en la relación contractual, no así en un mandato por negocio determinado y en el que únicamente exista una unidad de acción a desarrollar y ejecutar por parte del mandatario.

Referente al ilícito de retención indebida que ---contempla el artículo 384 del Código Penal, el cual amplía la

descripción típica del abuso de confianza, sugiriéndose una denominación más certera que el de delito equiparable al -- abuso de confianza, este ilícito se caracteriza por la ilicitud en la posesión del bien transmitido en tenencia, toda vez que a pesar del requerimiento formal por parte de quien tiene derecho, el agente no lleva al cabo el acto de restitución.

En el estudio del Derecho comparado, se señaló -- que en algunas legislaciones, adquiere el carácter de delito específico identificado como retención indebida, porque la conducta consiste en la apropiación indebida al negarse a restituir la cosa, lo que origina la ilícita posesión -- en perjuicio del patrimonio del pasivo, hecho que es objeto de tutela penal.

Es de considerarse la opinión sustentada por el -- maestro Sebastian Soler, que advierte que no toda retención indebida constituye un acto de apropiación, ni que este debe ser objeto de la sanción penal, sino que propiamente lo que se persigue es castigar el abuso de la tenencia precaria de la cosa, por lo que no debe importar el destino de la ilícita posesión, tesis que no se comparte dentro de --- nuestra legislación, ya que la ilegítima posesión debe ser aquella que se tiene sobre la cosa con ánimo de dueño, pues la posesión ilícita resultante de la negativa a la restitución de la cosa, precisa que el activo ejerza actos de dominio sobre de ella, los cuales se manifiestan en la omisión del activo en su restitución, por tanto se está en presencia de un delito de comisión por omisión.

El delito de abuso de confianza cometido por mandatario se encuentra vinculado a la retención indebida, -- ya que en los casos en que se requiere el presupuesto condicionante del juicio de rendición de cuentas, hecha la liquidación y una vez que esta sea desaprobada, se exige tam-

bién el requerimiento formal para la devolución del saldo, y el momento consumativo del injusto, es precisamente la negativa a la restitución sin que medie justificación alguna, - como puede ser el derecho de retención.

El presupuesto material del tipo penal de retención indebida, consiste en la posesión de la cosa, acto en sí mismo lícito, pero la negativa a devolverla, después del requerimiento formal por quien tiene derecho a ello, haciendo del conocimiento del poseedor que es ilegítima la posesión de la cosa retenida consuma el injusto.

Atento a lo anterior debe estimarse como presupuesto típico de la retención indebida, el requerimiento formal para la devolución de la cosa, requerimiento que se significa por la exigencia de la restitución en vía judicial o notarial, con objeto de que sea indubitable la petición del pasivo, por lo que la consumación del ilícito se verifica en la restitución de la cosa mediante actos de apropiación.

CAPITULO CUARTO

DE LA PRESCRIPCION

DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción se erige como presupuesto condicionante de la acción penal, ya que una vez encuadrada esta dentro de los extremos de la prescripción, imposibilita su ejercicio y por ende la perseguibilidad del autor del hecho presuntamente delictivo. El estudio de la prescripción se reduce en este trabajo, a los delitos que requieren de la querella como acto excitativo de la investigación y persecución - por parte del Ministerio Público y en consecuencia la incoacoción del proceso penal, particularmente he de referirme al - delito de abuso de confianza, que en términos del artículo - 399 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, requierela querella del ofendido.

Antes de abordar el estudio de las reglas relationas a la prescripción, se observarán algunos de - los aspecotos más sobresalientes en la historia de esta institución de naturaleza procesal.

El Código Penal de 1871, también llamado Código de Martínez de Castro, primero en nuestra historia independiente con alcance nacional, estableció en el artículo 272: "la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por queja de parte, se prescribirá en un año, contado dese de el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente. Pero si pasase tres años sin que se intente la acción se prescribirá esta, haya tenido o no conocimiento el ofendido.

Salvo cuestiones de redacción, los términos de uno y tres años se manejan en forma similar en nuestro actual Código Penal de 1931.

En los debates previos a la promulgación de este dispositivo, Lafragua manifestó respecto de este artículo: "no comprendo qué razones puede haber para que en los delitos públicos la prescripción se cuente desde el día en que se comete el delito, mientras que en los privados no empieza a correr la prescripción sino desde que el ofendido tiene conocimiento del delito y del delincuente".¹¹⁰ Sánchez Gavito contestó: "la razón es porque en los delitos públicos toda la sociedad está interesada en su descubrimiento, a cuyo fin todos los ciudadanos tienen el deber de contribuir, aunque por regla general, cuando estos delitos no se descubren es por negligencia de la sociedad; en los delitos privados ni hay interés social ni hay obligación de los ciudadanos y sería muy injusto el que cuando el ofendido tuviere conocimiento del delito se encontrara con que ya no era punible".¹¹¹

En 1903 la entonces existente Secretaría de Justicia e Instrucción Pública designó una comisión para que se procediera a revisar el Código Penal de Martínez de Castro y propusiera las modificaciones y reformas. Sin embargo, los trabajos de revisión no se plasmaron en normas, por lo que la vigencia del Código de Martínez de Castro se prolongó hasta el año de 1929 en el que apareció el Código conocido como el de Almaraz en razón de José Almaraz, su principal promotor.

En cuanto a la prescripción, el tema fue tratado en dos capítulos, uno relativo a la de la acción y el otro a la de la pena; las reformas introducidas fueron las comúnmente indicadas desde 1912, salvo en lo relativo a la prescripción de la acción penal para los delitos de homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto y secuestro o robo con violencia, pues tratándose de dichas infracciones, el legislador de 29 declaró imprescriptible la acción persecutoria. En los delitos llamados de querrela, na-

¹¹⁰ Edición Facsimilar de las Actas relativas a las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal de 1884, Acta núm. 34 del 27 de Enero de 1869, cit. pos., Vela Treviño, Sergio, p. 328.

¹¹¹ Ibid.

da se alteró básicamente.

De carácter efímero fue la vida de este Código, -- que fué sustituido el 17 de septiembre de 1931 por el Código que actualmente nos rige y según lo dispuso el artículo segundo transitorio, quedó abrogado el Código Penal de 1929, -- previéndose sin embargo, los casos relativos a hechos ocurridos durante la vigencia de tal codificación.

El tratamiento de la prescripción de la acción persecutoria, es más benigno en el Código de 1931, por lo que -- fue solicitada su aplicación retroactiva en beneficio del -- reo.

En lo tocante a los delitos perseguibles por querrela de parte, el Código vigente introdujo la novedad de referir las hipótesis del artículo 107 lo mismo en los casos de delitos continuos que no continuos, literalmente dispone el texto actual: "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 esa circunstancia. Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio".

La importancia de esta adición tiene el particular tema de la prescripción de la acción persecutoria, en este -- sentido debe decirse que el artículo 102 establece el término para computar el lapso de la prescripción, que se cuenta desde que cesó, si fuere continuo el hecho que va a ser motivo de la persecución, y en el 107 se cambia radicalmente la regla, ya que sea o no continuo se cuenta en cualquiera de -- las dos formas alternativas propuestas en la norma: un año --

a partir de que el ofendido sabe del delito y del delincuente y en tres independientemente de esa circunstancia.

El maestro Sergio Vela Treviño, propone eliminar - la frase que aparece en el texto de la ley de "si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales", para dejarla tan solo en "llena do el requisito de la querrela". Estima que: "parece más - razonable esta fórmula, ya que se contrae a un solo requisito (la querrela) que depende del ofendido y no a dos, como - es el texto actual, en el que uno es el de la querrela formu lada y el otro el de la deducción de la acción ante tribuna les, que por ser exclusivo del Ministerio Público lleva a - problemas graves que perjudican al particular ofendido espe cialmente y han hecho que se hable de dos situaciones técni cas diferentes, indebidamente amalgamadas, como serían la -- caducidad del derecho a querrellarse y la prescripción de la acción persecutoria. Esto significa que para que un delito- perseguible por querrela quede sometido en orden a la pres-- cripción de la acción para perseguirlo a las reglas relati-- vas a los delitos perseguibles de oficio, que es lo común, - se tienen que satisfacer dos condiciones: formulación de -- querrela y deducción (consignación) de la acción por ejerci cio de ella; en cambio, en la reforma propuesta hay un solo- requisito, que lo es la formulación de la querrela que pare ce más razonable".¹¹²

Los delitos de querrela o perseguibles solo por -- previa querrela, son a los que se contrae el artículo 107 -- del Código Penal, sometidos a un régimen especial, la regla- general en lo referente a la prescripción, es lo señalado -- por los artículos 102, 104, 105 y 118, todos ellos del orde namiento penal ya señalado, sintetizando las reglas genera-- les, se puede decir que la prescripción de la acción persecu toria funciona de la siguiente manera:

¹¹² *La Prescripción en Materia Penal, México, Trillas, 1985, p.p. 338 y 339*

- a).- En un año si el delito sólo mereciere multa.
- b).- Si además de la multa el delito tiene otra sanción que sea corporal, alternativa o accesoria, se atiende a la sanción corporal.
- c).- Habiendo sanción corporal, nunca la prescripción de la acción puede ser inferior a tres años.
- d).- Para determinar el curso de la prescripción habiendo sanción corporal, se tiene que estar al término medio aritmético de la pena señalada en abstracto al delito de que se trate.

Establecidas así las reglas generales, tenemos -- que, tratándose de los delitos de querrela, hay una variante, según lo consigna el artículo 107, ya que el llamado -- término medio aritmético de la pena probable que menciona -- el 118, y que es la nota más característica, no funciona -- sino cuando se ha presentado el caso al que antes hicimos -- referencia, en que se vuelve a las formulas comunes por la aplicación del párrafo segundo del 107, esto es, cuando ya se ha satisfecho el requisito de la querrela y se ha deducido la acción penal ante los tribunales.

En este orden, Vela Treviño señala lo siguiente:-- "el artículo 107 señala dos términos diferentes para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria; ambos, se repite, desvinculados del término medio aritmético de la pena probable y que son: el de un año y el de tres años. -- El artículo 105 consigna un término basado en la media aritmética de la pena probable, pero dice que en ningún caso -- podrá el término ser inferior a tres años que viene a ser, -- el mínimo de duración de la prescripción de la acción persecutoria. En cambio, tratándose de los casos de delitos que

sólo sean perseguibles por querrela del ofendido, la situación es exactamente inversa, o sea, que lo que era mínimo -- según el 105 se vuelve máximo, atendiendo al 107, dato este que obtenemos de la parte final del primero de los dos párrafos que lo integran, donde dicen: "y en tres años independientemente de esta circunstancia", siendo la tal circunstancia relativa al conocimiento del delito y del delincuente por parte del ofendido. Tenemos así una radical modificación -- de las temporalidades, ya que, por una parte, no rige la proveniente de la media aritmética y, por la otra, lo que en los casos normales de los hechos perseguibles de oficio, es mínimo, y en los de querrela es máximo".¹¹³

Por otra parte, el artículo 107 plantea la situación del cómputo del tiempo, ya que sea o no continuo (permanente) el hecho perseguible, si lo es sólo previa formulación de querrela, la temporalidad se presenta así: ". . . 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 esa circunstancia".

En el caso a estudio del abuso de confianza, conforme al artículo 399 Bis requiere la formulación de la querrela, para su persecución por el Estado, por tanto se encuentra regida la prescripción del delito a la disposición que se contiene en el artículo 107 del Código Penal.

El abuso de confianza puede ser de consumación instantánea o como delito continuo, a este efecto, me permito transcribir la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO CONTINUO, PRESCRIPCIÓN.- Si el cajero acusado dispuso de diversas cantidades de dinero propiedad del banco ofendido, no se trata en el caso de un delito consumado, sino de un delito continuo y, consecuentemente la prescripción comenzó a correr al cesar el último acto de ejecución, o sea,-

¹¹³ Ibid., p. 346

en la fecha en que se practicó el arqueo quedó a conocer el delito.

Amparo Directo 7485/59. 28 de Marzo de 1960.- Unanimidad de 4 votos. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen XXXIII. - Segunda Parte Página 10.

Respecto de la forma de iniciar el cómputo del --- tiempo que menciona el 102 del Código Penal, es radicalmente modificada por el artículo 107 en sus dos variantes antes se ñaladas, porque lo que determine el inicio del curso de la - prescripción, es, en un caso, el conocimiento que del hecho - (delito) y su autor (delincuente) tiene la parte ofendida;- en esta primera hipótesis, la duración es de un año con el - principio de cuenta ya consignado; la otra, según vimos, es - la de tres años, que se dá cuando se ignora el hecho y sus - autores o como dice la ley, independientemente de esa cir--- cunstancia.

**LA CONSUMACION DEL DELITO PARA LOS EFECTOS DE
LA PRESCRIPCION**

Ya se ha referido que en los delitos perseguibles a instancia de parte, la legislación nacional ha creado una hipótesis especial para iniciar el curso de la prescripción de la acción penal, sujetándola a la temporalidad de un año, pero dicho tiempo, empieza a correr a partir del día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, significación que el maestro Vela Treviño considera incorrecta, ya que la calificación de delito y delincuente se dá hasta la resolución definitiva que haya causado ejecutoría, y que por ende concluye el proceso penal, precisamente instaurado para conocer la responsabilidad del hasta entonces presunto autor del delito.

Por ello concluye el propio autor que "lo que la ley en el artículo 107 requiera para que se surta la hipótesis, según la cual el curso de la prescripción de la acción persecutoria sea de un año, y ello es el conocimiento por parte del titular del derecho afectado por la realización del hecho concreto que invada su propia esfera de derechos, así como que conozca la identidad de quien o quienes realicen tal invasión que trae como consecuencia la afectación del derecho protegido; a esto equivale hablar de conocimiento de delito y delincuente."¹¹⁴

Otro de los puntos que generan incertidumbre es el relativo a que si la prescripción afecta la acción penal o persecutoria o el derecho a formular querrela.

El Maestro Raúl F. Cárdenas al comentar la interpretación del artículo 107 dice: "lo que prescribe, o mejor dicho, caduca es el derecho de presentar la querrela, de --

¹¹⁴ Ibid., p. 348

formular la queja para que el Ministerio Público investigue, y en su caso, consigne o sea que ejercite la acción penal -- por el delito que sólo pueden perseguirse a petición de parte, como lo prevén tanto los Códigos Procesales como los Penales; pero si dentro de los plazos señalados por el artículo 107, se llena el requisito inicial de la querrela, no es necesario consignar antes de que se concluya el plazo de un año. Este derecho de formular querrela, se pierde si no se ejerce en los plazos fijados por la ley; de aquí que, aun -- cuando el Código haga referencia a prescripción, estamos ante una caducidad y si bien no existe uniformidad respecto al contenido de dichos conceptos, podemos decir que por pres -- cripción se entiende la pérdida o adquisición de derechos u obligaciones y por caducidad la extinción de la facultad para ejercer un derecho. En el caso, la facultad de formular la querrela, o, en otros términos, de poner el ofendido los hechos en conocimiento del Ministerio Público para que se -- ejercite la acción penal en contra de los autores del hecho descrito por la Ley Penal, si investigados resultan típicos, caducan dentro del año que marca la ley".¹¹⁵

Al igual que el maestro Vela Treviño, se considera incorrecta la tesis sustentada por el maestro Cárdenas, ya -- que la prescripción de la acción penal está normativamente establecida en la ley, misma que la caracteriza, limita y -- restringe, esto es claro, si se verifican las disposiciones contenidas en los artículos 100 al 118 del Código Penal, que se refieren a la prescripción en general y a la acción penal en particular. La Ley Nacional se refiere, como ya ha -- quedado señalado a dos hipótesis: al conocimiento del hecho delictuoso y a su autor por parte del ofendido y le da el -- tratamiento de prescripción de un año contado a partir de -- tal conocimiento, y a la ignorancia se le somete a un régi-- men de tres años. Ambos casos en el artículo 107 se mencio--

¹¹⁵ Op. cit., p.p. 319 y ss.

na expresamente que se trata de prescripción de la acción -- persecutoria, por tanto, donde la ley no distingue no tenemos porqué distinguir.

Por otra parte la querrela siempre puede presentarse en cualquier tiempo, la prescripción no afecta la presentación de la querrela, sino al contenido de la acción penal -- misma. En efecto, el titular de la querrela puede a su elección y por sus especiales valoraciones satisfacer el requisito de la formulación de ella o abstenerse; en el primer caso habrá la posibilidad de que el titular de la acción persecutoria llegue a integrar los elementos legales necesarios para su ejercicio y en el segundo, habrá imposibilidad legal de investigación. Pero la querrela no obliga al ejercicio de la acción penal y esto es claro. Concluyendo, en los delitos de querrela entre ellos el abuso de confianza, no podrá haber acción si no ha existido querrela, pero habiendo querrela no necesariamente debe haber acción, la querrela no está limitada en su presentación; el titular puede acudir ante el órgano competente en cualquier momento a hacer efectivo su derecho a deducirla; lo que importa es verificar la -- eficacia de tal querrela respecto de la acción penal, cuando ha sido deteriorada esta por el simple transcurso del tiempo.

Esto quiere decir que no por tiempo mayor o menor la querrela pierde algo, ya que es una institución de naturaleza puramente procesal, tiene la fuerza para satisfacer el presupuesto de la procedibilidad, pero la acción no puede ser deducida, por el transcurso del tiempo.

Vela Treviño ejemplifica los efectos diferentes -- de la prescripción en cuanto a la acción penal y la querrela y señala: "iniciada una investigación o averiguación previa por robo (perseguido de oficio) se descubre que el autor -- está vinculado con el ofendido en forma tal que el mismo ---

hecho requiere querrela; enterado de ello, el ofendido, tarda trece meses en decidirse a formular la querrela necesaria. - Se recibe su manifestación, pero carece de eficacia, para impedir el deterioro que por prescripción sufrió la acción persecutoria. Vemos aquí que habiendo querrela, no puede haber ejercicio de la acción.

El propio autor argumenta para diferenciar la querrela del ejercicio de la acción, el hecho de que resulta de la naturaleza jurídica de la primera, al constituirse como -- una condición de procedibilidad pero tal procedibilidad hacia dónde va dirigida. Aquí es donde se separan radicalmente los mencionados institutos, ya que la querrela solamente tiene la significación de permitir que ciertos hechos puedan ser investigados, o sea, que el requisito de procedibilidad se reduce a permitir que el Ministerio Público puede investigar para -- que en uso de su autonomía y de su facultad monopolística decida conforme a derecho, si ejerce o no la acción penal. La querrela, entonces, es requisito de procedibilidad para la investigación y la persecución nada tiene que ver con este nivel. Lo que prescribe es el derecho estatal a la persecución (la acción penal) no el derecho a propiciar la investigación- (querrela)".¹¹⁶

A mayor abundamiento me permito citar la siguiente ejecutoria relativa a la acción penal:

ACCION PENAL.- Aún cuando el delito que se persiga sea del orden privado, la acción penal correspondiente sólo puede ejercerse por el Ministerio Público, ante los tribunales, - teniendo solo la parte ofendida el derecho de presentar su querrela ante el representante de aquella institución; pues el artículo 21 constitucional habla de los delitos en general y no hace distinción alguna sobre si son del orden privado o del orden público.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo XIII, Página 924. Cortés Bautista María Esther.

¹¹⁶ Op.cit., p. 368

Con objeto de ampliar los criterios relativos a la prescripción de delito de abuso de confianza, me permito citar en forma textual las siguientes tesis sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal:

ABUSO DE CONFIANZA POR DISPOSICION Y POR --
 RETENCION, DISTINCION ENTRE, PARA DETERMINAR
 EN QUE MOMENTO EMPIEZA A CORRER EL TERMINO -
 DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.- Las-
 cuestiones que deben abordarse y resolverse
 en este fallo giran alrededor de dos tipos -
 base, previstos en el Código Penal en cuanto
 al abuso de confianza: uno de ellos definido
 en el artículo 382 y el otro en el artícu-
 lo 384 del mismo cuerpo legal, y que descri-
 ben, el primero, la conducta del que dispo-
 ne, y el segundo del que retiene, conductas-
 totalmente distintas cuyos elementos difie-
 ren entre sí y en manera alguna pueden ser -
 confundidos. El artículo 382 del Código Pen-
 al establece que comete el delito de abuso-
 de confianza el "que con perjuicio de alguien
 disponga para sí o para otro de cualquier co-
 sa ajena mueble, y de la que se le haya ---
 transmitido la tenencia y no el dominio". En
 el caso concreto, el indiciado en su carác-
 ter de Director General de la empresa ofendi-
 da, según opinión de los peritos contadores,
 se apropió de diferentes cantidades de dine-
 ro pertenecientes a dicha empresa, dando un
 destino distinto a las cantidades que obtuvo
 en su propio beneficio, por lo que al reali-
 zar los actos que se le atribuye, ejecutó ac-
 tos que encajan dentro de la definición del-
 acto de disposición, que se entiende como la
 actuación de dueño en relación con los bie-
 nes recibidos; así, por ejemplo, el cajero--
 que se queda con dinero de la caja que mane-
 ja, comete acto de disposición y no de reten-
 ción; el depositario que vende la cosa reci-
 bida en alquiler, no retiene, sino que dispo-
 ne; el Gerente o Director de una empresa que
 hace suyos los bienes de la misma, dispone,
 no retiene. Los mismos auditores determina-
 ron que en la misma fecha en que se practica-
 ron las auditorias, no tenía las cantidades-
 de dinero, puesto que ya había dispuesto de

ellas, por lo tanto, no se habia quedado con dinero propiedad de la empresa, ni lo guardaba, sino que, ya lo habia gastado en su beneficio personal, realizando una conducta tipica del delito previsto en el artículo 382 -- del Código Penal, pues ya no era tenedor o poseedor en precario de esa cantidad, en la fecha en que se determinó el faltante, y menos aún lo era en la fecha posterior en que se le requirió formalmente la entrega del dinero. El artículo 384 del mismo ordenamiento establece que se reputa como abuso de confianza, la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley. Este artículo se refiere a uno de los tantos medios de comisión del delito de abuso de confianza, que excluye el acto de disposición por propia decisión, ya que no se puede disponer y retener al mismo tiempo, y supone que la cosa, materialmente, físicamente, esté en poder -- del retenedor, quien se niega a devolver la cosa a pesar de ser requerido formalmente -- por quien tenga derecho a la misma; más en el caso particular, no existe prueba alguna de que el indiciado tuviera física y materialmente en su poder la cantidad que se afirma obtuvo de la empresa, pues de acuerdo con los peritajes, con la querrela inicial, con los acuerdos tomados en Asambleas y Consejos al indiciado se le imputo el haber dispuesto de diversas cantidades, no el haberlas retenido. Consecuentemente, el término de la -- prescripción de la acción penal empezó a correr a partir de la fecha en que la empresa ofendida tuvo conocimiento, mediante las auditorias practicadas, de la disposición in debida del dinero y no a partir de la fecha en que este fue requerido formalmente de la devolución de la cantidad de dinero que se estimaba retenida, pues evidentemente que al no existir ese delito de abuso de confianza -- por equiparación, no puede considerarse sobre la prescripción de la acción penal correspondiente.

Amparo en Revisión 177/78. Carlos Antonio -- Pailles. 31 de Julio de 1980. Ponente: Victor Manuel Franco. Tribunales Colegiados. -- Séptima Epoca, Volumen Semestral 139-144, -- Sexta Parte, Página 13.

ABUSO DE CONFIANZA, PRESCRIPCIÓN DEL DELITO-DE.- Si se demuestra que el querellante tuvo conocimiento de la indebida disposición de acciones que fueron objeto de un contrato -- prendario, y que tal conocimiento lo tuvo -- con más de un año de antelación a la fecha -- en que presentó su querrela, surte efectos -- la prescripción que se contempla en el artículo 107 del Código Penal, pues el término -- para computar dicha prescripción principia a correr desde la fecha en que la parte ofendida tuvo conocimiento de la indebida disposición de las acciones, y no de aquella en que se requirió notarialmente al inculpado para que devolviera los títulos en depósito.

Amparo Directo 28/1967. Roberto Rivera Rivas. Abril 25 de 1969. Mayoría de tres votos.

Sala Auxiliar. Séptima Epoca, Volúmen 4, Séptima Parte, Página. 3

LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

En concordancia con el artículo 101 del Código Penal, la prescripción produce sus efectos con el simple transcurso del tiempo, este principio se encuentra excepcionado por los dispositivos 110 y 111 del propio Ordenamiento, al establecer la interrupción de la prescripción, mismos que a continuación me permito citar en forma textual:

ARTICULO 110.- La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejara de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia.

ARTICULO 111.- Las prevenciones contenidas en el artículo anterior no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Entonces esta no se interrumpirá sino por la aprehensión del inculpado.

La razón legal de la existencia de la prescripción, es precisamente la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un tiempo determinado, en consideración a que el propio Estado, abdica su potestad punitiva por razón de que el tiempo anula el interés represivo, pero es evidente que ese interés ha de manifestarse por las actuaciones tendientes a la investigación y persecución de los hechos con apariencia de delitos, es por ello que se encuentra prevista esta figura de la interrupción de la prescripción, pues precisamente esa actividad impone que se decrete la extinción de la pretensión del --

Estado.

Siguiendo la metodología empleada por el maestro - Sergio Vela Treviño, nos referiremos a la primera de las hipótesis establecidas en el artículo 107 del Código Penal, -- que se refiere a que la prescripción produce sus efectos en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tuvo - conocimiento del delito y del delincuente.

Si se toma como base que el curso total de la prescripción habrá de ser de un año, en términos del artículo -- 111 del mismo cuerpo normativo. deberá ubicarse la mitad de ese lapso necesario, para las actuaciones interruptoras de - su curso, esto es, dentro de los primeros seis meses, contados a partir de que el ofendido tuvo conocimiento del delito y del delincuente.; en cambio, aquéllas actuaciones que se - practiquen durante los segundos seis meses, no interrumpen - su curso, excepción hecha de la aprehensión del inculpado.

A mayor abundamiento nos permitimos citar el si -- guiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Na-- ción:

ABUSO DE CONFIANZA, PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE.- Si se demuestra que el querellante tuvo conocimiento de la indebida disposición de acciones que fueron objeto de un contrato prendario, y que tal conocimiento lo tuvo con más de un año de antelación a la fecha en que se presentó su querrela, surte efectos la prescripción que se contempla en el artículo 107 del Código Penal, pues el término para computar dicha prescripción -- principia a correr desde la fecha en que la parte ofendida tuvo conocimiento de la indebida disposición de las acciones y no de -- aquella en que se requirió notarialmente al inculpado para que devolviera los títulos - en depósito.

Amparo Directo 28/1967. Roberto Rivera Ri - vas, Abril 25 de 1969. Mayoría de tres vo - tos. Sala Auxiliar. VII Época, Volumen IV - Séptima Parte, Página 13.

El fenómeno de la prescripción en el abuso de confianza que requiere del presupuesto de procedibilidad de la querrela, debe decirse que toda diligencia o actuación que - el Órgano competente para la investigación practique, es en principio idónea para interrumpir el curso de la prescrip -- ción, si tales diligencias se encuentran objetivadas a la -- sanción del activo, sin embargo es de capital importancia -- destacar que deben satisfacerse los requisitos de la quere-- lla, ya que en el evento contrario, las actuaciones practica-- das no tendrían el fundamento y apoyo de la legitimidad; es-- decir, que la función investigadora y persecutoria que se -- realice de estos hechos que requieren querrela, sin que exis-- ta en realidad querrela, es ilegítima y no puede, por tanto, ser causa eficaz de interrupción del curso de la prescrip -- ción.

En conclusión no interrumpen el curso de la pres-- cripción de la acción penal, iniciado a partir del día del - conocimiento, las actuaciones, o la misma querrela, que se - practiquen o en su caso se formulen fuera de los primeros -- seis meses." En esta hipótesis, sólo la aprehensión del in-- culpado produce la interrupción. Aprehensión significa la - detención con estricto apego a lo que la constitución dispo-- ne, porque no podemos concebir que de lo ilegítimo surga lo-- legítimo." 117

En efecto, debe advertirse que el Órgano delegado a la investigación y persecución de los hechos, es decir, el Ministerio Público, en forma oficiosa, no puede ejercitar la acción penal en los delitos que se persigan por querrela de parte o a petición de la parte ofendida, como es el caso del abuso de confianza, es por ello que sin encontrarse satisfecho el requisito de procedibilidad, se encuentran incapacita-- dos para llevar a cabo actuaciones en la esfera de sus facul-- tades tendientes al ejercicio de la acción penal, estando -- igualmente incapacitados los Tribunales para condenar al pre

117 *Vela Treviño, Sergio, Op.cit., p. 375.*

sunto responsable, puesto que aún el Ministerio Público lo - está para ejercer la acción penal. En consecuencia, tanto - el Ministerio Público como el juez del proceso, no agotado - el presupuesto de procedibilidad, se excederían en sus atribuciones, ejerciendo legalmente la acción penal por el abuso de confianza y el juez respectivo, en la instrucción del proceso, sin embargo una vez determinada la inexistencia de la querrela, tales actuaciones practicadas, serían ineficaces para concluir que se hubiese presentado el fenómeno de - la interrupción de la prescripción.

En referencia a la segunda de las hipótesis previstas en el artículo 107 del Código Penal, que es el caso que se presenta cuando la parte ofendida no tiene conocimiento - del delito y del delincuente, y que acorde a la ley penal, - tiene un curso total de prescripción de tres años.

La base de tres años como cómputo total del curso del tiempo para la operancia de la prescripción, contado el mismo a partir de la satisfacción de la relación conductatípica, según el caso particular, es evidente que el lapso necesario, considerado en su mitad al que se refiere el - III para la idoneidad de las actuaciones interruptoras del curso, es de dieciocho meses. Esto significa que las actuaciones que se practiquen en la investigación del delito y -- del delincuente, dando a esta fórmula la significación ex -- puesta, durante los primeros dieciocho meses interrumpen el curso de la prescripción, no así las que tengan verificativo en la segunda mitad o los segundos dieciocho meses, porque - en estos casos, sólo la aprehensión del inculpado puede interrumpir el curso ya iniciado. Desde luego será motivo de -- tratamiento diferente, un caso de consumación instantánea y de consumación permanente o continua.

Vela Treviño sostiene en referencia a esta hipótesis que: "este caso relativo a la ignorancia por parte del ofendido, o tal vez mejor, de ausencia de conocimiento del propio ofendido, es prueba de la absoluta separación que --- existe entre acción persecutoria y querrela y que lo que --- prescribe es la primera; ciertamente, sería difícil pensar - en términos lógicamente equilibrados que pudiera prescribir un derecho, el de formular querrela, que se ignora se tiene o del que se carece de conocimiento, ya que ello desnaturaliza en forma total el instituto de la querrela y más aún, - afectaría de base al sistema de enjuiciamiento, ya que en manos del ofendido existe el poder mover la maquinaria oficial para la eventual sanción o el abstenerse de hacerlo, según - lo quiera o le convenga. Eso es en esencia la querrela, derecho que no prescribe ni caduca, aun cuando sí pierda eficacia. Pensamos que la mera circunstancia de que la ley considere la posibilidad de que opere la prescripción aún con plena ignorancia del ofendido, es por sí misma prueba suficiente de que el fenómeno afecta a la acción persecutoria, de la que es titular el Estado y no a la querrela, de la que lo es el ofendido".¹¹⁸

En referencia a la causa interruptora de la prescripción, transcurrida la primera mitad del lapso necesario para su operancia, esto es la aprehensión del inculcado, ninguna otra actuación puede interrumpir su curso.

El citado autor señala la importancia de precisar los alcances que debe tener la expresión "aprehensión del inculcado", y establece las tres formas constitucionalmente -- aceptables:

1a. En caso de flagrancia, esta situación está prevista en el artículo 16 constitucional y se refiere a la posibilidad de detener o privar de la libertad a una persona - cuando es sorprendida al estar cometiendo el delito o inme-

¹¹⁸ Op.cit., p. 377

diatamente después; hay en estos casos la facultad dada a -- cualquier persona para realizar el acto privativo de la libertad, pero también existe la obligación de poner al detenido sin demora a disposición de la autoridad.

2a. Mediante la ejecución de una orden dictada por la autoridad judicial con satisfacción de los requisitos que consigna el artículo 16; lo formalmente destacado en esta situación es que la orden proviene de la autoridad judicial, - lo que implica, necesariamente, una cierta actividad previa- que, sin embargo, resulta insuficiente para afectar el curso del tiempo, ya que la interrupción sólo funciona si la orden se ejecuta.

3a. Excepcionalmente es posible que en casos urgentes y si no existe autoridad judicial, la orden de captura - que se ejecuta sea decretada por la autoridad administrativa, ya que así lo plantea el propio artículo 16. En esta época- y dada la mejor organización de la administración de justi - cia, este caso no se presenta, pero es constitucionalmente - posible y por ello se apunta; el caso desde luego se limita- a los delitos perseguibles de oficio.

En conclusión la aprehensión del inculpado, siem--pre adecuada tal privación a los lineamientos legales, es -- causa interruptora del curso de la prescripción de la acción penal.

LA SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

La existencia de juicios condicionantes al ejercicio de la acción penal, se encuentra contemplada en nuestra legislación, por los artículos 109 y 359 del Código Penal para el Distrito Federal, normas que regulan el fenómeno de la suspensión de la prescripción.

El artículo 109 contiene el principio general, - al establecer que: "cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable". Este dispositivo fue reformado por el artículo 1o. del Decreto de 16 de diciembre de 1985; en esta disposición no se especifica ni limita la acción penal, por el contrario es una referencia genérica y en forma indeterminada.

"Por otra parte en el artículo 359, la situación es diversa, limitada y concreta, el juicio pendiente versa sobre una imputación calumniosa y la acción penal que se suspende en su curso es la deducible por el delito de calumnia a que se refiere el juicio pendiente, por lo tanto, el género se establece en el primero de los artículos citados y la especie en el segundo".¹¹⁹

El abuso de confianza cometido por mandatario -- es un supuesto ejemplificador de la suspensión de la prescripción. En efecto, el artículo 382 dispone que:

ART. 382.- 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 de hasta un - año y multa hasta cien veces el salario, -

¹¹⁹ Idem, p. 296

cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces el salario . . ."

En el capítulo primero del presente trabajo, -- se estableció el presupuesto material del delito, consistente en que al sujeto activo se le haya transmitido la tenencia y no el dominio de una cosa ajena mueble, casos hay en los que la transmisión de la tenencia lleva consigo la concesión de la facultad de realizar actos de dominio respecto de la cosa mueble que se transmite y que, -- sin embargo, por variación de un destino genérico, puede implicar abuso de confianza. Esta es la hipótesis que -- puede darse justamente cuando el sujeto activo es un mandatario, en el que se requiere que previamente se tenga -- que agotar la jurisdicción civil en que se haya obtenido una condena a la devolución del saldo de la cuenta del -- mandatario y que hecho el requerimiento en ejecución de -- la sentencia no se verifique tal entrega. Sólo entonces es procedente la imputación a un mandatario por la comisión del delito de abuso de confianza, en este caso la -- prescripción no habría iniciado su curso por haberse encontrado en estado de suspenso.

A mayor abundamiento reiteramos la tesis jurisprudencial sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al tenor indica:

ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO.- Para -- que un mandatario se le puede considerar -- como responsable del delito de abuso de con fianza, se necesita que, al concluir el man dato, hecha la liquidación de cuentas y re querido para que haga entrega del saldo de su cuenta, no lo verifique.

	Págs.
Tomo LXI - Peláez Angel	3343
Tomo LXXVIII - Cuautle Florentino	20
Tomo XCVI - Flores Arcaut Narciso	72
Tomo CI - Corral Domene Francis <u>co</u>	2028
Tomo CV - Guerra Ruiz Ignacio	2195

Jurisprudencia 3 (Quinta Epoca), Pág. 5 --- Volumen 1a. Sala, Segunda Parte Apéndice -- 1917-1975 anterior Apéndice 1917-1965 Jurisprudencia 3, Pág. 18; en el Apéndice de fallos 1917-1954 Jurisprudencia 6, Pág. 25 -- (En nuestra Actualización Penal tesis 20, - Pág. 7).

Debe advertirse que la exigencia del juicio condicionante, sólo debe recaer a la relación contractual -- del mandato en donde surjan partidas de "debe y haber", - mismas que requieren el análisis cuantitativo y cualitativo de las acciones u omisiones verificadas por el mandatario, dada la pluralidad de los bienes recibidos en tenencia y a las distintas finalidades jurídicas que puede perseguir un contrato de mandato, por ello, no se puede pretender que a todos los mandatarios se les exija la previa rendición de cuentas, antes que el mandante pueda formular querrela en su contra, como es el caso de los mandatos por negocio determinado y en el que únicamente existe una unidad de acción a desarrollar y ejecutar por parte - del mandatario.

Por lo tanto, mientras no se tramite el juicio de liquidación de cuentas de naturaleza civil, la prescripcón de la acción penal por el delito de abuso de confianza cometido por mandatario, se encuentra en suspensio, en concordancia a lo dispuesto por el artículo 109 del -- Código Penal.

En relación con los límites de la suspensión -- para inicio del cómputo de la prescripción de la acción--penal, es claro que no existe disposición expresa en la - legislación actual que limite el estado de suspensio de la prescripción.

PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

Es correcto el criterio sustentado por el tratadista mexicano Sergio Vela Treviño al concebir a la -- prescripción como la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes -- por razón del tiempo transcurrido.

La extinción de la pretensión punitiva del Estado, debe de ser declarada en forma oficiosa y en cualquier grado y estado de la causa, por esta razón, la autoridad investigadora debe estudiar como presupuesto --- del ejercicio de la acción penal, el que la misma no se encuadre dentro de los extremos de la prescripción como forma extintiva de la acción persecutoria.

En oposición al instituto de la querrela, re fe rida como condición de procedibilidad de la acción pe -- nal, el estudio de la prescripción ha de verificarse, -- posterior a las consideraciones de fondo, y de la estima ción de que el hecho es probablemente delictuoso, en tal virtud, primeramente debe determinarse la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del au -- tor del hecho, y después decretar la procedencia del ejer -- cicio de la acción penal, atendiendo a que el fenómeno - de la prescripción, no se haya presentado en el caso es -- pecífico.

El estudio de la querrela es anterior a que se considere al hecho en cuanto al fondo, la prescripción - debe ser objeto de estudio, posterior a la determinación de que el hecho es probablemente delictuoso, la querrela es un requisito que debe satisfacerse para que proceda -

la acción penal, en tanto que la prescripción es un pre supuesto del ejercicio de la acción penal, en cuanto a que debe estar ausente, de lo contrario imposibilita la instauración del proceso penal.

Ha quedado expresada la posibilidad de que la prescripción de la acción penal sea declarada con anterioridad al ejercicio de la misma, esto es, en la etapa de averiguación previa y que en estricto derecho es la instancia correcta para su decretamiento, salvo el caso de que se encuentre corriendo el término de la prescripción. La prescripción se manifiesta como un obstáculo a la perseguibilidad del hecho que dá origen al delito, además de ser una obligación imperativa del Órgano del Estado (Ministerio Público) su resolución. Sin embargo en el evento de que haya sido omitido el estudio de la prescripción o que el mismo haya resultado insuficiente, por lo cual haya originado la instauración indebida del proceso penal, la autoridad judicial también se encuentra restringida en su pretensión punitiva, pues en cualquier tiempo y estado de la causa, debe (por ser -- mandato impuesto) de estudiarse y declararse cuando fue ra procedente la cesación del interés represivo, y por ende la extinción de la acción penal.

Por ello, la titularidad de la declaración -- de prescripción de la acción persecutoria, recae en el Ministerio Público, dado el principio de oficialidad -- de la acción penal, durante la etapa de averiguación -- previa, en que funciona como autoridad, siendo imperati vo la revisión de que el hecho calificado como probable delito y que ha de motivar el ejercicio de la acción pe nal, no se encuadre dentro de los extremos de la pres - cripción que condiciona la perseguibilidad del hecho -- e imposibilita la consignación e instauración del proce so.

Tal titularidad en la declaración, es extensiva al juez de la causa, por encontrarse corriendo el término de la prescripción, o por haber sido consignada la averiguación previa en forma indebida, ya que el estudio de la prescripción tiene el carácter oficioso, debiendo haber resultado insuficiente o inadecuado por parte del Ministerio Público en la averiguación previa, sin embargo, la autoridad judicial tiene la obligación de declarar la prescripción en cualquier estado de la causa.

Frente al poder estatal, se destaca la prescripción como una forma de limitación a la facultad sancionadora, es un medio de otorgar seguridad a los individuos dentro del sistema punitivo, al establecerse dentro del marco jurídico los límites de temporalidad que el Estado tiene para perseguir o sancionar los hechos que deben ser objeto de persecución y sanción.

Ya se refería que el transcurso del tiempo hace perder el interés estatal en la persecución del delito, pues mientras más tiempo transcurra de la comisión del hecho injusto, como afirma el maestro Garraud "la sociedad no puede ni debe perseguir exclusivamente la expiación -- del delincuente, sino que, tiene una mira más elevada, -- como lo es el mantenimiento del orden y de la seguridad pública". Es esta reflexión interesante en cuanto a que estima que el orden violado una vez restituido a su condición anterior por el transcurso del tiempo, no justifica la búsqueda de sanción a la conducta desplegada, que ya no puede considerarse como peligrosa a la sociedad, puesto que se ha reintegrado la seguridad pública, además que la lejanía del tiempo respecto de la comisión de un ilícito, hace más difícil su persecución desde el punto de vista probatorio, verbigracia la circunstanciación de lugar, modo, tiempo y forma de ejecución del hecho, cuando fuese necesario para acreditar el hecho, el testimonio de --

personas, que lógicamente a un mayor espacio de tiempo, - es menor la precisión de la memoria.

Por estos argumentos, debe considerarse que la "ratio legis" de la prescripción, parte del principio de seguridad jurídica de los gobernados, frente al poder represivo del Estado, el cual debe sujetarse a las limitaciones impuestas por la norma jurídica, en el caso de la prescripción, se atiende a una limitante del carácter temporal.

En consecuencia, la prescripción de la acción, supone una inactividad del Ministerio Público respecto de su derecho de persecución, quedando extinguido, por esa omisión en la actividad. Es pues un instituto jurídico que repercute en la imposibilidad de calificación de determinados hechos, por la prescripción de la acción penal.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prescripción, como medio extintivo de la acción persecutoria, es más adecuado el establecerlo como un presupuesto condicionante de carácter procesal penal, que como instituto perteneciente al derecho penal sustantivo, ya que se constituye como un obstáculo a la incoación del proceso, condicionando la perseguibilidad del hecho, no en cuanto al fondo (ya que deben encontrarse reunidos en apariencia -- los elementos integradores del tipo), sino en cuanto a -- que el transcurso del tiempo imposibilita al Ministerio Público al ejercicio de la acción penal, por haber operado el fenómeno de la prescripción, es pues, un impedimento procesal.

La prescripción debe considerarse como un presupuesto procesal, pues no parte de situaciones del hecho - en cuanto a su calificación, por el contrario, surge como consecuencia de una limitación especial al poder estatal, constituyéndose como un obstáculo o impedimento del ejer-

cicio de la acción penal.

Respecto del momento consumativo del delito de - abuso de confianza genérico, debe considerarse al instante en el cual, el agente del ilícito lleva a cabo la apropiación del bien, por ser delito de resultado, la consumación se verifica cuando se lleva al cabo la violación de la finalidad jurídica para la cual fué transmitida en posesión-precaria la cosa. En referencia a la prescripción, es de - capital importancia la determinación del momento, en que - la conducta del poseedor derivado es ilícita, para el efecto de saber el término en que ha de iniciarse el curso de la prescripción de la acción penal.

La consumación del abuso de confianza identificado doctrinariamente como retención indebida, se verifica - al momento en que el activo lleva al cabo la negativa a -- devolver la cosa, previa la satisfacción del requerimiento formal de quien legalmente tiene derecho para hacerlo, pero transcurrido un plazo razonable, de acuerdo con las peculiaridades del caso, en el que se evidencia la intención del autor de hecho para negarse a la restitución.

En cuanto al injusto cometido por mandatario, -- la consumación no depende ni de la rendición de cuentas, - ni de la constitución en mora, sino en el hecho de no en--tregarse o no restituirse la cosa a su debido tiempo, mostrándose en forma exterior el "animus sibi habendi" del activo.

Es pues, trascendente precisar el instante en -- que se consuma el delito para efectos de la prescripción, - la indeterminación de la comisión del injusto, implicaría una violación a las garantías individuales del presunto -- agente, ya que constitucionalmente se exige en la resolución relativa a determinar la situación jurídica de' proce

sado, cuando hay méritos suficientes para dictar el auto de formal prisión, el que se exprese el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución del delito (Artículo 19)

Refiriéndonos a la prescripción de la acción persecutoria del abuso de confianza, debe concluirse que la temporalidad para la prescripción prevista en las diferentes legislaciones locales (uno o dos años), se inicia a contar, de la fecha en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente (Artículo 107- del Código Penal para el Distrito Federal), siendo más correcto como lo señala el maestro Vela Treviño, el que se utilice la terminología de que "a partir de que se tenga conocimiento del hecho y de su autor", pues la calificación de que el hecho sea delictuoso y su autor responsable, se da una vez, que se resuelve en forma definitiva y no apriorfisticamente como se efectúa.

Con independencia del conocimiento de parte del ofendido, de la comisión del hecho y de su autor o autores, se establece un lapso mayor para que opere la prescripción, atendiendo al desconocimiento de esta circunstancia, siendo el término de tres años, es clara que la razón legal de esta disposición supletoria para el evento de que se desconozca la existencia del injusto y del autor, se encuentra motivada en el principio de seguridad jurídica que la que gozan los gobernados frente al poder represivo estatal, pues en el supuesto de que fuera inexistente esta norma, existirían mecanismos para considerar imprescriptible el delito. De esta hipótesis, surge la manifiesta importancia del momento consumativo del abuso de confianza.

En lo particular, soy partidario de la doctrina que concluye que el fenómeno de la prescripción afecta a la acción persecutoria y no al derecho de formular la querrela. En el sistema mexicano como se refirió en-

el capítulo II del presente trabajo, la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, monopolizando la posibilidad de su ejercicio o desestimación, otorgándose dentro de este sistema procesal, al ofendido del delito la restringida actuación de dar la "notitia criminis", que por ende satisface la condición de procedibilidad que obstaculiza la intervención del Ministerio Público en los delitos perseguibles a instancia de parte, permitiendo a partir de ese momento una investigación lícita del órgano delegado para la persecución de los hechos, sin que el ofendido sea partícipe en la determinación del ejercicio de la acción penal, dado el principio de oficialidad imperante (Artículo 21 Constitucional). A diferencia de otras codificaciones extranjeras, en donde la querella entendida como "notitia criminis", es al propio tiempo el contenido del ejercicio de la acción penal en los delitos privados y semi-públicos, constituyéndose por tanto, no en un obstáculo o condición de la acción penal, sino en el ejercicio de la acción penal misma, en el que se manifiesta la pretensión punitiva del ofendido, que aquí no es exclusiva del Estado.

En este último tipo de legislaciones, sería más discutible el hecho de que el instituto de la querella se encontrara limitado en su interposición por el fenómeno de la prescripción, sin embargo, circunscribiéndonos a la legislación mexicana, es contundente que lo que prescribe es la acción penal exclusiva del Ministerio Público, y la querella entonces, sólo se constituye en un requisito de procedibilidad, sin el cual el Ministerio Público no puede perseguir legalmente los delitos.

A mayor abundamiento, no existe disposición normativa alguna que establezca que la prescripción se orienta al derecho de formular la querella, por el contrario, es evidente que la hipótesis legal indica que por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones -

(Artículo 100 del Código Penal para el Distrito Federal).

Haciendo un análisis comparativo de la interrupción y de la suspensión de la prescripción, debe estimarse como aspecto diferencial, en que tratándose de la suspensión, la prescripción "duerme" por un intervalo, pero vuelve a tomar su curso desde el día en que cesa la causa de la suspensión, por lo que el tiempo anterior a la causa de suspensión se computa, mientras que en la interrupción el tiempo transcurrido se pierde y sólo puede volver a empezar a correr un nuevo término para la prescripción.

Pasando al tema de la interrupción de la prescripción, se citaron en forma las disposiciones contenidas en los artículos 107, 110 y 111 del Código Penal, debe partirse que la interrupción se ha de concretar a los casos previstos por la legislación, en el supuesto ejemplificativo surgen dos hipótesis, la primera que ha de referirse a que la prescripción produce sus efectos en un año, contados desde el día en que la parte ofendida tuvo conocimiento del delito y del delincuente, en este caso, cualquier tipo de actuaciones procedimentales son idóneas para interrumpir el curso de la prescripción, cuando se presenten dentro de los primeros seis meses, contados a partir de que el ofendido tuvo conocimiento del delito y del delincuente, y por el contrario, aquellas actuaciones que se practiquen durante el segundo semestre, no tienen eficacia interruptora de la prescripción, ya que el curso de esta, sólo se interrumpe con la aprehensión del inculgado.

Respecto a la segunda hipótesis, cuando la parte ofendida no tiene conocimiento del delito y del delincuente, y que de acuerdo a la norma tiene un curso total de tres años la prescripción de la acción penal contados a partir de la consumación del delito de abuso de confianza. Tomando de base este dato, debe concluirse que las -

actuaciones procedimentales serán interruptoras respecto del curso de la prescripción, cuando se practiquen durante los primeros dieciocho meses, contados a partir de la consumación del ilícito, y durante los siguientes dieciocho meses, sólo la aprehensión del agente será motivadora de la interrupción de la prescripción.

Dentro de los obstáculos y restricciones a los que se encuentra sometido el instituto de la prescripción, se señalaba como causa que suspende el curso de la misma, la necesidad de la previa conclusión de un juicio del orden civil, para que pudiera procederse en contra del autor del hecho.

El ilícito de abuso de confianza cometido por mandatario, requiere la previa existencia de un juicio condicionante del orden civil, que es el relativo a la rendición de cuentas, aspecto que fue objeto de estudio y exposición en el capítulo anterior.

En efecto, para que sea procedente el ejercicio de la acción penal por el delito de abuso de confianza, cuya comisión sea realizada por persona que tenga el carácter de mandatario, requiere la previa satisfacción del presupuesto condicionante del juicio de rendición de cuentas, en el cual a virtud de sentencia irrevocable, se haya desaprobado el manejo durante el mandato, condenándose a la devolución de cantidades de dinero o bienes muebles. Desde luego, es también presupuesto típico el que una vez condenado el mandatario a la devolución de cantidades o bienes, sea requerido formalmente para la restitución de las cosas, y que sea manifiesta la negativa a la entrega, sólo a partir de ese momento, será procedente el ejercicio de la acción penal por el delito de abuso de confianza, en este tenor, necesariamente no puede iniciarse el curso de la prescripción por encontrarse en estado de suspenso.

Empero, el juicio condicionante en el abuso de confianza cometido por mandatario, sólo debe referirse a las relaciones contractuales en las que surjan partidas de "debe y haber" y que requieren por su propia naturaleza la liquidación de cuentas, por el contrario en los casos de mandato específico o por negocio determinado, no opera el fenómeno de la suspensión de la prescripción, -- puesto que la acción penal no se encuentra condicionada -- el presupuesto del juicio de rendición de cuentas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I.- Los presupuestos de naturaleza procesal penal y materiales o típicos referidos al delito de abuso de confianza y al ejercicio de la acción penal, se constituyen en obstáculos e impedimentos en la perseguibilidad del hecho con apariencia ilícita, por lo que tales requisitos presupuestales deben satisfacerse para el correcto ejercicio de la acción persecutoria y la incoacción del proceso penal, ya que en el evento contrario, importaría la conculcación de los derechos tutelados en beneficio de los gobernados.

II.- Por virtud de la inobservancia de los presupuestos que condicionan el nacimiento del delito y el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público se encuentra impedido de ejercitar la acción penal, sin necesidad de entrar al estudio de fondo que presuntivamente determinaría la responsabilidad del autor del hecho, con excepción de la prescripción. En este orden, también los tribunales se encuentran incapacitados en la instrucción del proceso y su conclusión.

III.- Atendiendo al rigor de la materia penal, la normatividad del abuso de confianza debe modificarse para ser técnicamente más precisa y contundente en los aspectos de su contenido y denominación. En efecto, al través del estudio del Derecho extranjero, particularmente en la legislación alemana, se advierte la diferencia típica de la apropiación indebida y la administración infiel. En la primera de las figuras, el supuesto normativo consiste en que el sujeto pasivo ha hecho la entrega de la cosa a título de depósito o cualquier otro título que produzca la obligación de devolver el bien perfectamente determinado que pasó al activo a título precario de indisponibilidad.

En la administración infiel, no se trata de un objeto singular, sino de un conjunto de cosas y bienes, algunos de los cuales pueden incluso no haber estado en poder del sujeto pasivo, por haber sido adquiridos por el administrador con destino a lo que administra, dándose relaciones de mayor volumen y de proyección temporal, volumen de bienes que hace indispensable un ajuste final o rendición de cuentas. En consecuencia, es recomendable la distinción de estas figuras jurídicas, ya que los elementos integradores muestran matices diversos.

IV.- La conducta desplegada en la administración infiel es más peligrosa que el abuso de confianza identificado como apropiación indebida, puesto que la conducta que ejecuta el administrador consta de diversos actos respecto de un mayor volumen de bienes. Además, se demuestra una mayor confianza del pasivo al activo, ya que éste debe realizar no sólo una conducta, sino diversas tendientes a cuidar, administrar o incrementar el acervo patrimonial del mandante. En este sentido, la administración infiel debería considerarse por lo menos en nuestra legislación, como una circunstancia agravante del delito, pues se tiene que sancionar la mayor peligrosidad del delincuente por virtud de la pluralidad y complejidad de la conducta que efectúa.

V.- La administración infiel sólo debe referirse a la relación contractual de mandato o administración en general, en donde haya partidas de "debe y haber", caso contrario es el hecho en que el mandato es específico o el negocio se refiera a una sola conducta que debe ejecutar el mandatario, o cuando se dispone de sumas de dinero entregadas para la aplicación en específico, en los cuales no se requiere por su naturaleza el ajuste final o la rendición de cuentas.

VI.- De la definición que establece el artículo 382 - del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que el término disposición debe entenderse en sentido amplio, equiparable al término de apropiación y al de distracción de la finalidad jurídica para la que fué entregada en tenencia el objeto, - tal denominación incluye la apropiación de la cosa, en cuanto - se realiza en ella actos de dominio y cuando el sujeto invierte la cosa, es pues, conceptualmente sinónima de las ideas de adueñamiento y apropiación. El artículo 384 del propio cuerpo normativo, amplía la descripción típica del abuso de confianza has ta abarcar la ilegítima posesión de la cosa retenida, puesto -- que la negativa a devolver la cosa a pesar de ser requerido for malmente para ello, viola también la finalidad jurídica de la - tenencia.

Debe advertirse que la violación de la finalidad jurídica tenga como consecuencia un acto de apropiación, pues - el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un contra-- to, sin que se produzca la apropiación del tenedor, no puede -- considerarse como constitutivo del delito de abuso de confian-- za, incumplimiento que únicamente faculta al ejercicio de acciones civiles.

VII.- Técnicamente resulta más adecuado el que se deno mine como retención indebida a la figura típica que establece - el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, equi parable al abuso de confianza, ya que es diferente la conducta- del que dispone en sentido estricto del que retiene, conductas- cuyos elementos difieren entre sí, toda vez que el numeral de - cita, excluye el acto de disposición por propia definición, pues no se puede disponer y retener al mismo tiempo; la retención -- supone que la cosa material y físicamente esté en poder del re-

tenedor, teniendo la aptitud potencial de devolverla, no así - el que dispone en sentido estricto, ya que la cosa pudo haber sido objeto de enajenación, inversión o destrucción, en cuyo - evento, materialmente es imposible restituir el bien transmiti do.

VIII.- En referencia a los aspectos diferenciales de - las figuras patrimoniales más importantes, el abuso de confian za difiere del fraude, por el hecho de que en el primero de -- los tipos penales, el sujeto activo obtiene la posesión de la cosa en forma lícita, sin emplear engaños, maquinaciones o --- aprovechamiento del error, surgiendo posteriormente su activi dad dolosa al disponer indebidamente de aquélla en perjuicio - del transmisor, es pues una conducta esencialmente pasiva, ya que el agente del ilícito recibe la tenencia de la cosa por -- parte del ofendido sin que sea menester actividad alguna para su obtención. En el fraude, el agente recibe la cosa como resultado de una actividad engañosa, por lo que el dolo es anterior a la posesión, y ésta es consecuencia de aquél, este dolo se manifiesta en el engaño o en el aprovechamiento del error - en el que la víctima se encuentra, medios sin los cuales no -- hubiera alcanzado el activo, el objeto y lucro propuestos, --- siendo en consecuencia, una conducta activa que requiere la - positividad de los actos.

IX.- En relación al robo, hay identidad no sólo en - cuanto al perjuicio patrimonial, sino además en función del ob jeto material del delito que recae sobre un bien mueble ajeno, el perfil diferencial se establece en cuanto a la conducta des plegada por el agente, pues en el robo, la acción lesiva radi ca en el apoderamiento violento, astuto, subrepticio, y sin -- que exista el consentimiento del pasivo respecto de la cosa ob

jeto del delito, mientras en el abuso de confianza, la conducta ilícita es la disposición indebida de una cosa recibida en virtud de un contrato o acto no transferente de dominio, violando la finalidad jurídica de la precaria tenencia de la cosa entregada por el pasivo, esto es, existe el consentimiento del ofendido en la entrega de la cosa.

X.- La naturaleza jurídica de la querrela se ubica en la esfera del Derecho Procesal Penal y no en el Derecho Sustantivo, en el cual se constriñe básicamente la teoría de las condiciones objetivas de punibilidad.

Las condiciones objetivas como las concibe ---- Rittler, son parte integrante del delito, pero fuera de la esfera de la antijuricidad y culpabilidad, en esa virtud, la querrela no puede considerarse como una condición objetiva de punibilidad, pues para su existencia supone un delito ya realizado, el cual no necesita perfeccionarse mediante la interposición de la querrela. Además la querrela no puede ser parte -- del delito, en cuanto a que éste se verifica con independencia del conocimiento del pasivo, esto es, la querrela es posterior a la conducta que contiene la reunión de los elementos integradores del tipo penal.

XI.- La omisión de la querrela definitivamente no -- cuestiona el hecho delictuoso en cuanto al fondo, sino se constituye en un problema formal que sólo da lugar a la reposición del procedimiento. Una vez hecha la determinación de la inexistencia de la querrela, no se resuelve cuestión alguna sobre la antijuricidad, culpabilidad o tipicidad del hecho delictuoso.

XII.- La querrela como presupuesto procesal, adquiere relevancia fundamentalmente en aquellas legislaciones en las que se contemplan delitos de índole privado y semipúblico, en las cuales se legitima al ofendido del injusto al sostenimiento de la pretensión penal en condiciones similares al Ministerio Público; constituyéndose la querrela en este tipo de sistemas procesales, en el ejercicio de la acción penal misma.

Los presupuestos procesales son considerados como aquellos actos o antecedentes que dan origen al proceso penal, por ello no se puede concebir a la querrela como un presupuesto o condición al ejercicio de la acción penal, sino propiamente constituye un presupuesto del proceso penal, la querrela es en este tipo de codificaciones más que un obstáculo de la acción penal, es el ejercicio de la acción penal misma, manifestada como la pretensión punitiva del ofendido. Es contundente que la legitimación otorgada al sujeto pasivo para ejercitar la acción penal en los delitos privados y también para el sostenimiento de la pretensión penal, le confiere la facultad de ser el único árbitro de la iniciación del proceso.

Por tanto, la importancia de la teoría que considera a la querrela como un presupuesto procesal, se restringe en sus alcances a aquellos países en donde se otorga el "ius puniendi" a los particulares, sin que sea facultad exclusiva del Ministerio Público la persecución de delitos.

XIII.- La querrela como condición o presupuesto de procedibilidad se orienta a aquellos sistemas procesales en donde la acción penal es exclusiva del Ministerio Público, sin que estén posibilitados los ofendidos en los delitos perseguibles a instancia de parte a ejercitar directamente la acción penal,

pues ésta tiene el carácter de pública, y sólo un órgano del - Estado funcionando como Autoridad lo puede verificar.

XIV.- La querrela debe considerarse como presupuesto, pero no como parte de los elementos objetivos (tipo penal, partes del proceso, etc.) que dan surgimiento no a la relación -- procesal ni al proceso (presupuesto procesales), sino como un acto necesario y previo al ejercicio de la acción penal que -- subordina la actividad del Ministerio Público, porque en su ausencia obstaculiza y restringe el ejercicio de la acción penal.

XV.- La acción penal constituye el presupuesto del - proceso penal, acción penal que no se ejercita en nuestra legislación mediante la interposición de la querrela, teniendo - ésta el carácter restringido de dar la "notitia criminis", estimulando o limitando al Ministerio Público en el conocimiento, estudio y resolución de su ejercicio, pues en tanto no se haya formulado la querrela, el Ministerio Público debe abstenerse de investigar y ejercitar la acción penal, so pena de -- que las actuaciones practicadas sean nulas. En consecuencia, - la querrela se erige en un factor de disminución al principio de estatización del "ius puniendi", ya que en cierta forma, el poder-deber del Estado se encuentra sometido a la voluntad del ofendido.

XVI.- El abuso de confianza dentro del Código Penal - para el Distrito Federal, es un delito perseguible a instancia de parte, por lo que exige la existencia de la previa satisfacción de la querrela como condición de procedibilidad, querrela que únicamente puede provenir del titular del derecho ofendido, que puede ser un particular, una corporación o el Estado - mismo, según sea el hecho motivador de la afectación del interés protegido por la norma.

XVII.- En la formulación de la querella, considero necesaria la manifestación del ofendido de que se desea el ejercicio de la acción penal y la sanción del autor del hecho, atendiendo a que el Ministerio Público en los delitos perseguibles a instancia de parte, requiere la excitativa del ofendido, --- pues no obstante que no es exigencia la utilización del término expreso de "querella", el ocurrir a una Autoridad y puntualizar hechos, es insuficiente para que se estime que el pasivo se querelló legalmente, ya que no se manifiesta su voluntad específica de que se persiga y castigue al autor del hecho, pues de otra manera, únicamente se constituiría en una denuncia de hechos, e interpretando que el sólo relato de hechos tiene el carácter de querella, haría intrascendente la distinción de -- estas dos instituciones, no justificando en esa virtud su reglamentación.

XVIII.- En este mismo sentido, debe determinarse la persona o personas contra las cuales se endereza la querella, --- pues debe estimarse insuficiente la utilización de la frase -- "quien o quienes resulten responsables", dada la naturaleza -- del delito de abuso de confianza, en el cual el ofendido transmite el bien mueble en precaria tenencia al activo, en consecuencia, aquel se encuentra en aptitud de precisar al autor -- o autores del hecho y contra los cuales ha de exigir la aplicación de la sanción penal, por lo que no se justifica la omisión en el señalamiento expreso de las personas probables responsables del injusto.

XIX.- La omisión de los requisitos señalados, acarrea la inexistencia de la querella, pues el ofendido no la formula legalmente, por tanto, no puede perseguirse al autor del hecho, careciendo de base el proceso penal, en el supuesto en que in-

debidamente el Ministerio Público haya ejercitado la acción -- penal.

XX.- El presupuesto típico del abuso de confianza es tablecido por el dispositivo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, lo constituye la transmisión del bien en precaria tenencia al sujeto activo del delito. La transmisión de tenencia implica el poder jurídico de hecho que sobre la cosa ejerce el activo, concediéndosele autonomía en su detención, sin que esta posesión se considere a título de dueño, o se le hayan otorgado facultades de disposición, salvo que la misma constituya el objeto de la transmisión, aunque desde luego en beneficio del dueño. En consecuencia, no existe vigilancia -- del transmisor, sino una posesión autónoma de la cosa, con el propósito de que el tenedor lleve al cabo la finalidad jurídica para la cual le fue concedida la cosa a título precario, es tableciéndose su obligación de restituirla o destinarla al fin encomendado.

XXI.- Respecto de la clase de posesión que constituye el presupuesto material del delito, estimo correcta la asimilación de los conceptos de tenencia y posesión derivada, sólo -- que su valoración surge de supuestos distintos, se considera precaria la posesión, atendiendo a la obligación del tenedor -- de restituir la cosa, es decir, es una posesión temporal; en -- tanto la calificación derivada, es en función de que la posesión del objeto se recibe a virtud de un acto jurídico por parte del propietario o de quien legítimamente puede disponer, -- incluyéndose a la Autoridad.

La posesión derivada se encuentra en antagonismo con la posesión originaria que siempre conserva el propietario o poseedor a título de dueño, no obstante que carezca de --

la detentación corpórea del bien, realizando la entrega al -- poseedor derivado que detenta la cosa temporalmente en virtud de un acto jurídico, con la obligación de restituirla o destinarla al fin encomendado. Desde luego, la posesión derivada debe ser independiente de la posesión del propietario, por lo que la traslación debe otorgarle a aquél un grado de autonomía sobre la cosa, sin vigilancia ni supervisión del propietario.

XXII.- Debe estimarse contrario al principio de legalidad, el que no tenga observancia el presupuesto del delito de abuso de confianza cometido por mandatario, consistente -- en el juicio de rendición de cuentas, sin embargo, tal requisito debe restringirse exclusivamente a las relaciones contractuales que por su naturaleza, surjan partidas de "debe y haber", mismas que requieren del análisis cuantitativo y cualitativo de las acciones u omisiones verificadas por el mandatario, dada la pluralidad de los bienes recibidos en tenencia y a las distintas finalidades jurídicas que puede perseguir -- un contrato de mandato, el cual puede contener varios encargos.

XXIII.- En este sentido, no se puede pretender que a -- todos los mandatarios se les exija la previa rendición de cuentas, antes que el mandante pueda formular querrela en su contra, presupuesto que se refiere a la relación contractual con partidas de "debe y haber", no así en un mandato determinado y en el que únicamente exista una unidad de acción a desarrollar y a ejecutar por parte del mandatario.

XXIV.- El delito de abuso de confianza cometido por -- mandatario, se encuentra vinculado a la retención indebida --

que contempla el artículo 384 del Código Penal, el cual amplía la descripción típica del abuso de confianza, ya que en los casos en que se requiera el presupuesto condicionante del juicio civil de rendición de cuentas, hecha la liquidación y una vez desaprobada ésta, se exige también el requerimiento formal para la devolución del saldo, y el momento consumativo del injusto, es precisamente la negativa a la restitución.

XXV.- El presupuesto material del tipo penal de retención indebida, consiste en la posesión de la cosa, acto en sí mismo lícito, pero la negativa a devolverla después del requerimiento formal por quien tiene derecho a ello, haciendo del reconocimiento del poseedor que es ilegítima la posesión de la cosa retenida, consuma el delito.

Atento a lo anterior, debe considerarse como presupuesto típico de la retención indebida, el requerimiento formal para la devolución de la cosa, requerimiento que se significa por la exigencia de la restitución en vía judicial o notarial, con objeto de que sea indubitable la petición del pasivo, por lo que la no restitución de la cosa implica un acto de apropiación por parte del retenedor.

XXVI.- Frente al poder estatal, se destaca la prescripción como una forma de limitación a la facultad sancionadora, es un medio de otorgar seguridad a los individuos dentro del sistema punitivo, al establecerse dentro del marco jurídico los límites de temporalidad que el Estado tiene para perseguir o sancionar los hechos que deben ser objeto de persecución o sanción.

La extinción de la pretensión punitiva del Estado, debe ser declarada en forma oficiosa y en cualquier grado-

y estado de la causa, por esta razón, la autoridad investigadora debe estudiar como presupuesto del ejercicio de la acción penal, el que la misma no se encuadre dentro de los extremos de prescripción como forma extintiva de la acción persecutoria.

XXVII.- En oposición al instituto de la querrela, referida como condición de procedibilidad de la acción penal, el estudio de la prescripción ha de verificarse posterior a las consideraciones de fondo y de la estimación de que el hecho es probablemente delictuoso, en tal virtud, primeramente debe determinarse la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor del hecho, y después decretar la procedencia del ejercicio de la acción penal, atendiendo a que el fenómeno de la prescripción no se haya presentado en el caso específico.

XXVIII.- La prescripción se constituye en un obstáculo presupuestal de la acción persecutoria, pues impide la incoación del proceso penal, así como, la persecución y calificación de los hechos aparentemente constitutivos de delito.

XXIX.- La temporalidad para la prescripción de la acción penal del abuso de confianza, es uno de un año que se inicia a contar desde la fecha en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, estableciéndose un lapso mayor para que opere la prescripción, atendiendo al de conocimiento de esta circunstancia, siendo el término de tres años.

Es claro que la razón legal de esta disposición supletoria para el evento de que se desconozca la existencia del injusto y de su autor, se encuentra motivado en el principio de seguridad jurídica de la que gozan los gobernados fren-

te al aparato represivo estatal, pues en el supuesto que fuera inexistente esta norma, podrían ser objeto de utilización diversos argumentos que harían imprescriptible al delito.

XXX.- Respecto de la interrupción de la prescripción, partiendo de la primera de las hipótesis en la que la temporalidad requerida es de un año, contando desde la fecha en que el ofendido tuvo conocimiento del delito y del delincuente, en cuyo caso cualquier tipo de actuaciones procedimentales son -- idóneas para interrumpir el curso de la prescripción cuando se presenten dentro de los primeros seis meses, contados a partir del conocimiento del pasivo, por el contrario, aquellas actuaciones que se practiquen durante el segundo semestre no tienen eficacia interruptora de la prescripción, ya que el curso de esta sólo se interrumpe con la aprehensión del inculcado.

XXXI.- En referencia a la segunda de las hipótesis, -- cuando la parte ofendida no tiene conocimiento del delito y -- del delincuente, y que de acuerdo con la norma la prescripción de la acción penal tiene un curso total de tres años, contados a partir de la consumación del delito. Tomando de base este -- dato, debe concluirse que las actuaciones procedimentales serán interruptoras del curso de la prescripción, cuando se practiquen durante los primeros dieciocho meses contados a partir de la consumación del ilícito, y durante los segundos dieciocho meses, sólo la aprehensión del agente será motivadora de la interrupción de la prescripción.

XXXII.- Dentro de los obstáculos a los que se encuentra sometido el instituto de la prescripción, se señala como causa que suspende el curso de la misma, la necesidad de la previa -- conclusión de un juicio del orden civil. El ilícito de abuso de confianza cometido por mandatario requiere la existencia de un juicio condicionante de naturaleza civil, que es el relati-

vo a la rendición de cuentas, sin el cual no puede procederse penalmente en contra del mandatario.

No concluido el juicio condicionante, es imposible iniciar el curso de la prescripción por encontrarse en estado de suspenso el posible ejercicio de la acción penal, que se daría una vez pronunciada sentencia irrevocable en la que se haya desaprobado el manejo durante el mandato y se haya negado el mandatario a la restitución del saldo, no obstante el requerimiento formal que tiene que verificarse; hasta entonces no puede iniciarse el curso de la prescripción, por virtud de no haberse satisfecho éste presupuesto material del abuso de confianza.

XXXIII.- Es inoperante la suspensión de la prescripción en el abuso de confianza cometido por mandatario, en los casos en que el mandato es específico o por negocio determinado, --- puesto que el delito y por ende la acción penal no se encuentran condicionados al presupuesto del juicio de rendición de cuentas.

BIBLIOGRAFIA

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

Cárdenas, Raúl F., Estudios Penales, México, Editorial Jus, 1977, pp. 587.

Carnelutti, Francesco, Principio del Proceso Penal, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 476.

Carreto Herrera, Octavio, El presupuesto Material en el Abuso de Confianza, México, 1956, pp. 267.

Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Décima Tercera Edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1972, pp. 1076.

Gimeno Sendra, José Vicente, La Querrela, Barcelona, Editorial Bosch, 1977, pp. 325.

Gil Ramírez, Arturo, Ensayo sobre las condiciones objetivas de punibilidad, México, UNAM, 1961, pp. 475.

Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Madrid, 1955, pp. 635.

Conzález de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Décimo Octava Edición, México, Editorial Porrúa, 1982, pp. 457.

Ibarrola, Antonio de, Cosas y Sucesiones, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa, 1977, pp. 1064.

Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, 1984, pp. 441.

Levene, Ricardo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial de Zavala, 1978, pp. 845.

Millán S., Alberto, Los Delitos de la Administración Fraudulenta y Desbaratamiento de derechos acordados, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derechos y Ciencias Sociales, 1976, pp. 152.

Moreno de P., Antonio, Derecho Penal México, Parte Especial, De los delitos en particular, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 1968, pp. 620.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, pp. 214.

Quintano Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo II, Segunda Edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 1079.

Rivero Silva, Manuel, El Procedimiento Penal, Séptima Edición, México, Editorial Porrúa, 1975, pp. 379.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil, Teoría General de los Derechos Reales, Tomo III, Vol. II, México, 1947, pp. 424.

Rubianes F., Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, pp. 587.

Vela Treviño, Sergio, La Prescripción en Materia Penal, Primera Reimpresión, México, Editorial Trillas, 1985, pp. 573.

Velez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Lemes, 1969, pp. 673.

I N D I C E

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

INDICE DE MATERIAS

INTRODUCCION.....	5
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACION A ESTE ILICITO

A) Reseña histórica al respecto.....	8
B) Diversidad de conceptos.....	14
C) Elementos integradores del delito.....	21
D) Diferencias con otros delitos patrimoniales	39
E) Puntos de vista del autor.....	53

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS REQUISITOS PREVIOS

A) Naturaleza jurídica de la querella.....	68
B) La querella como requisito de procedibilidad.....	81
C) Reglas de la acción penal para los delitos persegui bles por querella.....	87
D) La personalidad del querellante.....	92
E) Puntos de vista del autor.....	101

CAPITULO TERCERO

DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES

A) La posesión precaria del bien	112
B) La rendición de cuentas.....	120
C) El requerimiento formal.....	127
D) Puntos de vista del autor.....	134

DE LA PRESCRIPCIÓN

A) Consideraciones Generales	143
B) Consumación del delito para los efectos de la prescripción.....	150
C) La interrupción de la prescripción.....	157
D) La suspensión de la prescripción	163
E) Puntos de vista del autor	166

CONCLUSIONES	176
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	190
--------------------	-----

INDICE	192
--------------	-----