

201 124



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE 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 :
EDITH MENDOZA PERALTA



1988

**TESIS CON
FALLA DE COPIA**



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.

	PAG.
- Jurisprudencia. Competencia para conocer el delito de... (diferencia entre abuso de confianza y peculado).	25
B) Código Penal de 1929	30
artículo 1144-1150	
- Jurisprudencia. Abuso de confianza. Delito de...	31
CAPITULO II.	
CONCEPTO LEGAL, PRESUPUESTOS, ELEMENTOS, BIEN JURIDICAMENTE LESIONADO E INTERES PATRIMONIAL TUTELADO.	
2.1. Concepto legal del delito de abuso de confianza.	36
2.2. Presupuesto material del hecho en el abuso de confianza.	
2.2.1. El presupuesto lógico del abuso de confianza.	37
2.3. Elementos de la definición del abuso, en la legislación penal mexicana de 1931.	38
A) Elementos materiales;	
B) Elemento subjetivo;	
C) Elementos normativos.	40
2.3.1. Clasificación general de los elementos del delito de abuso de confianza:	
1er. Elemento: la disposición.	41
A) Disposición para sí o para otro.	42
- Jurisprudencia. Existencia del delito de... el elemento 'disposición'.	43

	PAG.
B) La disposición como acto de apropiación.	44
- Jurisprudencia. Posesión derivada o tenencia en el abuso de confianza...	45
C) La disposición como elemento consumativo del delito.	46
- Jurisprudencia.- Cuando se consuma el delito. Legislación del Estado de San Luis Potosí.	50
2.3.2 Segundo elemento: El perjuicio.	
A) El daño material.	50
- Jurisprudencia.	53
2.3.3. Tercer elemento: La cosa objeto del delito - cosas corporales, muebles y ciertos bienes representativos de derechos.	54
A) El objeto material.	
2.3.4. Cuarto elemento: Acción de transferir la tenencia y no el dominio, como presupuesto básico de la conducta.	58
2.4. Bien jurídicamente lesionado.	61
- Jurisprudencia. Violación del derecho de propiedad.	66
2.5. Interés patrimonial tutelado.	66

CAPITULO III.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y FACTORES NEGATIVOS. LA TENTATIVA, LA PARTICIPACION. EL ABUSO DE CONFIANZA IMPROPIO Y LA RETENCION INDEBIDA.

3.	Elementos esenciales del delito y factores negativos.	71
3.1.	Significado jurídico de conducta.	
	A) La conducta en el delito de abuso de confianza.	72
	A') Ausencia de conducta.	78
	B) La tipicidad;	80
	B') Ausencia de tipo y de tipicidad;	81
	B'') Las causas de atipicidad;	82
	C) La antijuridicidad;	85
	C') Causas de justificación (aspecto negativo de la antijuridicidad)	89
	D) La imputabilidad;	90
	D') La inimputabilidad;	91
	E) La culpabilidad;	92
	E') La inculpabilidad;	94
	E'') Las causas de inculpabilidad;	95
	F) La punibilidad;	98
	F') Las excusas absolutorias (ausencia de punibilidad);	99
3.2.	La tentativa.	100
3.3.	La participación.	102
3.4.	El abuso de confianza impropio.	104
3.5.	La retención indebida de la cosa.	107

	PAG.
- Jurisprudencia.	111
- Conclusiones.	116
Bibliografía.	139

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

Ha sido motivo de constante preocupación para nuestra sociedad, el tratar de controlar la gran criminalidad presentada en los diferentes estatus sociales de nuestro país. Uno de los puntos de mayor conflicto, es el referente a la comisión de los delitos patrimoniales que de una u otra forma lesionan el derecho de propiedad de los particulares.

El presente trabajo fue desarrollado con el objeto de estudiar el ilícito denominado abuso de confianza, que es uno de los actos ilegales más frecuentes, porque en ocasiones el propietario de un bien corpóreo, o bien, aquel que tiene derecho sobre una cosa jurídicamente considera como 'bien', no espera ser perjudicado en su haber patrimonial. En virtud, de la realización de una acción considerada como delictuosa por la ley de parte de un sujeto que aprovechándose de la confianza que el dueño le otorga; se apropia injustificadamente del objeto material que no le pertenece y obtiene un lucro indebido del mismo (por la retención indebida de la cosa que tiene en su poder), ya que sobrepasa el ejercicio de la simple tenencia que le concede el ofendido, actuando como si fuese el propietario legítimo de la cosa mueble.

En el primer capítulo se habla del origen y desarrollo histórico del abuso de confianza. Por ello, vemos que este delito tuvo una lenta transformación a través de cada una de las disposiciones

legales de los diversos países, en donde se introdujo y aplicó esta figura legal.

La finalidad de la presente labor consiste en la investigación de los antecedentes legales del citado ilícito penal, dentro del Derecho Penal Mexicano. Así como, en los ordenamientos jurídicos que sirvieron de base para la integración del mismo en nuestro territorio.

El abuso de confianza, surgió en la época antigua en donde se le confundió con el hurto (Roma y Grecia). En España era confundido con el hurto simple. Mientras que en Francia y en los Códigos Penales Mexicanos, se le ha conocido bajo la denominación de 'abuso de confianza'; desde el Código de 1871.

Su descripción legal ha cambiado paulatinamente, ya que en un principio se le conoció como delito de furtum, porque se integra dentro de la figura del robo (Roma). Por otro lado, en el ordenamiento legal español era considerado como una especie de estafa y era sancionado como hurto en el Código Español de 1850.

Sabiendo el origen y concepto del ilícito en estudio, pudimos analizar los elementos típicos de la definición legal, sus presupuestos, objeto material y el daño ocasionado en el patrimonio del sujeto pasivo. Estableciendo así la verdadera configuración típica del ilícito de abuso de confianza.

Este delito existe en razón de la protección de los bienes patrimoniales, de quienes confiando en la 'buena fe' de otro, trans

fiere la tenencia de los bienes sobre los cuales tiene algún derecho de propiedad. Para que el objeto material sea usado con un fin determinado.

En el tercer capítulo, se menciona la clasificación de este ilícito patrimonial en orden a la conducta. Se habla de cada elemento esencial y de los aspectos negativos de los mismos.

Por otra parte, se estudian algunos de los casos que la ley equipara al delito de abuso de confianza, y que los juristas han denominado 'abuso de confianza impropio'.

Es obvio que la terminación usada en los Códigos Penales Mexicanos de 1871 y 1929, los cuales llamaron a: el abuso de confianza, fraude, robo y daño en propiedad ajena, como 'Delitos contra la propiedad' era equivocada. Por ello, el Código Penal de 1931 cambió dicha expresión por la de 'Delitos contra las personas en su patrimonio'. Denominación considerada como más adecuada, ya que en estos ilícitos no sólo se tutela el derecho de propiedad, sino también otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona, entre los que se encuentra el derecho de posesión.

Finalmente, se habla de la tentativa y la participación en el delito de abuso de confianza. Por otro lado, la bibliografía tiene por objeto el indicar al lector en donde puede complementar sus conocimientos en relación, con los aspectos planteados aquí.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS DEL ABUSO DE CONFIANZA.

1.1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESION 'ABUSO DE CONFIANZA'.

1.2. DERECHO GENERAL:

1.2.1. EPOCA ANTIGUA;

1.2.2. DERECHO ROMANO: LAS XII TABLAS;

1.2.3. EDAD MEDIA;

1.2.4. DERECHO GERMANICO;

1.2.5. DERECHO GRIEGO;

1.2.6. DERECHO ESPAÑOL;

A) FUERO JUZGO

B) FUERO REAL

C) CODIGO DE 1822

D) LEY DE PARTIDAS

E) CODIGO DE 1850

F) CODIGO DE 1870

1.2.7. DERECHO FRANCÉS:

A) CODIGO DE 1791

B) CODIGO NAPOLEONICO DE 1810

C) LEY FRANCESA DEL 13 DE MAYO DE 1863.

1.3. DERECHO PENAL MEXICANO:

A) CODIGO PENAL DE 1871. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 71, REALIZADO EN 1912.

B) CODIGO PENAL DE 1929, 'DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD'.

1.1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESION 'ABUSO DE CONFIANZA'.

Antes de analizar el delito patrimonial, objeto del presente trabajo. Realizaremos un apunte breve sobre el significado de la palabra abuso de confianza; para hacer más accesible el conocimiento del ilícito en estudio. La descripción legal del término abuso, es la siguiente:

abuso significa la acción y efecto de abusar, o sea, de usar mal o indebidamente una cosa... equivale a la esperanza firme, que se tiene en una persona o cosa. Entonces, abuso de confianza es el mal uso que hace la persona de la firme esperanza que puso en ella, en la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar uno a otro que le ha dado crédito".(1)

Sólo es posible pensar en la realización de el ilícito de abuso, cuando una persona en forma indebida dispone de un bien ajeno que recibió previamente, por medio de convenio o contrato. En virtud del cual únicamente se le transmite la simple tenencia al agente. En este caso, el sujeto activo se aprovecha de la confianza que en él se depositó y utiliza el objeto de tal manera que resulta contraria al ordenamiento legal.

Por ello, en este delito se habla del mal uso que hace el inculpado de la confianza que una persona depositó en él, burlándose de la buena fe con la que el ofendido le transmitió la cosa mueble y actúa como si fuese el verdadero propietario del bien y lo enajena, transmite o hace uso de el objeto de manera que contravenga a -

 (1) Lener Bernardo, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, p. 116.

lo establecido por la norma legal.

ANTECEDENTES HISTORICO-LEGALES DEL ABUSO DE CONFIANZA.

1.2. DERECHO GENERAL:

1.2.1. EPOCA ANTIGUA.

El abuso de confianza no existió en ninguna clasificación legal de la antigüedad, menos en la ley romana. Porque, algunos actos ilegales eran considerados como hechos de 'dolo civil', no aplicándose al delincuente pena o sanción alguna. Otros estaban comprendidos en la ordenación legal del robo, aunque no presentasen características de ese delito.

Antiguamente, el abuso era confundido con el hurto, por consiguiente, iniciaremos con el estudio del ilícito denominado furtum.

Se fue definiendo poco a poco el uso de la expresión 'hurto', especialmente en Roma con la evolución de varias civilizaciones. Al respecto se menciona que: "En la antigüedad no se conocía la distinción entre el furtum y el abuso de confianza por atenderse a su rasgo común; apropiación injusta del bien ajeno. Poco interesaba que ese resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consentida de la cosa o por el abuso de la posesión material".(2)

Las primeras referencias del mencionado delito de abuso, fueron señaladas en los antiguos Códigos de Manú y en el Levítico. En

 (2) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, los delitos, Ed. Porrúa, S.A., 1982. p. 225.

el Código de Manú el hurto era comparado con la negativa de tener un objeto luego de haberse recibido verdaderamente".(3)

Por lo anterior, vemos como desde la época antigua se detectó este problema en la colectividad de aquellos años, porque resulta evidente que algunas personas podían recibir una cosa y posteriormente negarse a devolverla, lo cual creaba una situación de conflictos.

De manera, que los antiguos códigos no marcaron la distinción entre los delitos de robo y la propiación indebida de un bien ajeno, ya que el abuso de confianza era considerado como un género del hurto.

Por consiguiente, existió gran confusión entre el término furtum (hurto) y el abuso, debido posiblemente; al uso de dos expresiones similares como fueron: el hurto y el hurto con uso.

El delito de hurto era consumado, cuando una persona sustrafa un bien contra la voluntad de su propietario, y después se abusaba de la cosa ajena sin la intención de apropiársela, sino para hacer uso de ella en provecho propio y después restituirla. En cambio, se configuraba el ilícito de hurto con uso cuando el objeto material se adquiría por entrega del dueño y posteriormente se abusaba de la cosa ajena sin la intención de apropiársela. Esto es lo que conocemos como el ilícito de abuso de confianza.

 (3) Carrete Herrera, Octavio, El presupuesto material en el delito de abuso de confianza, México 1956, p. II.

1.2.2. DERECHO ROMANO: LAS DOCE TABLAS.

En Roma localizamos la base principal del concepto de hurto, que es el antecedente más antiguo del abuso de confianza.

El furtum o hurto se encontraba clasificado entre los delitos privados, ya que éste tipo de actos ilegales consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. Comprendían el hurto propiamente dicho, el abuso de confianza, el fraude y la ocultación. Al respecto, en la Ley de las XII Tablas se: "...preveía y castigaba cierto número de hechos y en otros casos se limitaba a regular la venganza que ejercía la víctima del delito sobre la persona del culpable..." (4)

Por otro lado, el término 'hurto' ha sido definido como: "La sustracción fraudulenta de una cosa con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto contrario a la Ley natural". (5) En aquella época, el abuso de confianza era considerado como un género del hurto o robo, esto es, de acuerdo con las características descriptivas del furtum.

En las Doce Tablas, se sabía con anticipación de todos los casos de abuso de confianza los cuales eran reconocidos completamente. Aunque, generalmente estaban incorporados a la figura genérica

 (4) Campomáñez Baez, Gustavo A., El robo, el abuso de confianza y el fraude en relación con la posesión, México, D.F., 1948, - - pp. 13-14.

(5) Idem.

del robo. Además, esta ley romana consideraba culpable a la persona cuando por ejemplo; un depositario hiciera uso del objeto en depósito. Cuando el comisionado empleaba para su utilidad el dinero que en forma anticipada le habían confiado para cedérselo a un tercero.

Por otra parte, en las Institutas y en la antigua jurisprudencia los diversos actos de mala fe, fueron identificados como fraudes integrantes del delito de robo.

En la Ley de Roma, el hurto era clasificado en dos grupos que fueron: el manifiesto y el no manifiesto. (6). En estos tipos de hurto, la pena o sanción era fijada tomando en cuenta la diferencia entre ambas clases de furtum.

La ley de las XII Tablas, sin embargo, estableció la pena capital para el hurto manifiesto, debiéndose entender como dicha pena no solo la de muerte sino a toda pena que llevase consigo la 'CAPITIS DEMINUTIO', del agente infractor.

Fue precisamente en el ordenamiento penal romano, en donde, surgió la inquietud de identificar los dos casos distintos de apropiación de los bienes en forma injusta y que en esa época fueron: la apropiación de los bienes del pupilo por parte del tutor y la apropiación de la cosa entregada en depósito, (ambos casos eran men

 (6) "En el Derecho Romano se distinguieron dos clases de hurto; el manifiesto y el no manifiesto, basándose en que el ladrón fuera o no sorprendido en el acto, en el sitio del robo o teniendo todavía la cosa hurtada en la mano; pero una vez conducida ésta a su destino, aún cuando se encontrara la cosa en su poder, ya no había hurto manifiesto..." Campomáñez Baez, Gustavo A., p. 15.

cionados en la Ley de las doce tablas).

En la legislación romana, no se había precisado la diferencia entre el hurto (robo) y el abuso de confianza. Tampoco existía una definición del concepto de estafa. Por ello, en Roma la acción pretoria de estafa comprendía el estelionato. (7)

La expresión 'hurto', no tuvo significado técnico en la legislación penal romana y los jurisconsultos decidieron sustituirla por la palabra 'Manosco', para después ser cambiada nuevamente por el término sustracción.

Con el transcurrir del tiempo, los legistas se vieron en la necesidad de establecer algunas diferencias, entre el hecho de apoderarse de un objeto sin el consentimiento previo de aquel que pudiera disponer legalmente de la cosa y la apropiación de un bien, - que previamente hubiera recibido por cualquier título de los que no transmiten el dominio.

En relación a la apropiación de un bien, existía la idea siguiente; se estimaba como apropiación de una cosa cuando se apoderaba alguna persona, del bien que se encontraba en posesión legítima

(7) Estelionato es una forma especial de delitos contra el patrimonio económico ajeno y que su carácter era el de configurar un depósito injusto de la propiedad ajena, que no era ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participaban del hurto porque atacaban injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, ya que se abusaba de la fe y de otros, de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras..." Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Vol. 4, T. VI., Parte especial, delitos contra la propiedad, Ed. Temis Bogotá 1959, p. 413.

de otro sujeto y cuando el agente se excedía ilícitamente en el derecho que de utilizarla le correspondía. Principalmente cuando el dueño hubiera otorgado a otra persona la tenencia del objeto y el tenedor o poseedor no la usara de acuerdo a lo establecido previamente. Por eso, decimos que en Roma, fue en donde se delineó con claridad el hecho de realizar la apropiación indebida de cualquier bien ajeno, siempre que el agente hubiese tenido antes la confianza depositada en su favor, para después defraudarla. (8)

1.2.3. EDAD MEDIA.

En el transcurso de este período no existió distinción alguna, con relación a la evolución del abuso de confianza porque, debido a la importancia que tuvo el uso de la palabra 'furtum' en Roma no se realizó ningún cambio en el concepto de hurto. Por ello, se dice que: "...durante la Edad Media, influenciada por el Derecho Romano, no encontramos diferencia sustancial, manteniendo sin modificación el concepto de furtum..." (9)

1.2.4. DERECHO GERMANICO.

Debemos a este ordenamiento legal, el origen de la segunda transformación del delito de abuso de confianza. En el ordenamiento alemán se conocieron dos clases de hurto que fueron: el propio y el impropio. Con la mencionada clasificación, se hizo una modificación

(8) Mommsen Teodoro, Derecho Penal Romano, trad. española, 1898, - T. II, p. 202.

(9) Campomáñez Baez, Gustavo A., Op. Cit., p. 48.

a las sanciones tan excesivas con que se castigaban algunos casos de hurto y que muchas veces eran más graves que las establecidas para sancionar el delito de homicidio. Se tomaba en consideración para distinguir los tipos de hurto, la previa existencia de la posesión en el agente. Por ello, se decía que el hurto impropio se configuraba cuando el infractor ya se hallaba en poder del bien ajeno. En cambio, el hurto propio era reconocido en los casos en que la cosa fuera quitada al propietario sin su autorización. (10)

Tanto en la antigüedad como en el Derecho alemán, existían - dos clases de hurto similares 'manifiesto y no manifiesto' (propio e impropio). Por lo tanto, la transformación histórica legislativa del abuso de confianza había sido muy lenta.

1.2.5. DERECHO GRIEGO.

En esta legislación no se introdujo ninguna modificación al delito de hurto. La tutela penal de la propiedad quedaba integrada al concepto de furtum, como lo describe Octavio Carrete al decir: - "En el Derecho Griego no se percibe ningún adelanto, pues los distintos hechos que de alguna forma, dañaban la propiedad y las relaciones derivadas de ella, seguían comprendiéndose dentro de la amplia noción del hurto..." (11)

(10) Carrete Herrera, Octavio, Op. Cit., pp. 12-13.

(11) Ibid. p. 11.

1.2.6. DERECHO ESPAÑOL

- A) FUERO JUZGO; B) FUERO REAL; C) CODIGO DE 1822; -
 D) LEY DE PARTIDAS; E) CODIGO DE 1850 y; F) CODIGO -
 DE 1870.

El Fuego Juzgo no estableció ninguna distinción, ocupándose sólo del hurto sin agravantes especiales, siendo las penas para los hombres libres, de carácter pecuniario y proporcionales al valor de lo hurtado y para los siervos penas infamantes y corporales.

Tampoco el Fuero Real estableció diferencia alguna. Solo se encargó del ilícito de robo, que fue castigado con la pena pecuniaria, mutilaciones y hasta la muerte para el reincidente o el ladrón conocido. En fin, la legislación española estableció mayor confusión entre el robo y el abuso de confianza.

Además, las leyes de España y en especial las de Partida se inspiraron en la Ley Romana. Por lo que definían al hurto, como: - "Una contratación fraudulenta de la cosa ajena mueble contra la voluntad de su dueño con ánimo de lucrar..."(12)

Por otro lado, el concepto de hurto se dividió en hurto con cosa, de uso y de posesión siendo mejor conocido como; hurto manifiesto y no manifiesto.(13)

 (12) Sodi Demetrio, Nuestra Ley Penal, 2a. edición, T. I, México - D.F., 1967, p. 91.

(13) "El hurto de uso era aquel que se cometía cuando faltaba la apropiación de la cosa ajena y se disponía de la cosa que se había recibido del dueño como si se enajenara la cosa recibida en comodato, en cuyo caso se concedía al dueño la acción para perseguir la cosa y para exigir el pago de cuatro tantos del valor de la cosa..." Ibi., p. 88.

Consideramos que tanto el Derecho Germánico como el Español, tuvieron su fundamento legal en el ordenamiento romano porque, sus disposiciones fueron adoptando los conceptos de hurto que se aplicaron en Roma (supra p. 9).

C) CODIGO ESPAÑOL DE 1822.

En esta legislación se estableció mayor diferencia entre el robo y el hurto (artículos 723 y 745), caracterizándose aquél por el empleo de la violencia como medio para apoderarse de lo ajeno y el hurto como un medio fraudulento en donde cualquier sujeto se apropiaba de un bien mueble, sin fuerza ni violencia entre personas o cosas. Este ordenamiento, solo menciona en sus artículos 774, 775 y 777, la malversación fraudulenta hecha por el tutor, el curador, el albacea de los bienes del pupilo, demente o de la testamentaria que estuviere a su cargo. Así como de la apropiación de un depósito, que se castigaba con una multa igual al valor de la misma cosa y con arresto de 10 días a 2 meses. Pero, no precisaba el delito de abuso de confianza.

En fin, existen grandes diferencias entre el robo y el hurto de aquella época. Debido a la naturaleza de los hechos en cada uno de estos delitos. En el delito de robo existe la característica del adueñamiento, es decir, cuando el bien ajeno es sustraído por medio de la violencia física o moral, queda en forma astuta la cosa en manos de su poseedor.

En cambio, en el abuso de confianza establece como hipótesis

que el bien mueble se localice legítimamente en poder del agente, - éste la retiene con el consentimiento del propietario y no utiliza_ ni la astucia, ni la violencia para conseguir la cosa. Por tanto es imposible imputar al sujeto activo del ilícito de abuso de confianza una planeada premeditación.

Por eso, la mayoría de los casos actuales son clasificados - dentro del tipo legal conocido como abuso de confianza. Sin embargo, antes fueron considerados como una clase de dolo civil, sólo producían acciones de daños y perjuicios. Pero, este tipo de acciones no es previsible.

CODIGO ESPANOL DE 1850.

En esta ley, España señaló de manera especial, el delito de_ abuso de confianza. En virtud de que los anteriores ordenamientos - legales no lo hicieron así. Al respecto Demetrio Sodi manifiesta: - "El Código de 1850 precisó el delito de abuso de confianza, colocó_ dolo entre las estafas y castigándolo como hurto..."(14)

El Artículo 452 del Código de 1850, describe específicamente el abuso de confianza. El citado precepto a la letra dice: "...A - los que en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, - efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depó- sito, comisión o administración o por título que produzca obliga- - ción de entregarla o devolverla..."(15)

(14) Op. Cit., pp. 91-92.

(15) Idem.

En el artículo anterior, el contenido era diferente a la del actual Artículo 382 del Código Penal Mexicano, porque anteriormente decía: "Cosa mueble", sin importar si era ajena o no. Tampoco menciona 'De la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio', sólo nos habla de la obligación de restituir el bien.

CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Dentro de esta legislación el Artículo 452 fue reformado. A pesar de ello, no existió separación alguna de la estafa con el delito de abuso de confianza. Dicho Código, sólo se limitó a darle mayor extensión.

El cambio se estableció en el artículo 548 en su fracción V, precepto que ahora transcribimos: "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..."(16)

Se dice que el Código de 1870, calificó como estafadores a quienes abusaban de la confianza de otro. En relación a ello, las leyes de Partida y el Código Penal Español, han querido clasificar esos delitos con las palabras de estafas y otros engaños. Sin embargo, existirá una enorme diferencia entre el delito de estafa y el de abuso de confianza por las características descriptivas de cada uno.

(16) Sodi, Demetrio, Op. Cit., p. 93.

1.2.7. DERECHO FRANCES.

- A) CODIGO DE 1791, B) CODIGO NAPOLEONICO DE 1810, -
 C) LEY FRANCESA DEL 13 DE MAYO DE 1863.

En el ordenamiento penal francés, la expresión 'robo' tuvo un amplio significado, de manera que, se fue transformando poco a poco hasta configurar el ilícito de abuso de confianza.

En la palabra robo, se incluía el delito de abuso. Por ello, Muyart de Vauglans definía el robo diciendo que era 'La substracción o el abuso fraudulento y Domart afirmaba que era el hecho de - substraer, por el fraude, alguna cosa para apropiársela contra la - voluntad del dueño...' (17)

El abuso, adquiere su propia descripción en forma especial en la Ley de 1791, bajo el título de 'L'abus de confiance'. Al respecto Compomániz Baez expresa: "El abuso de confianza hasta ahora - comprendido dentro de los casos de robo, obtiene por primera vez - una configuración propia en la Revolución Francesa, en la Ley del - 29 de Septiembre de 1791..." (18)

Además, en la legislación romana y en la francesa, el abuso de confianza estaba comprendido en los casos considerados como delito de 'robo'. Por eso se decía que el robo no solo se cometía por medio del apoderamiento, de tal suerte que el agente dispone indebidamente de la cosa depositada en sus manos, actuando así en oposición a la voluntad del sujeto pasivo. Siendo hasta 1791, cuando la Ley -

 (17) Ibid., p. 90.

(18) Op. Cit., p. 48.

Francesa señaló una incriminación especial para algunas disposiciones de los bienes confiados en depósito al infractor. La citada Ley sancionaba este tipo de ilícitos con la degradación cívica.

B) CODIGO NAPOLEONICO DE 1810.

Este ordenamiento, tiene el mérito de ser el creador del delito conocido como abuso de confianza. Así, el más inmediato antecedente de nuestros preceptos legales se encuentra en la legislación francesa. En relación a este punto, González de la Vega comenta: - "Corresponde al Código Napoleónico de 1810, la verdadera creación del delito, el que después de las reformas del 28 de abril de 1832 y del 13 de mayo de 1863, que le dieron mayor alcance, llegó a su definitiva redacción..."(19).

El artículo 408 del Código Penal Francés de 1810, es el antecedente inmediato de nuestra ley en la regulación del abuso. Lo transcribimos por considerarlo necesario.

El que haya malversado o disipado, en perjuicio de sus propietarios, poseedores o detentadores, efectos, valores, mercancías, billetes, recibos o cualquier otros escritos que contengan o produzcan obligación o descargo, que no le hayan sido entregados sino a título de arriendo, de depósito, de mandato, por un trabajo asalariado o no asalariado, con encargo de devolverlos o representar hacer de ellos un uso o empleo determinado, será castigado con las penas".(20)

Se habla del daño ocasionado al propietario de algún bien mueble, además, se habla de ciertos contratos en virtud de los cua-

(19) Op. Cit., p. 226.

(20) Carrete Herrera, Octavio, Op. Cit., pp. 13-14.

les puede ser realizado el delito de abuso de confianza.

El ordenamiento penal de 1810, fue integrador del abuso de confianza. En apoyo a lo anterior, Campomáñez nos dice: "En el Código de 1810, este delito es bien definido en el artículo 379, 'Cualquiera que sustraiga fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo...'"(21)

C) LEY FRANCESA DEL 13 DE MAYO DE 1863.

En esta ley se encuentran las bases del delito denominado 'Abuso de Confianza'. Por ello, Sodí nos proporciona la información siguiente: "La ley del 13 de mayo de 1863, fijó las actuales bases del delito, reformando el Artículo 408 del Código Penal Francés de 1832..."(22)

Por otro lado, si analizamos los antecedentes históricos-legislativos del abuso de confianza se dice lo siguiente: Como delito autónomo encuentra individualidad en la Ley Francesa del 29 de septiembre de 1791... Por lo que las legislaciones modernas encuentran sus antecedentes históricos en lo que se refiere al delito de abuso de confianza, en la codificación francesa..."(23)

(21) Op. Cit., p. 17.

(22) El artículo 408 establecía:

"El que en perjuicio del dueño poseedor o detentador distrajera o disipare efectos, dinero, mercancías, billetes, cartas de pago o cualquiera otro documento que produzca o lleve consigo una obligación o descargo que se le hubieren entregado en depósito o por virtud de un empleo asalariado con cargo de devolverlos o presentarlos a un uso determinado, sufrirá las penas..." Op. Cit., p. 90.

(23) Rodríguez Cannon Carlos, Algunos aspectos del abuso de confianza en nuestra legislación penal, Universidad Iberoamericana, pp. 17-18.

Por ende, la ley francesa fue generadora de nuestro actual delito de abuso de confianza; tal y como es conocido en la ley mexicana. Además, el mencionado ilícito penal, no es una forma especial del fraude sino, un delito típico y se requiere para su existencia la disposición fraudulenta de la cosa. Debemos entender por fraudulenta cuando se actúa con dolo, en relación al acto de disponer de los bienes ajenos. Por lo tanto, el dolo es el elemento indispensable para comprobar la responsabilidad del agente.

1.3 DERECHO PENAL MEXICANO.

A) CODIGO PENAL DE 1871; EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 71.- REALIZADO EN 1912.

En el Código Mexicano de 1871, se encuentra el origen del delito patrimonial conocido como abuso de confianza. Carlos Rodríguez, reafirma lo anterior al decir: "A fin de poder obtener conceptos más claros en lo referente a los artículos que enseguida transcribo. Considero indispensable consultar directamente el Código de 1871, - así como los Trabajos de Revisión de dicho Código..." (24)

Analicemos cada uno de los preceptos relativos al abuso de confianza y veamos las diferencias de dicha reglamentación con la actual.

(24) Op. Cit., p. 19.

CODIGO PENAL DE 1871.

C A P I T U L O I V .

"Artículo 405.- Hay abuso de confianza: siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado, y no procuro granjearse con ese fin..."

Consideramos este precepto como el abuso de confianza genérico, ya que señala los presupuestos jurídicos indispensables para su existencia, desde luego nuestra legislación de 1931 (artículo 382), no tiene su redacción nada parecida al artículo citado (405). Pero, sustancialmente es idéntico además, el Código Penal de 71, contiene otros presupuestos para la existencia del delito.

Por otra parte, queremos interpretar la idea de las expresiones 'no procuro granjearse con ese fin', como el propósito del legislador de aquella época; el de evitar las posibles confusiones entre el fraude y el abuso de confianza.

"Artículo 406.- El abuso de confianza constituye un delito especial que lleva ese nombre, y se comete en los casos expresados en el artículo siguiente en cualquier otro, sólo tendrá el carácter de circunstancia agravante..."

En el artículo precedente, observamos la idea del jurista en donde trata de evitar en lo posible cualquier confusión en el momento de interpretar la frase 'abuso de confianza', es decir, es una norma explicativa. Sin embargo, nuestro Código Penal de 1931, no si

que este sistema porque las omite regularmente a pesar de su gran utilidad, tanto en la teoría como en la práctica. En algunos casos si las encontramos como por ejemplo en el artículo 101 del Código Penal Mexicano.

En relación a este aspecto, González de la Vega dice: "La frase abuso de confianza puede tener en el Derecho Penal un doble significado; como circunstancia genérica agravadora concurrente con cualquier delito típico especial que lleva ese nombre..."(25)

Conforme al primer significado de la expresión 'abuso de confianza', al ser interpretado se le describe como agravante y consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito. La circunstancia anterior no debe confundirse con el delito de abuso de confianza, considerado como el ilícito típico especial. Reglamentado por Martínez de Castro, como una agravante en el artículo 405 del Código Penal de 1871.

Artículo 407. Inicialmente decía: "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 cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de un contrato que no le transfiera el dominio, sufrirá la misma pena que atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia..."(26)

La disposición inicial sólo hablaba de los contratos que no

(25) Ibid., p. 224.

(26) Posteriormente, la ley del 5 de septiembre de 1896, modifico dicho artículo una vez más... Agregándosele, únicamente la descripción de los contratos, que pudieran ser de prenda, mandato, depósito, alquiler o comodato.

transfieren el dominio. Por decreto de 1884, se estableció que únicamente se cometía el delito de abuso de confianza, cuando se hubiere recibido la cosa por prenda, mandato, depósito, alquiler o comodato, pero ante los muchos ilícitos que existían sin castigo se volvió al primitivo artículo, como apareció en 1884.

En la redacción original, el Artículo 407 decía: "Con perjuicio de otro...", elemento que contiene la figura actual. Así mismo, el mencionado precepto se refería a la no transmisión del dominio. Con motivo de la segunda reforma, se eliminó el elemento dominio, para sustituirlo por cinco contratos que no lo transfieren, a saber son: prenda, mandato, depósito, alquiler y comodato.

Don Miguel S. Macedo, nos da su opinión en relación al artículo 407 del Código de 1871. Por ello, nos remitimos a la Exposición de motivos de 1912.

"La Comisión estuvo conforme, en principio con la reforma de 1896; pero considerándolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos... los contratos, los simples actos, como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles, sin transferir su dominio. Opina que en vez de decir, 'cosa ajena' mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato, u otro de los que no transfieren el dominio, expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, expresión más genérica, que comprenda de no sólo los contratos, sino también cualquier acto...

El texto del artículo en la reforma de 1896 es bueno y no necesita enmienda alguna, pues comprende todos los casos, porque la tutela, el albaceazgo, el secuestro y los demás actos 'cuasi-contratos', en virtud de los cuales se pueden entregar una cosa sin transferir su dominio, conforme a derecho se equiparan a los contratos, si es que no lo son y cree que por lo mismo es, sin duda alguna llegado el caso y hasta ahora no hay precedente en contrario, ya que

no se ha dado decisión en el sentido en que no haya delito tratándose de lo que la mayoría de la Comisión ha llamado 'actos'. Si realmente fuera necesario comprender los actos, sería preferible decir; 'cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, ... o de otro contrato de los que no transfieren el dominio...'

En realidad la redacción propuesta, tendría la ventaja de ser algo más clara que la aceptada por la mayoría de la Comisión, que alejándose del texto vigente podría dar motivo de confusión. Vemos como el último inconveniente desaparece con el hecho de que en la explicación, consta expresamente que el fin de la reforma no es el de excluir de la disposición del artículo 407, como alguno de los que actualmente comprende, sino por el contrario hacer que contenga sin lugar a duda, todos aquellos casos en que hay que entregar una cosa mueble sin transmisión del dominio, aunque sea discutible si ha mediado o no un contrato.

Considerando la tesis de Miguel S. Macedo y comparándola con la redacción que tenía el artículo 407, en el proyecto de Reformas al Código Penal de 1871. Entonces, la redacción definitiva del precepto citado es:

"El que dolosamente 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 de cualquier cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, sufrirá la misma pena que atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiere cometido un robo sin violencia..."

Existe gran diferencia entre el Código Francés y el Código Penal Mexicano de 1871. En virtud de que el Código de Francia, hace referencia al delito de abuso de confianza considerándolo integrado

en las defraudaciones. Mientras que en el Código Mexicano de 71, - el abuso consiste en un delito tipo distinto al género del fraude.

En tanto el Código Penal de 1929, como nuestro ordenamiento de 1931, aceptaron la propuesta de la Comisión revisora.

Por otro lado, el contenido del artículo 382 de la legislación mexicana menciona, que el delito de abuso de confianza ha sido objeto de continuas modificaciones de las cuales; en primer lugar - se encuentra el aumento en el monto de la multa. Antes no se usaba la frase 'Que haya recibido en virtud de alguno de los contratos'... y la enumeración de ellos y otros que sólo transfieren la tenencia y no el dominio de la cosa mueble.

"Artículo 408.- Se equipara el abuso de confianza y se castigará con la pena señalada en el artículo anterior. El hecho de destruir una cosa o disponer de ella su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial..."

La idea descrita en nuestro artículo 382 en su primera fracción, es semejante a la contenida en el artículo mencionado (408).- Por ello, la ley de 1931 no menciona 'destruir una cosa', probablemente por considerar que si destruye una cosa ajena, estaríamos en presencia del delito de daño en propiedad ajena, (vid. artículo 397 del Código Penal).

"Artículo 409.- No se castigará como abuso de confianza:

I.- El hecho de apropiarse o de distraer de su objeto un funcionario público, los caudales o de cualquier cosa que tenga a su -

cargo; pues entonces comete verdadero peculado, y se le aplicará la pena de este delito;

II.- La simple retención de la cosa recibida, por alguno de los contratos de que habla el Artículo 407, cuando la retención no se haga con el fin de apropiarse de la cosa o de disponer de ella como su dueño, pues el que lo sea, solo tendrá la acción civil que nazca de la falta de cumplimiento del contrato;

III.- El hecho de disponer de buena fe, de una cantidad de dinero en numerario o en valores al portador, que haya recibido en confianza, si lo hace en los casos en que el Derecho Civil lo permite, y paga cuando se le reclama o acredita plenamente que se haya insolvente por acontecimientos imprevistos posteriores al hecho de que se trate..."

Las tres fracciones de la disposición mencionada, son clásicas de una legislación casuística de tal forma que en su fracción I, se hace la distinción entre el peculado y el abuso de confianza. Con el objeto de evitar cualquier confusión entre estas dos figuras. A todas luces esta forma de proceder es ociosa e incluso inútil, si consideramos las semejanzas que existen entre las mencionadas figuras, en la legislación actual. Sin embargo, en el Código de 1871, la redacción del artículo 1026, establecía:

Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por un tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario que para usos privados, propios o ajenos, distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas o de cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Mu-

nicipio o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere -
recibido en administración, depósito, o por cualquier otra causa..."

Relacionemos el artículo 407 del Código de 1871, con el artículo 1026 y veremos que existen varias similitudes. Pero, los elementos materiales son distintos, esto independientemente de si en el peculado se atiende a la situación o al trabajo que desempeña una persona. El precepto citado, menciona el término 'Distraer'. Sin embargo, el abuso de confianza no lo hacía en el artículo 407 - además, el agente pasivo es una persona pasiva; se podría argumentar que en virtud de estos elementos, es ineficaz la fracción I del artículo 409.

Por otro lado, atendiendo al sistema penal actual, apreciamos que no es caustico porque de serlo no se aplicaría, es decir, sería impropio. Pero, en la época de la legislación a que nos referimos se explica.

El problema de opinar en relación a la necesidad o no de la citada fracción (1era.), se traduce en la conveniencia o no de un Código casuista. Sin embargo, en aquella etapa esta fracción tenía justificación, en el sistema actual ya no.

En el artículo 410, se habla de las penas. Menciona un correo. Por ello, Miguel S. Macedo nos dice: 'Por correo debemos entender el conducto de la correspondencia, es decir, el que la lleva de una población a otra, más propiamente de un punto a otro.

Bien podría discutirse en esta etapa, si la defraudación que hiciere un correo, debería considerarse como peculado o como abuso_

de confianza. Pero, atentos a la fracción primera del artículo 409, decimos que se trata del ilícito de abuso de confianza por lo que, esa fracción sí tenía utilidad práctica. Es posible ver ahora el uso de un Código casuística; sabiendo su uso y aplicación, ya que en esa legislación no era de dudarse, cuando se trataba de peculado y cuando de abuso de confianza.

A pesar de todo, existe gran confusión en relación a estos aspectos, por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha visto obligada a definir la diferencia entre ambos delitos.

"ABUSO DE CONFIANZA.- COMPETENCIA PARA CONOCER EL DELITO DE. Debe declararse competente a la autoridad judicial del fuero común si dicha autoridad decretó formal prisión en contra del acusado por el delito de abuso de confianza el cual SOLO PUEDE COMETERSE POR PARTICULARES pues si la disposición fraudulenta se realiza por un empleado y funcionario público, se configura el delito de peculado en los términos de la fracción XVII del artículo 18 de la Ley de responsabilidades oficiales de los funcionarios y empleados de la Federación.- Tomo LXXXVIII.- Pág. 97, Castañeda López y Salgado, Secretaría de Relaciones Exteriores.- 2 de Abril de 1946.- 15 votos".

En tal circunstancia, volvemos a decir que la fracción I, se justifica y evita dificultades interpretativas. Gran ventaja de un Código casuista.

Así en la fracción II, sólo se aplicará sanción civil, si el agente activo hace la retención sin la finalidad de disponer de ellas como dueño. El legislador posiblemente considera, que en este presupuesto no hubo actitud dolosa por parte del agente por lo que, no se le debe aplicar pena alguna.

En la actualidad sería discutible incluir una fracción semejante a la ley, quizá sea indispensable en los problemas relaciona-

dos con la prueba. Además, esta fracción no se ocupa del abuso de confianza propiamente dicho, que es el problema de la retención de la cosa y que nuestra legislación equipara al abuso.

La última fracción del artículo 409, se refiere en realidad el caso fortuito o de fuerza mayor, según sean los acontecimientos, actos humanos o fenómenos de la naturaleza. También, establece la existencia de la buena fe. Consideramos que esto se hizo con el objeto de establecer categóricamente, si la cosa fue recibida conforme a Derecho Civil o al Mercantil y si se actuó conforme a sus disposiciones, no se considera que haya existido el abuso de confianza, ya que la misma legislación civil es la que ha permitido la actividad lícita.

Por otra parte, la mencionada fracción (III) del artículo 409, exige la 'buena fe', pues sería ilógico que la ley penal prohibiese alguna conducta que el Derecho Civil o Mercantil permitan.

"Artículo 410.- A la pena que corresponda con arreglo al artículo 407, se agregará:

I.- La de quedar el delincuente en el ejercicio de su profesión, desde 2 meses hasta el año si cometiera el abuso de confianza en cosas que hubiere recibido con el carácter de abogado, escribano, actuario, notario o procurador, agente de negocios o corredor.

II.- La destitución de cargo, si el abuso lo cometiere un tutor, un ejecutor testamentario o albacea, un depositario judicial, un administrador, o un sindicato de concurso, de un intestado en

cosas que le hayan confiado con ese carácter.

III.- La destitución de empleo, si el abuso lo cometiere un empleado de correos en cosas que le hayan entregado.

Este precepto, al igual que la parte final del artículo 407, se ocupa de las penas. Pero, existe gran diferencia entre la legislación de aquella época y la actual. Por un lado, el artículo 406 - del Código Penal, establece que la pena de prisión suspende los derechos políticos, de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. Ello, significa que cuando una persona sea condenada ejecutoriamente perderá los derechos que esos cargos le otorgaban en cambio, las disposiciones del artículo 410, son clásicas de un ordenamiento penal casuístico.

En cuanto al trabajo desarrollado en la Ley Federal del Trabajo, en el artículo 121 fracción XIV, se autoriza al patrón a rescindir el contrato de trabajo, cuando un trabajador sea condenado ejecutoriamente y en el transcurso del proceso penal podrá el obrero ser suspendido.

"Artículo 411.- Cuando un conductor de efectos cometa el abuso de confianza adulterándolos fraudulentamente o mezclándoles otra sustancia, se le impondrá la pena que correspondería a un robo sin violencia, atendiendo al perjuicio causado al dueño de los efectos, si las sustancias empleadas en la adulteración causó la muerte o alguna enfermedad a una o más personas, sin la voluntad del delincuente pues en este caso se aplicará lo prevenido en el artículo 557..."

El artículo anterior, es adecuado en nuestra legislación pe-

nal vigente, ya que no existe ningún precepto similar.

Consideramos que existe una posición ecléctica. Pues si bien es cierto se describen características claras del abuso de confianza. Consiste en que el conductor recibe los efectos en virtud de su trabajo, por lo tanto; ha recibido la tenencia y no el dominio de los efectos, para ulteriormente disponer de ellos. Situación muy peculiar del abuso de confianza.

Por tanto, la adulteración se hace para producir un engaño, debiendo tomar en consideración que el engaño es un elemento típico del fraude y en el abuso de confianza no existe dicho elemento material. Además, los presupuestos que contienen el artículo 411, no son ajenos a la realidad. En consecuencia no es conveniente la existencia de un precepto idéntico o similar dentro de la Ley Penal vigente.

"Artículo 412.- Son aplicables al abuso de confianza los artículos 373, 374 y 375.

"ARTICULO 373.- El robo cometido por un cónyuge contra otro, sino están divorciados, por un ascendiente contra otro ascendiente suyo, o por este contra aquél, no produce responsabilidad original contra dichas personas.

Pero si procediere, acompañare o se siguiere al robo algún otro hecho calificado de delito se les impondría la pena que por este señale la ley..."

. ARTICULO 375.- El robo cometido contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad criminal, pero no se podrá proceder contra el delincuente ni contra sus cómplices, sino a petición del agraviado..."

El precepto antes citado, al igual que el artículo 385 del Código Penal de 1931, omite al Capítulo del robo para fijar los casos de excusa absolutoria, o en su caso la necesidad de querrela. Esta ociosa practica, nos trae repeticiones ineficaces, en efecto el abuso de confianza siempre se persigue a instancia de la parte agraviada. Sin embargo, ambos Códigos lo repiten en dos ocasiones diferentes; aplicándose en situación similar.

Dicho aspecto, es de extrañarse en el Código de 1871, que cuidaba muchos de estos detalles. Por lo demás, consideramos que tanto el Código de 1931, como el de 1871, son iguales en lo referente a la excusa absolutoria.

El Código Penal de 1871, denomina el abuso de confianza, delito contra la propiedad. Designación equivocada porque, el único derecho protegido a través de las normas represivas era el de propiedad. Cuando es evidente que por la vía del robo, del abuso, fraude, despojo o del daño, pueden lesionarse algunos otros bienes patrimoniales.

CODIGO PENAL DE 1929
'DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD'.

Este ordenamiento siguió conservando la deficiente denominación de 'Delitos contra la propiedad'. Sin embargo, creemos que la finalidad de estos ilícitos es la de causar un perjuicio económico en los bienes del ofendido. Además, el objeto de la tutela penal no es solo la protección del derecho de propiedad sino, que atiende a la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que pueden constituir el activo patrimonial.

El delito en análisis, se encuentra descrito en el Capítulo IV, dentro de los artículos 1144 al 1150 del Código de 1929. En lo relacionado con la figura jurídica conocida como abuso de confianza, el Código de 29, es bastante parecido al de 1871.

CAPITULO IV

"Artículo 1144.- Hay abuso de confianza; siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado, y que no procuro granjearse con ese fin..."

El contenido de la disposición anterior es igual al del artículo 405 de la legislación penal de 1871.

El artículo 1145, es completamente idéntico al artículo 406 del Código Penal de 1871, por ello, consideramos innecesario repetirlo.

"Artículo 1146.- Al que con perjuicio de tercero disponga para sí o para otro, en todo o en parte, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le aplicará la sanción que atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente le impondría si hubiere cometido en dichos casos un robo sin violencia..."

Esta disposición es propiamente el abuso de confianza y dio motivo a una interpretación correcta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estimó que la acción civil que nace del conocimiento de una obligación, no se traduce en la extinción de la acción penal. Hay que tener presente que en la naturaleza de la tesis, probablemente se obedeció a la situación de que el abuso de confianza, se perseguía de oficio y no a instancia de parte ofendida.

"ABUSO DE CONFIANZA. DELITO DE JURISPRUDENCIA.- Si se prueba que el acusado recibió mercancía en comisión para su venta, y que la enajenó y dispuso del precio, en vez de entregarlo a su dueño, queda comprobado el delito de abuso de confianza previsto y penado por el artículo 1146 del Código Penal de 1929; no siendo observable en contrario, la circunstancia de que el fiador del acusado hubiese cubierto la responsabilidad civil a la parte ofendida, pues to que ese hecho no extingue la acción penal; pues el delito queda cometido desde el momento en que dispone del precio de los objetos vendidos.- Tomo XXVIII. Página 748. Salazar Silva Enrique.- 24 de Mayo de 1933".

El precepto anteriormente citado, se diferencia con el artículo 407 del Código de 1871, en que el elemento 'fraudulentamente', se sustituye con la expresión con perjuicio de tercero. Es la primera vez que aparece el elemento 'perjuicio' en el abuso de confianza. Además, el artículo 407, no menciona los contratos de prenda, mandato, depósito y alquiler. En lugar de estos, se perfecciona el

precepto con la expresión: "... se le haya transferido la tenencia_ y no el dominio", dicho término evita el estrecho casuismo y como - opinaba Miguel S. Macedo, permitía inclusive la idea de los cuasi-contratos.

"Artículo 1147.- Se equipara al abuso de confianza y se sancionará como lo dispone el artículo anterior:

I.- El hecho de destruir una cosa, o de disponer de ella su_ dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial y;

II.- El hecho de disponer o destruir la cosa depositada el - depositario judicial que no sea dueño de ella..."

El anterior precepto, en esencia es igual al artículo 408 - del Código de 1871.

Vale la pena observar como el Código de 1929, es más casuístico en esta disposición, pues la fracción II, se limita a repetir_ casi todo textualmente.

Por otro lado, la fracción primera establece la diferencia - entre ambas fracciones, al describir en la primera al dueño y en la segunda al depositario judicial.

En relación al artículo 1148, el contenido de esa disposición legal, es similar al comprendido en el artículo 409 del Código de 1871. Como lo veremos enseguida.

De tal forma que el artículo 409, del Código Penal de 1871,- decía: "... no se castigará..." y el artículo 1148, decía: "No se -

sancionará..." El cambio más importante en el contenido del precepto, es que en el Código de 1929 (art. 1148), no se mencionó a los - contratos específicamente como lo hacía el Código de 71, en su artículo 407.

"Artículo 1148.- No se sancionará como abuso de confianza: -

I.- El hecho de apropiarse o de distraer de su objeto un funcionario público, los caudales o cualquier otra cosa que tenga a su cargo; pues entonces comete un verdadero peculado, y se le aplicará la sanción de este delito;

II.- La destitución del empleo, si el abuso lo cometiere un tutor, un ejecutor testamentario o albacea, un depositario judicial, un síndico o administrador de un concurso, quiebra o intestado, en cosas que se le haya confiado con ese carácter y;

III.- La destitución del empleo, si el abuso lo cometiere un empleado de correos o telégrafos en la correspondencia que se le hubiere entregado.

Las tres fracciones de la disposición anterior, son semejantes al artículo 410 del Código de 1871. Los únicos cambios realizados son: aquellos propios de la legislación de 1929, o sea, al referirse al contenido de otros artículos en la fracción I, del artículo 410 del Código de 71.

"Artículo 1150.- Cuando el abuso de confianza se cometa adulterando efectos o mezclándoles otras sustancias, se impondrá la sanción que corresponda conforme a los artículos anteriores, atendiendo al perjuicio causado al dueño de los efectos, si las sustancias empleadas en la adulteración o mezcla fueren nocivas..."

Dicho precepto es parecido al artículo 411 de la Legislación Penal de 1871. Además, el artículo 1150, no se refiere solo al conductor de efectos, ya que en el Código de 1929, se encuentra redactado en forma tal que cualquier persona puede colocarse en la situación prevista por la ley.

En conclusión el Capítulo IV del Código Penal de 1929, no requería de la querrela previa para el ejercicio de la acción penal, esto es, que se perseguirá de oficio. Tampoco existían los casos de excensión de responsabilidades, es decir, no había disposiciones semejantes a los artículos 373, 374 y 375 del Código Penal de 1871.

C A P I T U L O I I

CONCEPTO LEGAL, PRESUPUESTOS, ELEMENTOS, BIEN LESIONADO E INTERES - PATRIMONIAL TUTELADO.

- 2.1. EL CONCEPTO LEGAL DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA;
- 2.2. PRESUPUESTO MATERIAL DEL HECHO EN EL ABUSO DE CONFIANZA;
 - 2.2.1. EL PRESUPUESTO LOGICO.
- 2.3. ELEMENTOS DE LA DEFINICION DEL ABUSO, EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA DE 1931:
 - 2.3.1. PRIMER ELEMENTO: LA DISPOSICION
 - A) PARA SI O PARA OTRO
 - B) COMO ACTO DE APROPIACION
 - C) COMO ELEMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.
 - 2.3.2. SEGUNDO ELEMENTO: EL PERJUICIO.
 - A) EL DAÑO MATERIAL
 - 2.3.3. TERCER ELEMENTO: LA COSA OBJETO DEL DELITO 'COSAS - CORPORALES, MUEBLES Y CIERTOS CUERPOS DE BIENES REPRESENTATIVOS DE DERECHOS'.
 - A) EL OBJETO MATERIAL.
 - 2.3.4. CUARTO ELEMENTO: ACCION DE TRANSFERIR LA TENENCIA Y NO EL DOMINIO COMO PRESUPUESTO BASICO DE LA CONDUCTA.
- 2.5. EL BIEN JURIDICO QUE SE LESIONA.
- 2.5. INTERES PATRIMONIAL TUTELADO.

2.1. CONCEPTO LEGAL DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.

En la Legislación Penal Mexicana, la descripción conceptual del abuso de confianza se encuentra en el artículo 382, que a la le tra dice:

"Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para - - otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario. Si excede de esta cantidad, pero no de dos - mil, la prisión será de uno a seis años y multa de 100 hasta 180 veces el salario. Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario la - prisión será de seis a doce años y multa de 120 veces el salario..."

En la redacción del precepto mencionado, encontramos además del concepto del ilícito de abuso de confianza, la pena que a la co misión del mismo corresponde. Al principio aparece la frase 'disponga para sí o ...' con la que vemos que se trata de un adueñamiento o apropiación injusta de un bien mueble ajeno. Porque, en este caso - las expresiones 'apropiación o adueñamiento', son usadas como sinónimos del término 'disponer'.

El Código Penal de 1931, tenía muy diferente su redacción en comparación con el artículo citado (382), ya que decía:

"Se aplicará prisión de 3 días a 6 años y multa de \$5.00 a - \$2,000.00 al que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio (art. 382 derogado).

Las modificaciones en el contenido de los delitos patrimoniales son de trascendencia, ya que como es notorio el valor del dine-

ro es relativo y podría suceder que el monto de la multa resultase poco práctico e insignificante para el infractor. Además, la pena - aplicable a este delito patrimonial puede no estar acorde con lo - justo, para la debida protección del bienestar social.

2.2. PRESUPUESTO MATERIAL DEL HECHO EN EL ABUSO DE CONFIANZA

Este presupuesto está constituido por la tenencia de la cosa mueble, por parte del agente. En razón de que el sujeto activo no puede cometer dicho ilícito, sino tiene entre sus manos el bien aje no en forma anticipada para disponer de el, causando un daño en el patrimonio del ofendido. Al respecto Octavio Carrete, expresa lo siguiente:

"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 él y la cosa objeto del delito, aquella vinculación material que lo constituye; la tenencia o posesión de la misma..." (27)

2.2.1. EL PRESUPUESTO LOGICO DEL ABUSO DE CONFIANZA.

Existe relación estrecha entre el presupuesto material y el lógico, porque se habla de la anticipada existencia del derecho de posesión de la cosa, en relación con el propietario. En donde a través de la transmisión de la tenencia a favor del infractor se afecta el patrimonio del sujeto pasivo.

Por ello, se dice que no es posible disponer de un bien mue-

(27) Op. Cit., p. 36.

ble cuya posesión, no ha sido confiada al sujeto activo. Entonces, - en el delito de abuso de confianza se transgrede la seguridad o fe- prestada al infractor. Además, este delito patrimonial infringe el_ derecho a la posesión del objeto mueble, como parte integrante del_ patrimonio de los particulares, es decir, quebranta la finalidad - jurídica de la tenencia. (28)

Por lo tanto, para que se tipifique realmente el abuso de - confianza, es necesaria la transmisión de la tenencia del bien mue- ble ajeno. Situación descrita en el artículo 382 del ordenamiento - penal que a la letra dice: "...Se le haya transmitido la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble..."

2.3. ELEMENTOS DE LA DEFINICION DEL ABUSO DE CONFIANZA, EN LA LE- GISLACION PENAL MEXICANA DE 1931.

Dentro de la definición legal del ilícito en análisis, exis- ten elementos jurídicos que pueden ser confundidos y son: la dispo- sición y la tenencia. Por eso, veamos el significado de las mencio- nadas expresiones.

En el Diccionario la palabra 'disposición', implica: "La fa- cultad de disponer; tener la libre disposición de sus bienes.- Arre- glo, distribución... Tenencia denota: posesión de una cosa..." (29)

 (28) Moreno Antonio, de P., Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte especial, de los delitos en particular, Tomo primero, México - 1968, p. 172.

(29) Toro Miguel y Gisbert, Pequeño Larousse Ilustrado, 1969, Edit. Larousse, pp. 367-990.

Como referencia al tema de integración del abuso de confianza, Antonio de P. Moreno, menciona los elementos fundamentales y son:

- A) Materiales;
- B) Elemento subjetivo y;
- C) Elemento normativo. (30)

Los elementos materiales del abuso de confianza son:

- 1) La transmisión de la simple tenencia y no del dominio de la cosa mueble, al abusario;
- 2) La disposición de la cosa mueble condicionalmente recibida, que consuma el abusario;
- 3) La injusta disminución de los elementos activos del patrimonio del sujeto pasivo, efecto de la acción dispositiva.

El elemento subjetivo, (moral) es el dolo en esta figura delictiva, es decir, la intención de cometer el delito utilizando los medios indispensables y apropiados para realizarlo. Es cuando el sujeto activo del ilícito se aprovecha de la ocasión que no tendría sin la confianza en él depositada y se apodera de la cosa.

La naturaleza propia del abuso de confianza, no da la posibilidad de llegar a su fin directo, esto es, la consumación del mismo de manera culposa o imprudencial, porque dicha acción penal viola la finalidad legal de la tenencia realizándose solo en forma intencional.

(30) Ibid. pp. 75-76.

Los elementos normativos los encontramos al realizar una cuidadosa comparación de los elementos materiales, unidos a las reglas culturales que les corresponden. Se dice que los elementos normativos, se deducen de una comparación certera y necesaria de cada uno de los elementos materiales, con las normas culturales correspondientes, como lo es la entrega previa del bien, del cual se transmitió la tenencia y no el dominio. Apartando así el objeto material del fin legal patrimonial de la posesión, menoscabo o perjuicio. (31)

Se trata de la entrega previa de la cosa en el momento de su requerimiento por parte del ofendido. En donde, sólo se transmite la simple tenencia y no el dominio sobre la cosa ajena.

Se habla en forma general de los elementos del delito de abuso de confianza. Por ello, se consideran como componentes del ilícito: I. La disposición para sí o para otro; II. El perjuicio; III. - Que la disposición recaiga en cosas muebles y; IV. Que se haya transferido al agente la tenencia de esas cosas y no el dominio. La reunión imprescindible de esos cuatro elementos inseparables integra el abuso de confianza... El propósito doloso se presume juristantum... (32)

 (31) Moreno, Antonio de P., Op. Cit., p. 36.

(32) González de la Vega, Francisco, Op. Cit., p. 229.

2.3.1. PRIMER ELEMENTO: LA DISPOSICION

- A) PARA SI O PARA OTRO; B) COMO ACTO DE APROPIACION
Y; C) COMO ELEMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.

En primer lugar, analicemos ¿Qué es lo que entendemos por -
disposición de un bien?

Al respecto, se ha dicho que la disposición de una cosa es -
el hecho de que su poseedor infringiendo la finalidad legal de la -
tenencia, se apropia del bien y actúa en forma ilegal, reteniendo -
para sí el objeto o en beneficio de un tercero, es decir, disponer -
para otra persona. (33)

Por ende, en el abuso de confianza todas las actividades tie -
nen como objetivo principal, la distracción de la cosa del fin para
el que es entregada significando ello; un cambio injustificado del -
destino del objeto material. Además, la idea más relacionada con la
expresión 'disposición' es la que nos proporciona el Diccionario, -
en donde se establece lo siguiente: "Disponer es ejercitar faculta -
des de dominio sobre las cosas, enajenarlas o gravarlas en vez de -
atenerse a la posesión y al disfrute... disponer es colocar, orde -
nar, preparar, prevenir, deliberar, mandar lo que ha de hacerse, ga -
rantizar, valerse de algo o de alguien..." (34)

Nuestro ordenamiento penal sólo hace referencia a la noción -
de disponer de un bien, como facultad exclusiva de la cosa legalmen -

(33) Idem.

(34) Diccionario Enciclopédico Argentino, T. II, p. 210.

te reconocida. Por lo tanto, la palabra disposición ha sido utilizada como equivalente del término apropiación en otras legislaciones.

A) DISPOSICION PARA SI O PARA OTRO.

La expresión 'disponga para sí o para otro', tiene el significado de circunstancia irregular porque, el delito de abuso de confianza se configura cuando alguien se aprovecha de la confianza depositada en él y dispone de la cosa ajena de manera injustificada, ya sea en su propio provecho o en el de otro.

En el Código Penal de 1929, surgió por primera vez el término 'disponer', ya que en el artículo 1146, se estableció: "...Al que con perjuicio de tercero disponga para sí o para otro, en todo o en parte, de una cantidad en numerario..."

El ordenamiento penal mexicano ha continuado con el uso de la palabra disposición, posiblemente el legislador quiso aclarar el hecho de que una vez ocasionado el perjuicio a una persona; no importa que el provecho del bien apropiado sea obtenido por el reo, o bien, no haya logrado provecho del objeto apropiado. No importando quien resulte ser el beneficiario de la distribución injusta de la cosa ajena. Consideramos que lo correcto sería que el citado precepto dijera: "... El que con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa..."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en referencia al elemento 'disposición', estableció la ejecutoria siguiente:

"ABUSO DE CONFIANZA. EXISTENCIA DEL DELITO DE.- De acuerdo con el artículo 382 del Código Penal vigente en el Distrito Federal comete el delito de abuso de confianza el que con perjuicio de otro disponga para sí o para otro, de una cantidad de dinero en numerario de cualquier otra cosa ajena mueble de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio; por lo que si el indiciado no demuestra que se le hubiere TRANSFERIDO LA TENENCIA DE LA COSA MATERIA DEL DELITO falta el elemento para la realización de aquél, ya que el abusó de la confianza en él depositada para delinquir; pero para que el robo se transforme en abuso de confianza; es menester que el delincuente haya ADQUIRIDO LA FACULTAD DE DISPONER DE LA COSA, que es la tenencia, mediante alguno de los contratos que no transfieren el dominio.- TOMO XLIV página 4310.- Gamboa Segovia - - Juan.- 4 de junio de 1935".

Por otro lado, la existencia de hechos importantes es necesaria para el reconocimiento del elemento 'disposición del bien ajeno mueble'. Los mencionados acontecimientos son:

- 1) La no restitución de la cosa y;
- 2) La no restitución a su debido tiempo.

LA NO RESTITUCION DEL BIEN.- Se produce cuando se presenta la imposibilidad de restituir la cosa, sin que haya apoderamiento por parte del tenedor de la misma. Por tanto, no puede constituirse el delito en análisis y el propietario solo tiene la acción civil de restitución o indemnización de perjuicios. En cambio, en el caso de que el demandado haya efectuado el apoderamiento del bien, entonces se configura el ilícito de abuso de confianza.

También, es incorrecto pensar en la punibilidad al no devolver el bien a su debido tiempo, ello solo en los casos en que se compruebe que no hay apropiación. Esto se presenta cuando por ejemplo: el depositario de un bien mueble lo retiene en forma indebida y se justifica diciendo que en virtud de que el depositante, no ha

cubierto parte del dinero que le adeuda, él está en su derecho de disponer de la cosa. Pero, sin la idea de transmitirla a su patrimonio personal. En el mencionado caso, el depositario se hace merecedor de una sanción en materia civil pero no realiza el delito de abuso de confianza.

B) LA DISPOSICION COMO ACTO DE APROPIACION.

La disposición significa; acto de apropiación injusta de un bien jurídicamente considerado, es decir, que el agente actúa como si tuviera el dominio sobre la cosa ajena mueble.

El jurista italiano Maggiore, al referirse a la disposición indebida, nos dice: "No se requiere una posesión de buena fe, basta una posesión natural o precaria, caracterizada por el animus sibi habendi 'La intención de apoderarse de una cosa', aunque no es suficiente cualquier tenencia material que momentánea de la cosa..."(35)

El concepto de tenencia en el Código Italiano es lo que nosotros consideramos como posesión en nuestra legislación civil. Además, para que se configure la idea de apropiación es suficiente que el agente, tenga la posesión natural del bien ajeno y siempre con la firme intención de hacer uso de la cosa, ya sea para enajenarla, gravarla o para perjudicar al propietario.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos, agrega: "...solo en cierto sentido tenencia y posesión, son términos sinónimos, pero debe--

(35) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 89.

mos sin embargo declarar el mayor alcance del segundo..."(36)

De acuerdo a los estudiosos del Derecho se ha considerado, - que la posesión es el hecho legal consistente en el poder físico - que ejercita el poseedor sobre el bien ajeno depositado bajo su custodia; guardándolo para sí en forma ventajosa y con la intención de actuar como dueño de la cosa.

En el artículo 790 del Código Civil Mexicano, el concepto de posesión está descrito en los términos siguientes: "Posee un derecho el que goza de él... es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo - - 793..."(37)

Para los efectos del abuso de confianza, son similares las - expresiones 'tenencia y posesión', con fundamento en lo dispuesto - en los artículos 791, 793 y 798 del Código Civil Mexicano.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que se refiere al concepto de posesión derivada o tenencia es el siguiente:

"ABUSO DE CONFIANZA.- Este delito requiere para su existencia que el responsable esté en posesión JURIDICA de la cosa de que dispuso, más si la recibió MOMENTANEAMENTE de una manera pasajera y para un fin determinado, que debe concluirse en breve tiempo, disfrutando de la detención de la cosa, y a dichos portadores, la entrega de la cosa para su transporte, no les transfiere la posesión, detentando la cosa independientemente del contrato de prestación de

(36) Ibid., p. 119.

(37) Leyva Gabriel y Cruz Ponce Lisandro, Código Civil para el Distrito Federal en materia común para toda la República en materia Federal, Edit. Miguel Angel Porrúa, S.A., p. 151.

servicios; es un puro y simple hecho desprovisto de todo efecto legal y no engendra ningún derecho por tanto, si disponen de la cosa que momentáneamente recibieron para su inmediata entrega cometen el delito de robo.- Tomo Superior del año de 1933. Página 253.- Ayala Valentín. 5 de Noviembre de 1931".

Existen un sinnúmero de contradicciones en la jurisprudencia descrita, en primer lugar nos dice; el responsable... recibió momentáneamente la cosa. Pero, en la descripción del tipo penal correspondiente al abuso de confianza, no se menciona que sea realmente importante conocer la causa por la que se le transfiere el bien ajeno al infractor. Además, para que se tipifique el mencionado ilícito no es necesaria la previa existencia de un contrato, para que se produzca la transmisión de la tenencia, ya que el detentador la obtiene en razón de que fue el propietario quien le entregó el bien.

Por otro lado, una de las características que diferencian al delito de abuso de confianza del robo, es que la conducta realizaba se adecúe al tipo penal descrito en la ley, es decir, que en el delito de robo, el sujeto activo va hacia el objeto. En consecuencia la anterior ejecutoria de la Suprema Corte es errónea al establecer que se trata del ilícito de robo.

C) LA DISPOSICION COMO ELEMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.

Sabemos que la disposición indebida de un bien ajeno, ocasiona el incumplimiento de la obligación que tiene el agente y que consiste en la restitución de la cosa al ofendido. Cuando alguien se niega a devolver un objeto mueble que le ha sido confiado, es el momento en que se integra realmente el delito de abuso de confianza.-

Por ende, se considera consumado el ilícito patrimonial conocido como abuso.

Al respecto se dice lo siguiente: "El delito de abuso de confianza se consuma en el mismo instante en que el sujeto activo logra apropiarse, esto es, disponer para sí o para otro, del objeto material sobre que recae..."(38)

Entonces, el abuso de confianza se configura cuando el agente dispone del bien mueble ajeno porque, realiza en la cosa actos de dominio. Sin embargo, podemos hablar también de su integración cuando se invierte la cosa 'crimen reversionis'. Por lo tanto, es necesario mencionar el significado de las palabras disponer, apropiar e invertir.

La opinión de Crivellari, en relación a la expresión 'apropiar' es la siguiente: "... El sujeto se apropia de la cosa cuando la incorpora a su dominio, privando de ella a su dueño y sin ánimo de restitución..."(39)

En la idea anterior, se encuentran los dos elementos del derecho de posesión que son: el animus y el corpus, ya que existe la incorporación del bien ajeno al patrimonio del agente y la intención de no restituir al propietario el mencionado bien, esto es, lo que debemos considerar como apropiación injusta.

 (38) Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, La tutela Penal del patrimonio, Tomo IV, 2a. edición, Edit. Porrúa, S.A., 1973, p. 115.

(39) Cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 110.

Por otra parte, el diccionario en relación al término invertir en su letra dice: "Invertir es sinónimo de trasladar, emplear, -gastar..." (40)

No obstante, es indispensable que tanto la disposición como la inversión, impliquen la existencia de la cosa, mediante un acto voluntario a través del cual se observe que realmente existe el ánimo de despojarse de la posesión. La diferencia principal entre ambas expresiones es que en la inversión, se dispone efectivamente del bien ajeno, esto es, cuando alguna persona la traslada o gasta en perjuicio del ofendido. De manera, que se invierte la cosa

Nuestro ordenamiento penal, no menciona claramente, cuando es el momento consumativo (art. 384). Por ello, es necesario pensar en el tiempo lógico indispensable para que el infractor, pueda restituir la cosa a su propietario; para lo cual hay que valorar las características específicas de cada situación o caso concreto.

Por otro lado, Carlos Rodríguez en relación al momento de consumación manifiesta:

Cuando la disposición se manifiesta en forma positiva de donación, empeño o enajenación de la cosa, existe un acto material de transferencia, cuya comprobación no es difícil; pero cuando el delinquentador, sin hacer salir la cosa de su posesión material, se puede quedar con ella 'Cum animo domini', entonces se dificulta la prueba del delito; los tribunales penales, según Goyet, deberán apreciar la infracción teniendo en cuenta si el agente ha obrado con intención de apropiarse de la cosa escapando a la obligación de restituirla". (41)

Por lo expuesto, vemos que existe una posibilidad para deter

(41) Op. Cit., p. 229.

minar en que casos el agente realmente se apropia del bien ajeno, - con la intención de no regresarlo al ofendido. De manera, que en el momento en que el infractor se queda con el bien, negándose a regresarlo sin explicar el porqué de su actitud y lo empeña o enajena; - es cuando se deja de tener la posesión directa sobre el bien mueble y el agente retiene indebidamente la cosa.

También se comete confusión cuando se busca el delito de abuso de confianza en la simple transgresión del contrato en virtud - del cual se transfiere la tenencia, ya que el abuso de confianza es la violación del derecho de propiedad. (42)

Entonces, la violación de los contratos civiles cuando su - objetivo no sea la apropiación de cosas ajenas, no puede ser abuso de confianza. Porque, existe una violación del contrato en cuestión y no del ilícito patrimonial en estudio. Por ejemplo; cuando alguien subarrienda el inmueble en donde se encuentra rentando, sin la previa autorización del arrendador y en favor de un tercero. Este acto no debe ser considerado como apropiación ilegal del bien ajeno. Pero, si el bien 'habitación', es enajenado, empeñado o gravado por - quien únicamente tiene la tenencia (inquilino); entonces si se trata de actos de apoderamiento ilegal, en perjuicio del patrimonio - del sujeto pasivo.

El relación al momento consumativo del abuso de confianza, - la Suprema Corte de Justicia dictamina:

(42) Vid. González de la Vega Francisco, p. 230.

"ABUSO DE CONFIANZA DELITO DE.- Por disposición, para la integración del delito de abuso de confianza debe entenderse el hecho de que el PRECARIO POSEEDOR VIOLE LA FINALIDAD JURIDICA DE LA TENENCIA Y OTRO COMO SI FUERE PROPIETARIO DEL DINERO, CAMBIANDO EL JUSTO DESTINO DEL MISMO, pero no toda extralimitación. Es CONSTITUTIVA DEL DELITO, porque el abuso de confianza no es sino una violación del derecho de propiedad, y no existe esa disposición si al reo se le transfirió el dominio del dinero con el objeto de que hiciera ciertas compras, en las cuales iba en combinación con el querellante; y si por otra parte tampoco existe prueba de que haya distraído el dinero del fin para el cual fue entregado, por que de las constancias de autos aparece que lo empleó en las relativas; en consecuencia, es necesario que se practicará una liquidación con el objeto de que fijará el monto de las inversiones, para que se determine si había habido o no distracción del dinero del objeto por el cual fue destinado. TOMO CVII.- Página 1623.- Flores Cázares Leonar do.- 26 de Agosto de 1948.- 5 votos".

"ABUSO DE CONFIANZA CUANDO SE CONSUMA EL DELITO.- (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI).- El artículo 418 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, exige como uno de los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, que haya causado PERJUICIO A QUIEN TRANSFIRIO LA TENENCIA DE LA COSA; y si el propietario puede exigir la devolución del dinero, en el momento en que a él le parezca más oportuno, tratándose de un depósito de dinero, es notorio que si el bien le es entregado entonces, ningún perjuicio se le infirió aún cuando el detentador haya dispuesto de él con anterioridad, y no llegó a consumarse la infracción de que se trata, de no haber ocurrido una de las partes integrantes. En estas condiciones es indudable que el delito de abuso de confianza no se emplea se consuma al verificarse la DISPOSICION y por el solo hecho de ello, sino que es indispensable QUE QUEDEN REALIZADOS TODOS Y CADA UNO DE los elementos que lo constituyen, uno de los cuales es el PERJUICIO resentido por quien entregó la cosa material del contrato que no transfirió el dominio, sino solo la tenencia, y tratándose del dinero o de cualquier otra cosa fungible, su DISPOSICION NO ENGENDRA POR SI SOLA, el delito, ya que si el tenedor de la cosa entregada, en el momento de ser requerido, el cual únicamente nace al negarse la devolución, sino cuando se pida la devolución del bien de que se trata y no es entregado.- TOMO L.- Página 727.- Tamez Sánchez Joaquín.- 29 de octubre de 1936".

2.3.2. SEGUNDO ELEMENTO: EL PERJUICIO.

A) EL DAÑO MATERIAL.

En relación al elemento denominado 'perjuicio', el Diccionario establece: "Perjuicio del latín proejudicium ('daño, menoscabo.

Sin detrimento, lesión.- pérdida); ganancia ilícita que deja de obtenerse, demerito o gastos que se ocasionan por un acto u omisión - de otro y que éste debe indemnizar, además del daño o detrimento material causado por modo directo..."(43)

Por otro lado, el perjuicio es una lesión o daño ocasionado al patrimonio de las personas. El referido daño puede ser atribuido a un tercero, por el acto u omisión de una acción realizada por el agente infractor.

Se ha considerado que las expresiones daño y perjuicio, son sinónimos. Por ello, González de la Vega menciona lo siguiente:

"Para los efectos jurídicos penales los conceptos de daño - y perjuicio son sinónimos. 'El perjuicio', en todos los delitos patrimoniales, considerando sus efectos en la persona que resiste la acción ilícita, tienen 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..."(44)

Para los efectos del abuso, el perjuicio ocasionado al paciente es consecuencia directa de la disposición indebida. Recuérdese la expresión: "...Al que con perjuicio de alguien..." (art. 382 del Código Penal).

El artículo 384 del ordenamiento penal, hace referencia al elemento perjuicio cuando establece: "... No se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida, cuando no se

 (43) Nuevo Diccionario Enciclopédico, Tomo II, Edit. Codex. p.359.
 (44) Op. Cit., p. 231.

haga con el fin de apropiársela o disponer de ella como su dueño..." Por ello, consideramos que si el inculpado restituye el objeto después de usarlo momentáneamente, en el instante en que el ofendido lo solicita. Entonces, no se causa perjuicio o pérdida alguna en el patrimonio ajeno.

Al estudiar el elemento 'perjuicio', vemos que dicho componente consiste en el daño ocasionado al bien patrimonial, observado desde el punto de vista del que la padece, es decir, del sujeto pasivo. El perjuicio se representa a veces en la privación provisional que ha sufrido el dueño, arrendatario, etcétera, de usar y disfrutar de la cosa y otras ocasiones en la ganancia legal que obtuvieron los mencionados sujetos por la ilícita retención del bien.(45)

Consideramos que el perjuicio puede ser determinado, desde el punto de vista objetivo porque siempre se ha establecido la cuantía o monto aplicable al abuso de confianza. La mencionada pena, se establece tomando en cuenta el perjuicio legal ocasionado; la sanción es valorada en dinero. Sin embargo, creemos equivocada esa interpretación porque lo más importante es el monto o valor subjetivo del daño producido y no el valor del bien apropiado.

Por ende, el perjuicio es un elemento material del abuso de confianza. Por ello, Sebastián Soler dice: "Para la existencia de este delito, se requiere la concurrencia efectiva de un perjuicio..."(46)

 (45) Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pp. 114-115.

(46) Cit. por Rodríguez Cannon Carlos, Op. Cit., p. 125.

Confirma esto la ejecutoria que transcribimos enseguida:

"ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Si el querellante imputa - al acusado de no haberle devuelto una cantidad de dinero que le entregó en calidad de depósito y el segundo de aquellos confiesa haber recibido dicha suma y expresa que no la devolvió porque le fue entregada a título de obsequio.- El dicho del QUERELLANTE CONSTITUYE UNICAMENTE UNA PRESUNCION EN CONTRA DEL ACUSADO, PERO POR SI SOLA ESA ASEVERACION NO PUEDE COMPROBAR EN FORMA LEGAL LA EXISTENCIA DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.- TOMO LIII.- Página 11900.- Vázquez Rafael C.- 30 de Julio de 1937".

Habíamos previamente del perjuicio como elemento del abuso de confianza. Por ello, al producirse un menoscabo de la cosa ajena, representada en la pérdida de las ganancias que dejó de obtener el ofendido, se habla del daño material.

Antolisei se refiere al daño material cuando expresa: "...No tamos que cuando la relación de disponibilidad entre el sujeto y el bien permanece sin alterarse no puede nunca hablarse de daño; el daño presupone siempre una modificación de esta relación. Pero, no basta una modificación cualquiera, es necesario un empeoramiento..."(47)

Por lo tanto, el daño material consiste en la lesión del interés que tiene el propietario de un bien jurídicamente reconocido de poder satisfacer una necesidad, por medio de la cosa y en la intención firme del agente de ocasionar al ofendido un perjuicio o menoscabo en el patrimonio ajeno.

(47) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 69.

2.3.3. TERCER ELEMENTO: LA COSA OBJETO DEL DELITO 'COSAS CORPORALES, MUEBLES Y CIERTOS CUERPOS DE BIENES REPRESENTATIVOS DE DERECHOS. A) EL OBJETO MATERIAL.

El artículo 382 del Código Penal Mexicano establece que el objeto material del abuso de confianza puede ser cualquier cosa ajena mueble. En los Códigos de 1871, 1929 y 1931, se ha descrito cuidadosamente que el mencionado objeto material puede consistir, en 'una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, en un documento que importe obligación y transmisión de derechos.' (48)

En los ordenamientos de 1871 y 1929 se mencionaban a los bienes corpóreos e incorpóreos, para describir toda cosa ajena. Al respecto Jiménez Huerta comenta:

Son objeto del delito de abuso de confianza todas las cosas corpóreas susceptibles de apropiación. Pueden hallarse en estado sólido, líquido y gaseoso, con tal que los líquidos estén envasados 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 fuere 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..." (49)

Dentro del concepto de cosa mueble, están comprendidos los documentos y títulos que son constancia directa de algunos derechos patrimoniales. Los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931, ya aplicaban la frase: 'un documento que importe obligación, liberación o

(48) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., pp. 110-111.

(49) Idem.

transmisión de derechos..."

La legislación penal mexicana, en sus disposiciones contiene la expresión 'cosa'. En el precepto que a la letra dice: "El que - con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa..."

Es importante mencionar el significado de la palabra cosa, - para unificar nuestro pensamiento. Porque, en nuestra ley el término bien, es sustituido por el de cosa. La palabra cosa dentro de su acepción gramatical, tiene la definición siguiente: "Las cosas son los bienes jurídicamente, no sólo cuando son útiles al hombre, sino cuando son susceptibles de apropiación..."(50)

Sin embargo, se habla de un determinado valor en el bien. - Entonces, si dicho bien mueble no tiene un valor determinado para su propietario, ¿No es posible que exista el elemento perjuicio!

La cuestión anterior, puede ser enfocada de la forma siguiente: ¿Para los efectos del abuso de confianza, el valor de la cosa - que se tomará en cuenta! ¿Será el valor intrínseco o únicamente el estimativo?. Sebastián Soler, al respecto manifiesta:

Para definir el concepto se requiere que el objeto corporal sea susceptible de tener valor... con respecto al Derecho Penal se plantea la cuestión relativa al alcance de este requisito de valor; Obsérvese desde el punto de vista económico la expresión valor tiene un doble significado en cuanto es referible tanto al valor objetivo y que hace la cosa apreciable para sujetos indeterminados y el segundo, a una relación que puede tener hasta un puro carácter afectivo para el propietario".(51).

(50) Planiol Marcel, Tratado elemental de Derecho Civil, los bienes, Volumen V, 12a. edición, p. 30.

(51) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 106.

Por ello, uno de los presupuestos necesarios para la existencia del abuso de confianza, es que tenga el bien un valor objetivo, es decir, intrínseco de acuerdo a lo establecido por el propio Código Penal. Pero, en el caso de que no se tome en cuenta el valor intrínseco de la cosa y si el estimativo, para el juzgador sería bastante difícil, realizar la apreciación subjetiva del perjuicio ocasionado.

Existen muchas definiciones en lo que a bienes muebles se refiere. Sin embargo, la más acertada es la que nos proporciona González de la Vega, en la idea siguiente: "...Atendiendo exclusivamente a la naturaleza física intrínseca 'material' de las cosas, se llama muebles movibles a las cosas que tienen aptitud para ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su substancia..."(52)

Consideramos que un bien es mueble cuando es posible trasladarlo de su lugar de origen hacia otro distinto. Esto sin considerar que posteriormente se pierdan sus características de movilidad, por circunstancias ajenas. Siendo suficiente con que en el instante en que se realiza el delito de abuso de confianza; el bien tenga el carácter de movable. Al respecto, veamos las ideas expresadas en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín.

Con relación a la conclusión del concepto civil de mueble y el concepto penal. A efecto de evitar estas bárbaras conclusiones, dijo el Lic. González de la Vega. 'Otro de los propósitos que presidió la reforma, fue el de eliminar sistemáticamente del Código los conceptos ficticios, los valores convencionales, las definiciones -

(52) Op. Cit., p. 232.

abstractas, alejadas de la realidad, que en muchas legislaciones - suelen traducirse en artificiosas creaciones, tan frecuentes en el derecho privado. Se pretendió hacer del Código Penal un manual legislativo sencillo y sincero en que se atendiera preferentemente a la realidad del delincuente, a la realidad del delito, y a la realidad de sus repercusiones antisociales, eliminando fórmulas ficticias. Esencialmente en el libro Segundo del Código destinado a la enumeración de los elementos constitutivos de los delitos en particular y a sus sanciones, se tuvo presente el criterio de eliminación de lo convencional... debe concluirse que la única interpretación posible para la frase 'cosa mueble' empleada en la descripción del delito de robo es la de atender, a la real naturaleza del objeto en que recaiga el delito..."(53)

Solo pueden ser objeto material del abuso de confianza, los bienes fungibles o no fungibles. Sabemos que son bienes fungibles, los que pueden sustituirse uno por otro en un pago, ya que tienen igual poder liberatorio.(54) Esto es, son todos aquellos objetos que pueden ser cambiados por otros del mismo género, calidad, cantidad, peso o medida y es posible que los pagos substituyan a las cosas ajenas. Pero, la característica del bien fungible solo es aplicada a las cosas muebles.

Algunas veces han existido confusiones entre el delito de robo y el abuso de confianza, por el uso de la expresión 'apoderamiento o sustracción'. Por ejemplo; cuando un comodatario, además de realizar el préstamo de uso para sí mismo, como puede ser el cultivo y explotación de cierta cantidad de frutos; ocasionando daño en el patrimonio del comodante. Si incluimos en la distracción de la -

(53) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., pp. 110-111.

(54) Vid. Aguilar Carvanal Leopoldo, Segundo curso de Derecho Civil, bienes, derechos reales y sucesiones, 3a. edición, México 1975, p. 75.

Cfr. artículo 763 del Código Civil Mexicano.

cosa el factor 'violencia', se dice que se trata del ilícito de robo. Pero, es necesario que en la comisión del robo el agente vaya hacia el objeto material.

En cambio, en el abuso de confianza es indispensable que al infractor se le transmita la simple tenencia del bien de acuerdo con la ley. Por ello, el comodatario está obligado a restituir la cosa en el momento del requerimiento formal que le hace el sujeto pasivo. En virtud de lo antes mencionado se habla de cosas fungibles y no fungibles en el delito de abuso de confianza.

2.3.4. CUARTO ELEMENTO: ACCION DE TRANSFERIR LA TENENCIA Y NO EL DOMINIO, COMO PRESUPUESTO BASICO DE LA CONDUCTA.

En la Legislación Penal Mexicana, se establece como supuesto previo de la conducta, que al agente se le haya transferido la tenencia y no el dominio del bien ajeno. El ordenamiento penal en México establece como supuesto de la conducta típica, que al sujeto activo 'se le haya transmitido la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble', objeto material del ilícito.(55)

Se realiza la transmisión de la simple tenencia de un bien ajeno, cuando se ha trasladado a otro su posesión corporal. El transmitir la tenencia significa, independizar el poder de hecho que se tiene sobre la cosa y trasladarlo a quien más tarde se coloca como agente del ilícito. Por ejemplo: Cuando a un amigo le entrego mi portafolio con el ruego de que lo lleve a nuestro despacho, -

(55) Vid. artículo 382 del Código Penal Mexicano.

mientras realizo otras actividades. En esta situación no existe la transmisión de la tenencia, porque el simple contacto físico que el sujeto tenga sobre el bien ajeno, no significa poseer la cosa. Por ello, si alguien sobrepasa el mandato solicitado por el dueño y se apodera del bien ajeno, comete el delito de robo. Pero, no el de abuso de confianza.

Comete el delito de abuso, solo quien tiene la tenencia lícita del objeto mueble. Quedando excluidos los actos traslativos de la propiedad. En apoyo a lo anterior Mariano Jiménez, comenta:

todos aquellos actos que según ley, contrato, resolución judicial u orden de autoridad, transfieren materialmente en guarda, uso o administración la corporeidad de la cosa, son presupuestos típicos del delito de abuso de confianza. Este delito solo... 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. Quedan excluidos de la posibilidad de ser presupuestos facticos del delito en examen, los actos jurídicos traslativos de la propiedad de las cosas, como por ejemplo: la compraventa, excepto que se hubiere pactado la reserva de dominio, el mutuo, la renta vitalicia, el depósito irregular, el reporto, el depósito bancario de dinero, divisas o monedas extranjeras, depósito bancario de títulos con cláusula de disposición, depósito de mercancías o bienes genéricamente designados en almacenes generales y prenda constituida sobre títulos o bienes fungibles con transmisión de propiedad o sobre dinero..."(56)

El abuso de confianza se integra cuando se transfiere la cosa ajena, por la transmisión de la simple tenencia como presupuesto básico de la conducta. Sin embargo, el mencionado delito no puede configurarse cuando el bien fungible, a excepción expresa de que

(56) Op. Cit., pp. 103-104.

Cfr. Artículos 2248, 2312, 2384 y 2774 del Código Civil, el artículo 338 del Código de Comercio y los artículos 259, 267, 276, 281 y 336 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

exista un convenio que establezca que los bienes serán restituidos de acuerdo a su calidad o especie.

Por otro lado, no siempre la transferencia de la tenencia implica que la posesión proceda del sujeto pasivo, porque puede resultar de un acto administrativo, de una orden de pago, un decreto judicial, o de la entrega del bien realizada por el afectado.

Es posible hablar de traslado de la simple tenencia de un bien como resultado de un decreto judicial, en los casos siguientes: el secuestro judicial y en las entregas de bienes a tutores, albaceas, interventores o síndicos. Hay transferencia de la tenencia por medio de un acto administrativo; en los depósitos de esta índole. También, existe transmisión derivada de una orden de pago o de entrega proporcionada mediatamente a una tercera persona por el ofendido, en las cantidades u objetos que reciben sus representantes, mandatarios u cobradores relacionados con los recibos u órdenes de entrega de que son portadores estos últimos.(57)

En la entrega del bien ajeno, suponemos que no existe la voluntad del propietario de trasladar el dominio de la cosa, sino que ha ubicado al infractor en la condición de tenedor del objeto material, con cargo de restituirla en el momento del requerimiento. Aunque, el momento de la devolución no haya sido mencionado en el título o acto transmisor de la tenencia. Es suficiente con que dicho mo

(57) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., pp. 104-105.
Vid. artículo 2544 del Código Civil y la fracción II del artículo 383 del Código Penal.

mento se deduzca de la correcta interpretación del título o acto y finalmente, en los casos de duda el requerimiento formal mencionado en el artículo 384, nos ayuda a resolver el problema. (58)

2.4. BIEN JURIDICAMENTE LESIONADO.

Vimos previamente que el delito de abuso de confianza, consiste en lo 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..." Por eso, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de la acción ilegal de quien aprovechándose de la confianza depositada en él, hace uso indebido de un bien del cual solo tiene la tenencia, más no el dominio. González de la Vega, al respecto comenta:

Las personas tanto físicas como morales pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general la salvaguarda jurídica de cualquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal, son todos aquellos derechos de las personas que pueden ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es 'el conjunto de derechos y de cargas de una persona apreciables en dinero...' (59)

El bien jurídico que se lesiona en el ilícito de abuso de confianza, desde nuestro punto de vista es el patrimonio. Razón por la que nuestro Código Penal, denomina al robo, abuso de confianza, fraude, daño en propiedad ajena, etcétera, 'delitos en contra de

(58) Idem.

(59) Cit. por Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., p. 151.

las personas en su patrimonio'.

Se considera que hay un enlace inseparable entre el sujeto y su patrimonio. Por ello, los delitos patrimoniales, no se realizan afectando un valor abstracto como lo es el patrimonio considerado - en forma independiente, esto es, que no se cometen solo en contra - de las personas, sino en sus bienes patrimoniales del ofendido. (60)

Por ello, se ha considerado que a través de la comisión del abuso de confianza, se produce la injusta disminución de los bienes patrimoniales del afectado, es decir, se ocasiona una disminución - de los elementos activos del patrimonio del sujeto pasivo.

Por otra parte, en el contenido del artículo 383 de nuestro ordenamiento, no se individualiza al propietario como la persona -- que sufre el perjuicio patrimonio y el acto transmisor de la tenencia, ya que puede realizarlo además del propietario quien ejerce un poder sobre la cosa mueble, es decir, el usuario del bien ajeno. En este caso, no tiene validez el criterio que establece a la propiedad como el bien tutelado en el abuso de confianza.

Al referirnos al bien jurídico tutelado, podemos partir de - la siguiente interrogante: "¿Existe una doctrina del patrimonio den - tro del Derecho Penal?" (61).

Por ello, es necesario hablar de las Teorías del patrimonio_

(60) González de la Vega, Francisco, Op. Cit., p. 151.

(61) Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, - Parte especial, robo, abuso de confianza, fraude, 4a. edición, p. 15.

que son:

a) Teoría de la identidad de la noción penal del patrimonio con la del Derecho Civil;

b) Teoría de la Autonomía del concepto de patrimonio en el Derecho Penal. (62)

El jurista Maggiore Giuseppe, como partidario de la Teoría de la identidad afirma: "...El contenido y la noción del patrimonio debe ser igual, tanto en el Derecho Penal como en el Civil. Además, recordemos el carácter sancionador en forma exclusiva al Derecho Penal..." (63)

Messineo, autor italiano ha proporcionado la idea del concepto de 'patrimonio', desde el punto de vista penal. Con esa noción se complementa la Teoría de la identidad por ello, veamos la opinión del mencionado jurista.

El patrimonio penalísticamente concebido, está pues constituido por aquel plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular. Integran el patrimonio todas aquellas cosas que según el artículo 747 del Código Civil Italiano, pueden ser objeto de apropiación, cuando esta posibilidad deviene en realidad, se nota la cualidad del objeto, pues las cosas y los derechos se transforman en bienes patrimoniales..." (64)

Consideramos, correcta la Teoría de la identidad en lo referente a la definición precisa del término 'patrimonio', porque así se evitan un sinnúmero de confusiones. Además, en nuestra legislación penal únicamente existen sanciones a todo tipo penal descrito

(62) Ibid., p. 16.

(63) Cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 17.

(64) Cit. por Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., p. 9.

dentro del Código Punitivo.

Por otra parte, los seguidores de la Teoría de la autonomía, establecen: "Que el concepto de patrimonio en relación al Derecho Penal debe considerarse en forma independiente del concepto de patrimonio en el Derecho Civil, dada la diversidad de fines y medios que existen entre ambas disciplinas..."(65)

Observemos, la contradicción que existe entre los partidarios de la Teoría de la Autonomía y la de la identidad, entre el Derecho Penal y el Civil. Creemos que se debe al distinto concepto que se tiene del 'patrimonio', en cada una de estas corrientes. Así como a las varias definiciones del Derecho Privado (aplicadas) y que son: la posesión, los bienes, la propiedad, la filiación, etcétera, los cuales es indispensable que sean interpretados en forma distinta e incluidos en el Derecho Penal, es decir, debemos buscar soluciones de manera independiente; no producidas como resultado del Derecho Civil.

De manera que, en el Derecho Penal la expresión 'propiedad' siempre es interpretada en sentido estricto. Así como la idea del término 'posesión' en forma separada, es decir, sin relación alguna con la expresión 'propiedad'.(66)

En virtud de ello, el patrimonio está unido con la persona,-

(65) F. Cárdenas Raúl, Derecho Penal Mexicano del Robo, Editorial Porrúa S.A., 1977, p. 17.

(66) "La propiedad.- es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera perpetua y exclusiva, a la acción de la voluntad de una persona..." Aguilar Carvajal, Leopoldo, Op. Cit., p. 100.

ya que es una 'emanación de la personalidad y la expresión de la personalidad jurídica de que una persona se encuentra investida como - - tal...' (67)

Sebastián Soler, al analizar los delitos en contra de las - personas y que afectan su patrimonio establece:

Nuestra ley ha adoptado este título para designar el bien jurídico tutelado, la expresión propiedad utilizada en el Código Penal de 1871. Se han producido constantes censuras por el uso exagerado de la expresión patrimonio, hechas por algunas legislaciones modernas para designar el bien jurídico comprensivo de toda clase de delitos, por ejemplo; el gran uso que la expresión tiene en el Derecho Civil con un sentido idéntico al de dominio..." (68)

Por lo anterior, debemos tener presente que la disciplina - del Derecho Civil en relación a los derechos reales, no puede ejercitar ninguna influencia en nuestro ordenamiento penal, en lo referente a los delitos contra la propiedad. Por eso, resulta incompatible con los principios de imputabilidad establecidos en materia penal.

Manzini, al igual que muchos autores considera a la propiedad como el bien tutelado en el delito de abuso de confianza. Su opinión al respecto es la siguiente: "El objeto de tutela penal, en relación a los derechos de apropiación indebida es el interés concerniente a la inviolabilidad del patrimonio precisamente del Derecho de propiedad o derecho sobre la cosa..." (69)

(67) F. Cárdenas, Raúl, Op. Cit., p. 16.

Vid. artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

(68) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 50.

(69) Ibid., p. 62.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto ha resuelto lo siguiente:

"ABUSO DE CONFIANZA.- El elemento característico de este delito es la disposición o distracción fraudulenta. Pero se comete - una confusión cuando se considera abuso de confianza, la VIOLACION DEL CONTRATO, CUANDO LO QUE LO CONSTITUYE, es la VIOLACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD. Los dos conceptos son fáciles de confundir, puesto que se tocan por el aprovechamiento del bien del otro, que se ha dejado en manos del agente, que se transforma de deudor en ladrón.- TOMO XIV.- Página 1343.- Reyes María.- 5 Votos".

Por lo tanto, puede presentarse el caso de que exista la propiedad o se de ésta, sin que exista la posesión o viceversa.

Es importante no confundir las expresiones 'patrimonio y dominio', porque este último es simplemente el poder que tiene - sobre una cosa.

Consideramos que la tutela en el delito de abuso de confianza como en cualquier otro ilícito penal, consiste en la protección de una conducta peligrosa del agente infractor hacia la misma sociedad.

2.5 INTERES PATRIMONIAL TUTELADO.

Nuestro ordenamiento legal, tutela el interés que tiene - - quien transmite la tenencia del bien mueble a otra persona para que en el momento del requerimiento, el sujeto activo o tenedor devuelva la cosa. Por ello, Jiménez Huerta nos menciona: "El objeto de la tutela penal en este delito 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 devolu- - -

ción..."(70)

Se trata de un derecho subjetivo de naturaleza obligacional 'elemento activo del patrimonio'. Por tanto, el bien jurídico tutelado es el interés en la restitución del bien, en la recuperación material del objeto.

Cuando llega el momento y la cosa no es entregada, el ofendido se ve privado de la posesión material, del uso y disfrute, que es lo que constituye el daño patrimonial.

Autores como Manzini, de Marsico y Antolisei consideran que: "...El interés patrimonial tutelado es la propiedad o dominio que sobre la cosa objeto material del delito tiene el propietario".(71)

A diferencia del pensamiento de Mariano Jiménez, los anteriores juristas mencionan a la propiedad sobre la cosa objeto del ilícito, como el interés tutelado. Sin embargo, la noción anterior es errónea porque significaría que el delito de abuso de confianza, únicamente se integra cuando quien traslada la tenencia del bien es su dueño.

Quedarían exceptuados del tipo legal, todos aquellos casos en que la transmisión de la tenencia la realiza alguien distinto al propietario. Por ejemplo: el arrendatario, usufructuario, comodatarío, etcétera, quien la entrega en guarda o custodia. Además, el artículo 382 hace referencia a la persona ofendida utilizando la ex--

(70) Op. Cit., p. 109.

(71) Cit. pos Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., 110.

presión 'AL QUE EN PERJUICIO DE ALGUIEN', no relacionándolos exclusivamente con el propietario.

El artículo 384 del Código Penal menciona que la persona que puede exigir la restitución del bien ajeno, es aquella que tenga - derecho y no solo el dueño, ya que en muchos casos no sólo el propietario resulta dañado, sino también puede serlo un comodatario o arrendatario.

Por otra parte, Petrocelli considera el interés protegido - como: "La confianza depositada en la persona a quien se transmite - la tenencia de la cosa..."(72)

De manera, que el interés tutelado es la confianza depositada en el agente. Por ello, la ley no protege al patrimonio de las - personas, pero si se preocupa de tutelar la buena fe del agente pasivo. Por lo tanto, consideramos que el interés patrimonial que se tutela en el delito de abuso de confianza, es la buena fe o la esperanza firme que tiene el sujeto pasivo que deposita su confianza, - en quien recibe el bien para un uso determinado, ya sea como usufructuario o como comodatario. Sin embargo, cambia el destino de la cosa, negándose el agente a restituirla en el momento de ser requerido formalmente.

Por su parte, Sebastián Soler nos informa lo siguiente:

Por lo general esta clase de defraudaciones se cometen sobre la base de una acción personal persistente... sabemos que el logro

(72) Ibid. p. 111.

malicioso de la confianza personal puede constituir estafa... lo importante ahora es cierta confianza que podríamos llamar jurídica - porque, la protección penal interviene para garantizar el cumplimiento de cierta clase de tratos, cuya efectiva ejecución no es posible sobre la base de la buena fe..." (73)

En fin, la buena fe es el presupuesto necesario para que exista la confianza. Desde el momento en que deja de existir la buena fe, forzosamente deja de ser posible la existencia de la 'confianza' que es el efecto directo de la buena fe. Además, la confianza es el convencimiento que desarrolla el ofendido hacia el agente infractor para lograr la restitución objeto material en el momento solicitado.

(73) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 60.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y FACTORES -
NEGATIVOS. LA TENTATIVA, LA PARTICIPACION. EL ABUSO DE CONFIANZA IM
PROPIO Y LA RETENCION INDEBIDA.

3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS:

3.1. SIGNIFICADO JURIDICO DE CONDUCTA.

- A) LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ABUSO,
- A') AUSENCIA DE CONDUCTA
- B) LA TIPICIDAD
- B') AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD
- B'') LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD
- C) LA ANTIJURIDICIDAD
- C') LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION
- D) LA IMPUTABILIDAD
- D') LA INIMPUTABILIDAD
- E) LA CULPABILIDAD
- E') LA INCULPABILIDAD
- E'') LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD
- F) LA PUNIBILIDAD
- F') LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

3.2. LA TENTATIVA.

3.3. LA PARTICIPACION.

3.4. EL ABUSO DE CONFIANZA IMPROPIO.

3.5. LA RETENCION INDEBIDA DE LA COSA.

3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

En la clasificación de los ilícitos penales, algunos juristas nos hablan de lo que debe ser considerado como delito y lo que no; por diferentes hechos o acontecimientos que eliminan la responsabilidad o culpa del agente infractor. De tal forma que, en la comisión de un acto ilegal se analiza cuando el sujeto activo, está afectado en su capacidad de raciocinio como resultado del consumo de sustancias psicotrópicas, drogas, etcétera, las cuales influyen en la voluntad del sujeto activo en el momento de la comisión de la conducta ilícita.

Se dice que los elementos del delito se dividen en esenciales y los que no lo son. Por ello, el método aristotélico, contrapone lo que el delito es a lo que no es. (74)

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
a) Actividad (conducta)	Falta de acción (ausencia de conducta).
b) Tipicidad;	Ausencia de tipo (atipicidad).
c) Antijuridicidad;	Causas de justificación o de licitud.
d) Imputabilidad;	Causas de inimputabilidad.
e) Culpabilidad	Causas de inculpabilidad.
f) Condicionalidad objetiva;	Falta de condición objetiva (de punibilidad)
g) Punibilidad;	Excusa absolutoria.

 (74) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte general, Vigésimotercera edición, 1986, pp. - 133-134.

3.1. SIGNIFICADO JURIDICO DE CONDUCTA.

La definición del concepto de conducta más conocido es la siguiente: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, negativo o positivo, encaminado a un propósito..."(75) Dentro de la noción de conducta se incluye tanto el hacer positivo como el negativo, es decir, la realización de una acción en sentido estricto y la comisión de la misma o el dejar de realizarla, como representación de la irresponsabilidad del hombre.

A) LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.

En el Código Penal Mexicano, se describe la conducta en el artículo 382, en donde se hace referencia a lo siguiente: "...La disposición para sí o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio..."(76). Por lo tanto, la actividad desarrollada en este delito, consiste en la transmisión de la simple tenencia de un bien ajeno al que después se reconocerá como infractor o abusario, ya que este actúa de manera indebida disponiendo del objeto material.

Jiménez Huerta, en relación a la conducta típica expresa: "...la conducta típica en el abuso de confianza significa que el agente, disponga de la cosa objeto material del delito..."(77)

En la idea anterior, se otorga mayor significado al hecho de

(75) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 149.

(76) Vid. Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 121.

(77) Op. Cit., pp. 106-107.

que el infractor, al realizar la acción dispone del bien ajeno. Se apropia de el con la intención de convertirse en propietario del mismo, beneficiándose de la cosa a través de la posesión o tenencia, para enajenar dicho objeto material. Entonces, el inculpado al sustraer indebidamente la cosa ajena, tiene la firme voluntad de comportarse como si el bien mueble fuese suyo.

Como excepción a la regla mencionada nuestra legislación 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..." (78) En el precepto citado no se cumple el requisito de que el bien sea ajeno, porque es el propietario quien hace uso del bien sin la autorización de la autoridad judicial.

Por otra parte, el establecer los actos que significan la apropiación del bien ajeno, no es fácil. En virtud de ello, Mariano Jiménez nos comenta lo siguiente:

Que la conducta típica del delito de abuso de confianza consiste en invertir en propio beneficio el título posesorio que el objeto activo tiene sobre la cosa. Empero, no en todas las manifestaciones concretas del delito... existe la inversión del título posesorio, pues como Petrocelli, ha puesto de relieve: 'Si inversión significa mutamiento o posesión, una posesión mutada debe, después del acto de la inversión continuar subsistiendo en el agente...' (79)

Para mayor claridad de la hipótesis propuesta, veamos el ejemplo siguiente: cuando un depositario invierte la posesión sobre la cosa a título de depósito y en su beneficio la usa como si fuere

(78) Vid. artículo 383 fracción I del Código Penal.

(79) Op. Cit., p. 106.

comodatario, no comete abuso de confianza, ya que no debe considerarse como una apropiación.

Por consiguiente, consideramos equivocada la idea de la inversión de la cosa, porque no es fácil determinar los actos que implican una apropiación.

Además, es necesario distinguir entre apropiación injusta del bien ajeno y empleo indebido de la cosa.

Según la opinión de varios juristas, son distintas las expresiones 'apropiación indebida de la cosa' y 'uso indebido', ya que la apropiación indebida es una figura que consiste en negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, que se haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de restituir el bien ajeno, con la previa petición del sujeto pasivo. En cambio, el uso indebido es la utilidad o uso no permitido de la cosa ajena, en cuyo caso solo se imponen sanciones civiles por la mala ejecución del contrato preestablecido y no sanciones penales..."(80)

Por ello, el abuso de confianza como figura típica sólo se configura por la apropiación injusta del objeto, sobre el que recae y nunca por el uso abusivo del bien. De manera, que usar no es apropiarse sin perjuicio de que el uso ilegal pueda ser indicio de apropiación. Pero, el signo tiene que complementarse con otros inequívocos actos que demuestren que el agente se convirtió en propietario de la cosa por sí mismo.

Por otro lado, se dice que no hay abuso de confianza, cuando la persona a quien se ha transferido la tenencia del bien, prolonga dicha posesión en ejercicio de un derecho de retención.

(80) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., p. 125.

Por lo tanto, es indispensable saber ¿En qué casos se tiene una legítima posesión del bien retenido para que no se configure el abuso de confianza?. Al respecto se menciona lo siguiente:

El derecho de retención solo lo tienen el mandatario, el acreedor pignoraticio... Empero aunque la retención de la cosa en estos casos es ilegítima... es necesario que el ofendido requiera formalmente al tenedor o poseedor para que la devuelva, y éste lo haga o no la entregue a la autoridad para que disponga de la misma conforme a la ley..."(81)

Por eso, la legislación mexicana exige para la completa integración de la conducta típica en el abuso, que la retención ilícita del bien, sea complementada con el previo requerimiento formal que hace el ofendido al sujeto activo para que le restituya el objeto mueble. Debiendo entender como requerimiento formal, la orden de cualquier autoridad judicial o notarial y no solo entre particulares, para de esta forma restituir el bien ajeno a quien tenga derecho sobre él.

Por ende, el agente que dispone del total de bienes que se le transmiten en simple tenencia, comete el delito de abuso de confianza. No obstante, se dice que en el caso de que alguien disponga de una parte de los bienes que están bajo su custodia, también comete abuso de confianza en relación a esa porción de la cual dispuso. Reafirma lo anterior, Jiménez Huerta al decir:

No es necesario para la configuración típica del delito de -

(81) Ibid., p. 107.

Vid. artículos 2533, 2534, 2509, 2579, 2644, 2666 y 2876 fracción II del Código Civil.

abuso de confianza que el sujeto activo se apropie o disponga de la integridad de las cosas que se le transmitieron en tenencia, pues también se configura el delito cuando dispone o se apropia de una parte de los objetos que obraban en su poder aunque, naturalmente, en este caso el delito se limite a la parte apropiada..." (82)

En fin, comete el delito de abuso de confianza quien se apropie de una parte de las cosas, de las cuales tiene la posesión.

Se menciona como otra forma de configuración para el abuso de confianza, el hecho de sustraer el bien ajeno del cual se tiene la tenencia y no el dominio. El precepto legal que hace referencia a lo mencionado es el artículo 383 en su fracción II del Código Penal, a la letra dice:

"Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena...

I.-

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

Por ejemplo; el depositario de un aparato mecánico de inmejorable fabricación alemana que le sustrae del lugar en que se encuentra depositado y lo sustituye por otro de infima calidad.

De manera, que consideramos a la sustracción como uno de los medios comisivos del abuso de confianza.

Por consiguiente, el depositario judicial requiere forzosa-

(82) Op. Cit., p. 108.

mente de la aprobación de alguna de las autoridades, descritas en la ley para poder disponer del bien depositado bajo su custodia.

Por otro lado, algunos autores establecen: "...Que en el caso de empeño o pignorancia de la cosa ajena poseída a título de depósito, no existe más que un ilícito civil, si se prueba que quien la empeñó tenía la voluntad y la posibilidad de rescatarla, habida cuenta de que no hay aquí más que un uso temporal de la cosa..."(83)

Sin embargo, se dice que el empeño no solo es una violación a las leyes civiles. Porque, empeñar un bien es una conducta que excede el uso abusivo que de la cosa se hace por eso; es considerado como un acto de disposición. Por eso, disponer de un bien significa, apropiarse del mismo con ánimo de dominio. Al respecto se ha dicho lo siguiente:

"...El elemento interno de este delito está constituido por la voluntad de apropiarse o distraer la cosa, con conciencia del deber de restituirla..."(84)

Así, el disponer de un bien ajeno es apropiarse del mismo, siempre y cuando exista un convenio de parte de quien tiene derecho sobre el objeto material y el agente para que este último, disponga de la cosa con el ánimo de dominio y sin la intención de devolverla a su legítimo dueño.

 (83) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit., p. 118.

(84) Cuello Calón, Eugenio, La tentativa inacabada, Revista de la Facultad de Derecho, T. XVI. p. 108.

Nuestro ordenamiento penal utiliza la expresión adecuada al señalar: "Se disponga para sí o para otro...". En apoyo a lo expresado, Pavón Vasconcelos, comenta: "... 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..."(85)

Consideramos correcta la posición de la legislación mexicana, en virtud de la dificultad que existe para demostrar cuáles son los actos que implican 'apropiación indebida de un bien ajeno', esto es, la inversión de la cosa. En cambio, al hablar de disposición del objeto material del abuso de confianza en beneficio del infractor o de un tercero, en donde se cause un perjuicio en el patrimonio del ofendido. Además, es más fácil demostrar si el sujeto activo se comportó con la idea de no restituir el bien a quien ejerce legalmente algún derecho sobre la cosa mueble.

A') AUSENCIA DE CONDUCTA.

Puede suceder que al realizar alguna acción el agente, se encuentre afectado psicológicamente por una circunstancia externa o interna. Como puede ser por encontrarse en un estado de hipnosis profunda (sueño), o bien, que su voluntad esté sujeta a un estado de neurosis excesiva, provocada por la ingestión de alcohol o de alguna droga. En dichos casos se habla de falta de acción o ausen-

(85) Op. Cit., p. 122.

ESTA TESTS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

cia de conducta. Al respecto, Castellanos Tena, manifiesta:

Si la conducta está ausente... no habrá delito a pesar de - las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico..."(86)

Por otro lado, es difícil hablar de la omisión de la conducta en el delito de abuso de confianza. En cambio, en cualquier otro ilícito penal, la acción puede ser realizada de manera involuntaria (bajo estado de inconciencia parcial).

En relación al aspecto negativo de la conducta, Pavón nos comenta: "...habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de disposición sea involuntario, en la cual el agente acatando el mandato de una voluntad superior bajo cuyo influjo hipnótico se encuentra, sin culpa, realiza la actividad típica..."(87)

Se desprende como una posible hipótesis de ausencia de conducta, que el agente se encontrase bajo sugestión hipnótica profunda en el instante de cometer el delito porque, en ese caso tal circunstancia anularía la voluntad del inculpaado. Por ende, la conducta carecería del elemento interno para su integración, ya que el -- proceso mental de integración de la voluntad no existe; por la falta de los elementos intelectuales y emocionales, necesarios para - realizar la acción libremente.

(86) Op. Cit., p. 162.

(87) Op. Cit., p. 124.

B) LA TIPICIDAD.

Consiste en la adecuación de la conducta del sujeto activo - al tipo penal. Para su existencia son necesarios dos supuestos básicos: 1o. El tipo penal creado por el legislador en la ley, describiendo la conducta que se considera como delito y; 2o. El acto u omisión del sujeto en el mundo fáctico o de hecho que coincida con dicha descripción. En apoyo a lo mencionado se ha considerado que: "...la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, resumida en la fórmula 'nulum crimen sine tipo...' (88)

Si existe la completa coincidencia del comportamiento humano con el preestablecido por nuestros legisladores en la norma legal, se habla de la adecuación de la conducta al tipo, o sea la tipicidad. Además, el hecho realizado debe ser injusto y punible. Sin embargo, se pueden presentar situaciones que eliminen la culpa del infractor en determinados casos.

En el delito de abuso de confianza existe la tipicidad en la acción realizada cuando; ésta se adecua a los elementos descritos en el tipo penal, o sea los establecidos en el artículo 382 del Código Penal. Por ello, habrá tipicidad en el abuso cuando la acción de 'disponer del bien mueble', se adecue en todos y cada uno de los requisitos descritos en el tipo legal establecido. En el delito de abuso, esas condiciones son: 'Al que con perjuicio de alguien' disponga... de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya trans

(88) Porte Petit Candaudap, Celestino, Derecho Penal Mexicano, Parte general, México 1981, p. 249.

mitido la tenencia y no el dominio.

B') AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

La atipicidad o ausencia de tipo, es el aspecto negativo de la tipicidad. El citado elemento ha sido definido como: "...La ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa..."(89)

Entre la ausencia de tipo y de tipicidad, existen ciertas diferencias. En primer lugar, la ausencia de tipo es cuando; el legislador en forma deliberada omite la descripción de una conducta, que de acuerdo a la opinión común debería formar parte de la clasificación de los delitos. Mientras que en la ausencia de tipicidad si existe el tipo, pero no se adecua con la conducta realizada como en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta obteniendo su consentimiento mediante engaño. En el mencionado caso la descripción legal, menciona que el delito de estupro se configura cuando la mujer es menor de 18 años.(90)

Observamos que si existe acción punible pero, esta se considera como conducta no típica por no reunir los requisitos descritos en la norma legal. Por ello, se cambiará la sanción aplicable a esa conducta tomando en consideración las circunstancias presentadas en el momento de la comisión del ilícito penal.

(89) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 174.

(90) Idem.

Aquí, distinguimos dos situaciones distintas, ya que mientras en la ausencia de tipo se considera la idiosincracia del codificador para determinar si un hecho debe considerarse como criminal o no. En cambio, en la ausencia de tipicidad, se establece como requisito la adecuación exacta de los elementos esenciales del delito.

b'') LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD.

Son aquellas condiciones en donde se realiza el delito. Sin embargo, la conducta no es considerada delictuosa ya sea porque no existen los elementos internos de la apropiación indebida, que ocasionan algún menoscabo o perjuicio en el patrimonio del ofendido, o cuando falta el objeto o cosa material sobre la que recae el comportamiento ilegal, o bien, al no presentarse las condiciones de tiempo y espacio que indica el tipo legal descrito para el abuso de confianza.

Se han establecido como causas de atipicidad las siguientes: "...a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos y; f) Por no darse, en su caso la antijuricidad especial..."(91)

(91) Ibid., p. 175.

En el delito de abuso de confianza son causas de atipicidad las siguientes: 1) La calidad del sujeto activo del ilícito en estudio y que sólo puede recaer en aquellas personas que tengan en su poder el bien ajeno, en razón de un título legal. Por ello, en el caso de que alguien se apropie de una cosa ajena, sin existir la previa tenencia del objeto material, el tenedor no puede disponer de la cosa libremente por no existir ningún título legal que le permita hacerlo; en este caso se presenta una causa de atipicidad. Por ejemplo; en el caso de que el arrendatario, subarriende el bien ajeno sin la facultad necesaria para hacerlo, es decir, no tiene la autorización concedida por el dueño. En consecuencia se trata de una simple violación al contrato pero no del abuso de confianza. Además nuestra legislación menciona: 'Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble de la cual se le haya transmitido la tenencia y no el dominio'.

También, puede ser causa de atipicidad el hecho de que el sujeto pasivo no sea quien entregó la cosa sino un tercero, es decir, la persona que entrega el bien mueble no es el propietario o quien tiene derecho de propiedad sobre la cosa. En virtud de lo anterior Pavón Vasconcelos, expresa: "...Por cuanto al sujeto pasivo lo será en la mayoría de los casos el que confió la cosa, bien sea el propietario o aquel a quien estaba obligado a devolverla 'si era titular del derecho de propiedad'..."(92)

(92) Op. Cit., p. 125.

Por otro lado, si no existe el interés patrimonial tutelado en el abuso de confianza, o sea, el interés que tiene el sujeto pasivo en que le sea restituido el bien en el momento del requerimiento formal, por consiguiente, no hay objeto jurídico, (por falta de la posesión o tenencia en este delito patrimonial).

Hay otra causa de atipicidad cuando no existe el objeto material, sobre el cual recaiga la acción. Por ejemplo: cuando se pretende apropiarse de una cosa ajena inmueble, es decir, que dicho bien no pueda ser desplazado fuera de la esfera de vigilancia del propietario. En consecuencia, debe ser una cosa corpórea mueble, susceptible de ser apropiada. De manera, que si no reúne dichos requisitos no debe considerarse como punible el ilícito y podemos dejar de llamarle delito de abuso de confianza.

Por otra parte, Pavón al hablar de la falta de calidad en los sujetos del abuso de confianza menciona:

Habrà atipicidad en el abuso, es decir, no habrá delito por faltar la adecuación de la conducta al tipo, cuando los sujetos no reúnan tales calidades 'poseedor precario - el agente, y el propietario o titular de un derecho real sobre la cosa-, el pasivo' o el objeto no satisfaga el carácter de ajeneidad y carezca de la condición de mueble..."(93)

El tipo penal estudiado no describe el comportamiento bajo condiciones de lugar y tiempo determinado. Por ende, no se puede hablar de causas de atipicidad en este aspecto. El abuso de confianza, tampoco requiere de modalidades especiales, es decir, que sea

(93) Ibid., p. 126.

realizado por medio de engaños o maquinaciones como en el caso del delito de robo.

Existen algunos tipos penales en donde existen elementos subjetivos del injusto; los cuales forman referencias típicas en relación a la voluntad del sujeto activo. En lo que se refiere a la descripción legal del concepto de abuso de confianza esas referencias son: que el agente se apropie en forma indebida del bien mueble ajeno, con el propósito de causar un perjuicio patrimonial al ofendido, esto es, ocasionar una pérdida en el haber patrimonial del sujeto pasivo.

Por último, no se configura el tipo penal denominado abuso de confianza en el caso de ejercitar un derecho de retención, porque la ley concede permiso al acreedor de disponer de los bienes ajenos, en el caso de que el deudor no liquide completamente la deuda contraída con él, en consecuencia, actúa comprobada la existencia de una causa de atipicidad.

C) LA ANTIJURIDICIDAD.

Dos aspectos que debemos considerar en la antijuridicidad son: la conducta y el tipo penal, ya que la conjunción de ambos dará como resultado la antijuridicidad. Estimando ésta como la violación al bien jurídicamente tutelado por la norma y producida por la conducta del sujeto. La antijuridicidad, se integra con los tres supuestos siguientes:

1. La existencia del tipo penal;
2. Una conducta humana positiva o negativa y;
3. La violación al bien jurídicamente tutelado.

Sin embargo, para algunos doctrinarios la antijuridicidad, - reviste aspectos diferentes como son: el aspecto formal y el material.

Por su parte, Ignacio Villalobos apoya lo mencionado cuando expresa:

La antijuridicidad es oposición al Derecho, y como el Derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien, de fondo, de contenido o material, también la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta a los intereses protegidos por dicha ley, y agrega: 'La antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración...' (94)

En la definición citada se encuentra el aspecto formal y material, en donde la antijuridicidad formal será cuando se ataquen las disposiciones estatales en su contenido legal y la antijuridicidad material se refiere específicamente a la conducta antisocial - realizada por el infractor de una norma legal.

Una conducta será considerada como antijurídica si está descrita en el tipo penal, es decir, será reconocida como conducta típica. Sin embargo, esta acción no se encuentra protegida por ninguna justificante o causa de justificación. En consecuencia, la antijuridicidad consiste en la violación del bien tutelado descrito en la norma.

(94) Cit. por Rodríguez Cannon, Carlos, Op. Cit., p. 49.

Por ello, se dice que una conducta es antijurídica cuando, - es reconocida como típica y no está resguardada por una justificante. En fin, consiste en la transgresión del valor o bien protegido_ a que se refiere el tipo legal correspondiente. Por lo tanto, las - disposiciones y prohibiciones de la ley penal 'rodean, protegiendo_ y salvoguardando, el bien jurídico..."(95)

El Derecho en cada u no de sus preceptos establece y protege un bien determinado, esto de acuerdo al tipo de ilícito de que se - trate.

El jurista Carlos Binding, nos proporciona una noción más - clara del elemento antijuridicidad al decir: "El delito no es lo - contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal... la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta; la norma valoriza, la ley describe..."(96)

De manera, que es un error decir comete el delito quien ac-- túa contra la ley porque, no hay que confundir la tipicidad, con la antijuridicidad que es cuando se infringe la paz social y el ordenamiento legal. Entonces, se viola el bien jurídicamente protegido en cada figura típica descrita en el Código Penal Mexicano. Además, - nuestro ordenamiento legal no prohíbe el abuso de confianza porque, el precepto relativo solo describe un comportamiento penal determi-

(95) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 176.

(96) Cit. por Jiménez de Asúa, La ley y el delito, Edit. "A. Bello", Caracas, 1945, p. 338.

nado para ver si éste se integra con exactitud al tipo penal descrito. (97)

El sujeto que comete el delito de abuso de confianza, transgrede una norma cultural que lesiona los intereses del propietario o titular del derecho de propiedad que éste tiene sobre el bien mueble. Por ello, decimos que si el provecho es injusto, la apropiación es antijurídica y debe ser sancionada.

Por consiguiente, si no existe el elemento 'perjuicio' significa que la conducta, no debe considerarse como antijurídica. Otro de los supuestos es la violación del bien jurídicamente tutelado; - en el caso del abuso de confianza el bien lesionado, es el patrimonio del sujeto pasivo y la pérdida se presenta cuando se produce la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo o afectado, produciéndose así el perjuicio mencionado.

Por otro lado, también es posible hablar de algunos tipos penales que tienen una antijuricidad especial. En el caso del ilícito en estudio, el abusario se apropia indebidamente de la cosa aprovechándose de la confianza depositada en él y ocasiona un daño material al patrimonio del afectado, o bien, se niega a restituir el bien ajeno aún con el previo requerimiento de la autoridad.

(97) Vid. artículo 382 del Código Penal Mexicano.

C') CAUSAS DE JUSTIFICACION (ELEMENTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD)

Es posible la realización de una conducta típica considerada opuesta al Derecho que esté protegida por una justificante, es decir, la acción puede no ser antijurídica por determinado motivo. - Como lo sería el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, etcétera. Se consideran como causas de justificación: "Aquellas condiciones que tiene el poder de - excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un - aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta - uno de los elementos esenciales del delito, a saber; la antijuridicidad..." (98).

En tales condiciones la conducta realizada, resulta conforme a la ley porque las justificantes, eliminan la antijuridicidad del - hecho típico.

Por su parte, Jiménez de Asúa dice: "... En las causas de - justificación no hay delito..." (99) Porque, en el caso de las justificantes la atención se centra en el hecho delictuoso, no en la persona con la comprobación de la causa de justificación, la conducta - deja de ser considerada antijurídica.

En el abuso de confianza pueden presentarse como justificantes: "a) El estado de necesidad; b) El ejercicio de un derecho; -

(98) Cfr. Castellanos Tena, Fernando, p. 183.

(99) *Ibid.*, p. 184.

c) El cumplimiento de un deber y; d) El consentimiento del ofendido..."(100)

Existe el estado de necesidad cuando; la disposición del objeto material se debe a la situación de peligro en que se encuentra el inculpado y la apropiación del bien es indispensable para proteger un bien de mayor jerarquía. Otra justificante será cuando; el tenedor disponga de la cosa apropiándose de ella en cumplimiento de un mandato de autoridad legal, o bien, cuando el infractor ejercita un derecho de retención.

En los casos citados previamente, no hay antijuridicidad por que la conducta está justificada en la ley. También es causa de justificación en el abuso, el consentimiento del ofendido cuando los bienes están a disposición del presunto inculpado y el dueño pueda otorgar su consentimiento para que el tenedor de la cosa se apropie de ella. Por ende, en el hecho mencionado no hay conducta ilegal.

D) LA IMPUTABILIDAD.

Es la serie de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el agente, durante el momento de realizar la conducta típica. Que lo capacita para responder del resultado de su acción ilegal. Se considera a la imputabilidad como: "La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal... es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, pa-

(100) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 128.

ra obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de realizar actos referidos al Derecho... que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción..."(101)

En el abuso de confianza, la imputabilidad está representada en el acto de apropiación de dinero o cosas muebles, realizada por el abusario con la plena conciencia y voluntad de obtener un lucro indebido gracias al bien sustraído. Por eso, se dice que el agente actúa dolosamente lesionando el bien jurídicamente tutelado.

D') LA INIMPUTABILIDAD.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas que hacen que el sujeto activo sea considerado como 'inimputable' son todas las condiciones que pueden suprimir o contrarrestar la capacidad mental, ocasionándose la alteración psicológica y moral del agente. De manera, que su conducta no debe considerarse como criminalosa.

Las causas de inimputabilidad son: "Todas aquellas que son capaces de suprimir el desarrollo o la salud mental del infractor.- En esta situación el agente no tiene la capacidad psicológica para actuar criminosamente..."

Tratándose de la inimputabilidad son admisibles las exclusiones legales como las llamadas supralegales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son:

(101) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 218.

- a) Estados de inconsciencia permanentes y transitorios;
- b) El mallo grave y;
- c) La sordomudez". (102)

En el delito de abuso de confianza se puede considerar al inculpado como inimputable cuando; se presente alguna causa que origine la anulación de la voluntad o del intelecto. Como sucede en las ocasiones en que el sujeto se encuentra en un estado de inconsciencia, producida por el consumo excesivo de alguna sustancia tóxica o embriagante.

E) LA CULPABILIDAD.

Es la relación psicológica entre la causa y el efecto, es decir, las relaciones psíquicas entre el infractor y la acción punible 'sancionable', manifestadas a través del desprecio a la norma penal, violando lo establecido en la ley. La acción será inculpa-ble, antijurídica, típica y punible cuando sea culpable el sujeto -imputable en la comisión de un determinado ilícito penal.

Para Villalobos, la culpabilidad consiste en:

" el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, -desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o directamente por la indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa..." (103)

(102) *Ibid.*, p. 223.

(103) *Cit.* por Rodríguez Cannon, Carlos, *Op. Cit.*, p. 48.

Dijimos que el sujeto activo al disponer del bien mueble ajeno, es considerado como imputable y tiene responsabilidad directa - sobre los resultados de su acción ilegal. Por tanto, la responsabilidad y la imputabilidad son los supuestos necesarios para que exista la culpa.

Se ha considerado que en la culpabilidad: "Hay un juicio de reprobación de la conducta de aquel motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella..."(104)

En el abuso, la culpabilidad del infractor se presenta en virtud, del nexo o relación que existe entre el psique del abusario y las consecuencias producidas por la apropiación indebida. Además, la actitud del infractor es dolosa en razón de la plena conciencia que tiene acerca de los resultados provocados con la disposición injusta del objeto material del ilícito.

Por otro lado, la culpa se da cuando alguien actúa sin la intención y el cuidado debidos, ocasionando perjuicios graves. Por consiguiente, el delito de abuso de confianza no puede ser culposo, ya que los elementos descriptivos del tipo penal descritos en la ley así lo determinan.

Por su parte, Pavón al hablar del elemento 'culpa', nos comenta: "El abuso sólo admite comisión dolosa, puesto que el agente,

(104) Idem.

teniendo representación de la conducta y conciencia de su ilicitud, la realiza voluntariamente con un fin determinado. Por lo tanto, el abuso excluye la comisión imprudencial o culposa, por ausencia del animus de apropiación..." (105)

E') LA INculpABILIDAD.

Es una conducta no reprochable jurídicamente porque, están ausentes tanto el conocimiento como la voluntad, por existir un error. En virtud del cual, se tiene conocimiento equivocado de la verdad. También existe la inculpabilidad cuando; el inculpaado es considerado como inimputable.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, la ausencia de culpa. (106) Jiménez de Asúa considera que la inculpabilidad consiste en:

la absolución del sujeto en el juicio de reproche... es la ausencia de la culpabilidad... opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito..." (107)

Al hablar de inculpabilidad, sabemos que una conducta puede ser típica y antijurídica pero, en el caso de que el sujeto pasivo sea inimputable, su conducta dejará de ser calificada como reprochable. Porque, no existe la relación psicológica entre la acción y el resultado.

(105) Op. Cit., p. 131.

(106) Vid. obra de Jiménez de Asúa, p. 480.

(107) Idem.

E') LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

En la comisión de un delito pueden existir algunas causas - que eliminen la culpabilidad del agente. Hernández Doblado, en relación a las causas que originan la inculpabilidad del sujeto activo, nos manifiesta que: "Solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una causa de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad..."(108)

De manera, que la inculpabilidad se refiere a los elementos intelectual y volitivo en el infractor. Ello, significa que el agente no es culpable cuando existe una justificante (v.gr. el cumplimiento de un deber), o bien, cuando el sujeto activo no esté afectado por un estado de locura transitoria o permanente, imbecilidad, etcétera.

Algunos juristas consideran que en el abuso de confianza, existe la ausencia de culpa (inculpabilidad) y se representa en el error esencial e invencible. Al respecto Pavón Vasconcelos considera que:

En el abuso de confianza puede funcionar el error como una causa de inculpabilidad si reúne las condiciones... de ser esencial e invencible, como en el caso del tenedor que dispone de la cosa creyéndola propia, o bien, la entrega a un tercero, estimando que la devuelve a su propietario o a aquél a quien está obligado a restituirla..."(109)

(108) Cit. por., Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 258.

(109) Op. Cit., pp. 132-133.

El error esencial e invencible en el delito de abuso de confianza, es considerado como causa de inculpabilidad y el sujeto activo es culpable a título de dolo. El error es invencible cuando; - el inculpaado está incapacitado para entender el alcance del hecho - realizado, es decir, no está en aptitud de reconocer lo injusto de la acción de disponer del bien mueble ajeno.

Por ello, el error en el abuso de confianza es aquel en el cual el sujeto está imposibilitado para saber si actuó en forma legal. En virtud, de la idea equivocada que tiene al pensar que devolvió la cosa mueble al propietario. Esto como producto del conocimiento erróneo acerca de quien es la persona que tiene derecho sobre el bien mueble confiado.

Por otra parte, las eximentes putativas son las situaciones en las cuales el inculpaado por un error esencial de hecho, (insuperable) piensa seguramente que en el momento de la consumación del hecho típico, encontrarse amparado por una justificante o bien, realizar una conducta no reconocida como típica dentro del Derecho Penal. (110)

En el abuso de confianza, puede existir el estado putativo necesario, el derecho o cumplimiento de un deber putativo, cuando - por ejemplo; el agente dispone de la cosa ajena por estar en peligro valores mayores, como lo son la vida o la salud, o bien, en el caso del deber putativo, que es cuando un servidor público, ignora

(110) *Ibid.* 260.

las consecuencias legales de su conducta y dispone de la cosa, considerando que en ese instante tiene la autorización necesaria para realizar la apropiación del bien mueble y sin asegurarse que el superior jerárquico esté conforme con su comportamiento.

Además, la no exigibilidad de otra conducta en el abuso de confianza, también es reconocida como causa de inculpabilidad, ya que este delito es doloso.

En apoyo a lo anterior, Francisco Pavón nos dice: "Por cuanto a la no exigibilidad de otra conducta, siguiendo nuestro criterio de su operancia tanto en las acciones culposas (imprudenciales), como dolosas, es aceptable como causa de inculpabilidad en el abuso de confianza..." (111)

Por lo tanto, la no exigibilidad de otra conducta debe considerarse como un grado de inclinación al acto prohibido por la ley. En donde el infractor no pierde la capacidad de raciocinio y en ella sólo importa la equidad aplicada por situaciones especiales que hacen al inculpado ser considerado como no culpable. De manera, que puede darse el perdón o excusa por la acción realizada por el agente.

No obstante, la no exigibilidad de otra conducta representa para algunos juristas, una causa de inculpabilidad. Mientras que para otros es como la motivación de una excusa que deja subsistente el carácter delictuoso de la acción y elimina la sanción.

(111) Op. Cit., p. 133.

F) LA PUNIBILIDAD.

Consiste en el merecimiento de una pena en lo que a la pena o sanción se refiere. Por tanto, el agente se hace merecedor de un castigo por la comisión de una conducta ilícita. Además, significa la imposición directa de la sanción a quien es considerado culpable. Por lo tanto, la punibilidad es la aplicación de una pena al infractor; impuesta por el Estado, cuando se han reunido los presupuestos legales señalados en el Código Penal.(112).

En el delito de abuso de confianza, se ha establecido que la punibilidad sigue el mismo sistema aplicado en el caso del robo. - Además, la ley reglamenta el monto del perjuicio ocasionado y lo re presenta en dinero, es decir, en base al salario mínimo para la - aplicación de la pena en los delitos patrimoniales. El precepto en cuestión en su letra dice:

la pena aplicable será hasta de un año de prisión y multa de 100 veces el salario. Si excede de esta cantidad, pero no de 2,000 la pena será de 1 a 6 años y multa de 100 hasta 180 veces el salario. Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario, la prisión será de 6 a 12 años y la multa de 120 veces el salario..."

Observamos que no sólo se establece la sanción pecuniaria, - sino también la privación de la libertad. Ello, de acuerdo con la - cuantía del ilícito cometido.(113).

(112) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 275.

(113) Cfr. artículos 102, 103, 124, 164, 371 del Código Penal y los artículos 98, 99 y 100 del Código de Procedimientos Penales.- Los artículos 181, 220, 234 y 238 del Código Federal de Procedimientos Penales.

F') LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS (AUSENCIA DE PUNIBILIDAD).

Hay ocasiones en donde no se aplica al infractor una pena o sanción. Esto, se debe a que existe una excusa absolutoria también conocida como ausencia de punibilidad.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejan subsistente el carácter ilegal de la conducta e impiden la aplicación de una pena.

En virtud, de una excusa absolutoria los elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se siguen tomando en cuenta. Pero, el ilícito es considerado no punible. Reafirmando lo anterior Castellanos considera que las excusas absolutorias:

Constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad... En presencia de una excusa absolutoria los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo excluye la posibilidad de punición..." (114)

Existe en el abuso de confianza como excusa absolutoria, - - aquella que protege el núcleo familiar, es decir, el artículo 385, en relación con el 377, consagra una excusa cuando; el autor de la disposición es un ascendiente y el que sufre el perjuicio su descendiente. Pero, tal excusa absolutoria no beneficia al extraño que participa en la acción.

Por ello, las acciones delictivas en ocasiones deben conside

rarse como no punibles, por existir alguna excusa absolutoria, esto es, que se presenten acontecimientos en los cuales la consumación del abuso de confianza sea realizado entre familiares. Pero, si la disposición del bien mueble ajeno, va acompañada de la comisión de otro delito si se aplicara la sanción correspondiente al segundo ilícito al o los copartícipes del mismo.

3.2. LA TENTATIVA.

Es la realización de alguno o todos los actos encaminados a la comisión de un ilícito penal. Aunque, éste no se integre realmente por presentarse alguna causa ajena al querer del sujeto activo. En relación a la tentativa, Sebastián Soler opina que: "...estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste, para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Jiménez de Asúa, define la tentativa como 'la ejecución incompleta de un delito'..."(115)

No es lo mismo un acto preparatorio o previo a un delito que la tentativa porque, en el primero no existen hechos materiales que integren al tipo penal denominado delito. Mientras que la tentativa tiene su propia descripción, ya que en ella se da un principio de ejecución. En consecuencia, la penetración en el núcleo del tipo, es decir, la acción u omisión en la que consiste el ilícito.

Veamos que tan posible es la tentativa en el delito de abuso

(115) Cit. por Castellanos Tena, Op. Cit., p. 287.

de confianza. Algunos autores aceptan la existencia de la tentativa en el abuso. Por ello, Ranieri considera: "Admisible la tentativa - en relación a las particularidades del hecho. Maggiore apoya lo mencionado al admitir la posibilidad de la tentativa, aunque confiesa lo raro de ese acontecimiento por hallarse la cosa en poder del culpable..."(116)

Resulta muy difícil comprobar la tentativa en el abuso de confianza, ya que el agente tiene en su poder el objeto material sobre el que recae la conducta típica antijurídica y culpable.

Por su parte, Cuello Calón manifiesta su oposición a la existencia de la tentativa en el abuso, al decir: "Es muy difícil concebir la tentativa o frustración de este delito, pues hallándose la cosa en posesión del agente, no puede surgir ningún obstáculo que impida su apropiación..."(117)

Por ser el abuso de confianza un delito de acción y no de omisión. Es muy complicado comprobar que el abusario sólo intentó apropiarse momentáneamente del objeto ajeno, para después restituirlo a su dueño. Además, la tentativa en el delito de abuso consiste en tratar de obtener algún lucro en beneficio propio o de terceras personas. En términos concretos lo más acertado es hablar de la imposibilidad de que se de la tentativa en este ilícito penal.

Por consiguiente, al encontrarse la cosa previamente en ma-

(116) Cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 137.

(117) La tentativa Inacabada, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XVI, p. 64.

nos del agente se descarta la probabilidad de la existencia de alguna causa que impida la retención indebida del bien mueble ajeno. En fin, no se puede manifestar la tentativa en el abuso y si en cambio se habla de la consumación del delito en razón de la disposición - del objeto material sobre el cual recae la acción.

3.3. LA PARTICIPACION.

Los delitos por su propia naturaleza se han clasificado en: unisubjetivos o plurisubjetivos. Entre los primeros, se encuentran aquellos ilícitos que requieren la acción de un sólo sujeto, como - en el caso del robo, el homicidio, el fraude, etcétera. Mientras - que en los plurisubjetivos, participan más de dos personas para la consumación del delito. Por ejemplo: el adulterio, la asociación de lictuosa. Con base en lo anterior, es posible hablar de la participación en los delitos unisubjetivos. Por ello, Fernando Castellanos T., nos dice: "La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito sin que el tipo requiera esa pluralidad..."(118)

Entonces, hablamos de participación cuando en la comisión de un ilícito penal, dos o más personas en conjunto realizan un mismo delito, siempre y cuando en el tipo legal descrito, no sea necesaria la pluralidad de sujetos. En caso contrario se trataría de un delito plurisubjetivo como en el caso del adulterio y no de un ilf-

(118) Op. Cit., p. 293.

cito considerado como unisubjetivo, en donde si se reconozca la participación de los sujetos que intervienen en el acto ilegal.

Francisco Pavón V., en relación a la participación en el delito en estudio, nos comenta que: "El abuso como cualquier otro delito admite el concurso eventual de sujetos en su comisión. Se puede por tanto, ser autor intelectual o material, según se instigue, determine o compela a otro a cometer el delito, o bien, se ejecute materialmente el acto dispositivo..."(119)

Por ello, la participación (moral) consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de cometerlo.

Las omisiones y negligencias en que haya incurrido el reo podrán o no ser materia de responsabilidad... pero en forma alguna integran el delito de abuso de confianza por imprudencia que nuestra ley penal sólo reconoce como intencional, puesto que su estructura se finca en la acción volitiva de disponer, para sí o para otro, de las cosas muebles, que se poseen en forma precaria.(120) Aunque el reo no haya sido quien directamente dispuso en provecho propio, de cantidades que habían sido entregadas para ser aplicadas a fines distintos. Sin embargo, la participación en el aprovechamiento de tales sumas lo constituye el autor del delito de abuso de confianza, en los términos señalados por el artículo 13 del Código

(119) Op. Cit., p. 137.

Vid. artículo 13 fracciones I y IV del Código Penal.

(120) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXVII, 5a. Época, p. 2612 y el Tomo XCIII, p. 2669.

Penal del Distrito Federal, según el cual son responsables todos los que toman parte en la concepción de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducen directamente a alguno a cometerlo. (121)

3.4. EL ABUSO DE CONFIANZA IMPROPIO.

Además, del abuso de confianza descrito en el artículo 382, encontramos diversas situaciones que se equiparan a este delito, conocido como abuso de confianza impropio. El artículo 383 regula el mencionado ilícito. Por ello, es conveniente el análisis de su contenido.

El precepto mencionado (art. 383), en su primera instancia establece:

"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 carácter de depositario judicial..."

En el caso de realizar un embargo precautorio, el bien o bienes muebles quedan en manos del propietario como garantía de la suerte reclamada. Por tanto, si el dueño dispone en forma indebida de dicho objeto o lo sustrae, cometerá el delito equiparable al abu

(121) Ibid., Tomo XCV, p. 17.

so de confianza, ya que a pesar de ser el propietario legalmente reconocido, por ningún motivo debe disponer de la cosa. Debiendo permanecer únicamente como custodio del bien mueble.

Sabemos que el dueño de un bien mueble cuando queda como depositario en virtud de un mandamiento judicial, conserva el derecho de propiedad sobre la cosa (teniendo la tenencia y el dominio del objeto). Sin embargo, sus derechos están limitados de manera que la tenencia que del bien tiene, es consecuencia de su carácter de depositario judicial. Por ello, decimos que dicho acto no debe integrar el abuso de confianza.

No obstante, la ley para no dejar sin castigo los daños ocasionados por el dueño hacia los derechos de terceros; sanciona la conducta de disponer del bien su dueño cuando él, es depositario del mismo. La idea más reconocida al respecto es la siguiente:

Se comete el delito de abuso de confianza, cuando se dispone de un bien mueble o inmueble que ha sido embargado y tiene en su poder el delincuente en razón de habersele constituido depositario, ya que el artículo 408 del Código Penal (1871) no especifica la naturaleza del bien del que se dispone, sino que establece que por el solo hecho de la disposición ilegal se configura la infracción..."(122)

El mismo artículo 383, en su fracción II a la letra dice: -

"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".

(122) Ibid., Tomo LXI, p. 311.

La segunda fracción nos habla también del depositario judicial que es designado por una autoridad del trabajo o administrativa, para realizar la función de depositario del objeto material. - Consideramos, inútil dicha fracción porque repite la explicación de lo interpretado como abuso de confianza. Además, el Código Penal - (1931) acepta expresamente como forma de comisión del ilícito en estudio; la sustracción. Por ejemplo:

Cuando alguien es depositario de un aparato eléctrico de magnífica calidad y aprovechando que éste, está bajo su custodia lo sustrae y lo cambia por otro de menor categoría.

También, recordemos que los términos sustraer o sustraerla son usados como sinónimos de la expresión 'disponer para sí'. (123)

La última fracción del artículo 183, en su texto dice:

III.- 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.

Algunas veces el presunto responsable de cualquier delito, requiera de una tercera persona para entregar la caución establecida por el juez penal para lograr su libertad provisional. Por ello, el legislador incluyó esta última fracción al precepto citado, para suprimir los excesos realizados en perjuicio de algún inculpado. Al respecto, González de la Vega declara:

La naturaleza especial de este delito, diferente al abuso de

(123) Moreno de P. Antonio, Op. Cit., pp. 84-85.

confianza y cuya creación tiende a evitar abusos y desmanes con motivo de las libertades caucionales, ya que el procesado necesita en ocasiones entregar sus fondos a un tercero para la constitución del depósito..."(124)

También debemos considerar como abuso de confianza impropio, lo establecido en el caso de la posesión ilegal de un bien retenido (legalmente) por quien tenga derecho sobre la cosa, o bien, cuando el agente no entrega el bien a la autoridad para que disponga del mismo de acuerdo a la ley.

Por otro lado, el Código Penal describe como abuso el hecho de que alguien disponga injustificadamente o se niegue a devolver un vehículo recibido en depósito por la autoridad en los delitos de tránsito, una vez que ha sido requerido por la autoridad competente. (125)

3.5 LA RETENCION INDEBIDA DE LA COSA.

Encontramos esta figura jurídica en el artículo 384 del Código Penal, que a la letra dice:

"... Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tercero o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido por quien tenga derecho o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley..."

(124) Op. Cit., p. 240.

(125) Vid. artículo 384 y 385 del Ordenamiento Penal.

En relación a este punto veamos la opinión de Pavón Vasconcelos, quien manifiesta:

Esta figura queda comprendida dentro de la fórmula general - usada por algún Código 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..."(126)

En el caso de que el tenedor o poseedor de un bien mueble ajeno, no lo restituya a su dueño a pesar de ser requerido formalmente, se configura la retención indebida del objeto material.

Esta figura legal es utilizada por varios ordenamientos legales, para explicar la apropiación indebida como la posesión ilegal de una cosa cuando el abusario se niega a restituirla a quien tiene derecho sobre ella, o no la entrega a la autoridad competente.

Sebastián Soler, nos proporciona la idea más clara en relación a este aspecto. Por ello, veamos su opinión:

"Comentando la legislación de su 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".(127)

Sin embargo, esta forma de pensar afecta de alguna manera la solución adecuada de algunos casos, en donde no importa que la no restitución del bien sea resultado de una verdadera apropiación.

(126) Op. Cit., p. 142.

(127) Cit. por Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 143.

Por ejemplo; cuando alguien pide un libro prestado por quince días_ e informado de la fecha de su devolución no lo hace es irrelevante_ que así suceda por quedarse con el, o bien, porque lo haya prestado a su vez a otra persona por un mayor tiempo diciendo al tercero que lo restituya posteriormente a la Biblioteca. En este caso es obvio, ver que el agente si abusó del libro pero no hay apropiación al - - aprovecharse, es decir, al abusar transmitiendo la simple tenencia_ que tenía de esta cosa en favor de otro, tiene el ánimo de actuar - como si fuese el propietario del bien, cediendo la posesión en fa- vor de otro sujeto.

Pero, la solución anterior es opuesta a la que aplica nues- tra legislación porque la ilegal retención de la posesión necesaria- mente, deberá ser la que se tiene sobre la cosa con la intención - firme de actuar como dueño; cuando en realidad solo es tenedor - - quien se niega a restituir el objeto. Además, la conducta en el abu- so, no consiste en la negativa a devolver el bien sino, en ejerci- tar el poder de dominio sobre el bien ajeno como si fuese el propie- tario de la misma.

Por consiguiente, el abuso de confianza es un delito de comi- sión por omisión, ya que con la omisión consistente en el incumpl- miento a un mandato de hacer, surgido de un acto jurídico se llega_ a infringir la obligación legal de abstención, en relación a una - norma prohibitiva.

También, la no restitución del total de bienes o dinero de--

jado en confianza a una persona, significa la integración del abuso de confianza.

Por último, al hacer el estudio de la cosa objeto del delito, existe cierta dificultad para determinar con seguridad la calidad y tipo de bienes muebles que pueden ser objeto de tutela en el abuso. Por ello, no sólo los bienes muebles corpóreos, fungibles son considerados en la configuración del abuso de confianza; sino también - los inmuebles.

J U R I S P R U D E E N C I A

"ABUSO DE CONFIANZA. PRESUPUESTO TECNICO DE. El presupuesto técnico del abuso de confianza es lo que se conoce como posesión derivada, debiéndose entender como tal la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto de la mera detención material. La diferencia entre un poseedor precario y el poseedor derivado radica en que este último recibe la cosa en virtud del acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma; en cambio el precarista la tiene ante su alcance puramente puramente material a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa e inmediatamente sobre el objeto. El doméstico tiene dentro de su esfera material útiles de su trabajo, pero sin que los tenga como objeto directo inmediato, en la misma condición se encuentra el dependiente en relación con las mercancías que vende a los compradores. Es decir, cuando una cosa nunca está dentro de la esfera material de la persona como consecuencia de un acto jurídico cuyo objeto sea distinto al de la cosa en sí, no tendrá la posesión derivada sino la posesión precaria, el dependiente es el precarista en relación con las mercancías porque aún cuando las tenga dentro de su alcance material, ello sucede a virtud del contrato laboral correspondiente; otro tanto sucede con el doméstico e incluso con el porteador. El hecho de que tanto el doméstico como el dependiente se les tenga la confianza a virtud de un acto de carácter delictivo revele que tal confianza se depositó partiendo de una base falsa, no significaba que la disminución patrimonial que sufre el pasivo entraña abuso de confianza, sino un delito distinto del orden patrimonial, pero no el de abuso de confianza de que se viene hablando. Los empleados de negociaciones mercantiles encargados únicamente de recibir el dinero con el que se paga la mercancía recibida para los compradores no son poseedores derivados en el sentido técnico; si reciben el dinero lo hacen a virtud de la naturaleza de su empleo, pero no porque se les da un poder sobre la cosa.

Amparo Directo 3884/80.- Jerónimo Navarro Alonso.- 2 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente Fernando C. Tena.

Séptima Epoca Volúmenes 139-144, Segunda Parte, Pág. 9.

Véase:

Séptima Epoca

Volumen 35, segunda parte, Pág. 13.

"ABUSO DE CONFIANZA. ELEMENTOS DEL DELITO DE... NO LO ES EL MONTO - DE LO DISTRAIDO.- Los elementos integradores del delito de abuso de confianza, 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 y; c) Que se haya dispuesto de la cosa; ilícito que no puede integrarse si hay omisión respecto del monto distraído, por no ser elemento del tipo; como mayor razón, si es el propio abusario - quien lo precisa.

Amparo Directo 498/74.- Ponente J. Manuel Rivera Silva.

Séptima Epoca.- Vol. 2, Segunda Parte, Página 13.

"ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.

Los 3 elementos que constituyen la figura delictiva denominada abuso de confianza son: La entrega de la cosa, en virtud de la confianza o de un contrato que no transfiere el dominio; que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos de disponer de lo ajeno, ya que el acusado dispone de los fondos para otros objetos distintos de los indicados, sabiendo que no le pertenecían".

Quinta Epoca. Tomo XL.- Pág. 3047. Mancilla Alberto. Tomo LXXXVI, Pág. 1605.- Esperón José. Tomo CIX. Pág. 2598.- Mozo Morales Leonardo.

"ABUSO DE CONFIANZA. DELITO DE. No obstante para tener por consumado el delito de abuso de confianza, el hecho de que el perjudicado por la infracción sea deudor del infractor, ya que no puede establecerse una compensación y la transgresión a la ley existe cuando no se hace uso debido de la confianza depositada, disponiendo el infractor en todo caso, de las acciones correspondientes para hacerse efectivo el crédito".

Quinta Epoca: Tomo LXXVI, Pág. 72. (Pág. 919.- García Balderas Herlinda).

"ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Cuando una persona tiene a su cargo un dinero que ha recibido en confianza y le falta ese dinero, puede presumirse que dispuso de él en provecho propio o ajeno, no ve imposible que desaparezcan los fondos respectivos, contrayendo responsabilidad, sin alarmarse por ello y sin poner desde luego los medios para evitarlo, dando parte a los superiores o, en su caso a la autoridad, a menos que la desaparición de esos fondos sea debida a hechos propios. Quinta Epoca: Tomo XCVI, Pág. 927. Blandieros Montes Luis. XCVIII, González Flores Ivan, pág. 1709, Tomo CX, Pág. 1720, Arrupena González Emilio.

"ABUSO DE CONFIANZA. Corresponde a la procesada demostrar, la comisión del robo que dice haber sufrido, y de no hacerlo, debe presumirse que disipó, 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 época; Tomo CI. - pág. 1954. Hernández Teodulo, Tomo CII, Pág. 1624. Rosado Aguilar - Eteivira. Tomo CVI, pág. 1389.- Olvera Teresa.

"ROBO Y ABUSO DE CONFIANZA. DISTINCION ENTRE. Si el inculpado ocultó entre sus ropas, sustrajo de la institución bancaria donde presta sus servicios como empleado, cheques de Tesorería, incurrió en el delito de robo y no en el de abuso de confianza. Su conducta no constituyó este último delito, pues para que se configure el mismo es requisito indispensable que el sujeto activo tenga la cosa a su disposición por haberla recibido en virtud de un acto jurídico directamente encaminado a transmitirle la tenencia del bien, para que lo destine a el objetivo determinado y en atención a la confianza especial que deposita el dueño en la persona que recibe la cosa. No basta, pues, que por diversas circunstancias la persona tenga determinados bienes a su alcance por considerar que al disponer de los mismos comete el delito de abuso de confianza.

Si fuera este el criterio del legislador no habría considerado como robos calificados el de doméstico, el de trabajador contra su patrón, el de huésped, el de obreros, artesanos, etcétera, quienes por sus peculiares circunstancias tienen las cosas ajenas materialmente a su disposición pero no las han recibido en virtud de un acto jurídico especialmente enderessado a ese fin.

Amparo Directo. 90/72.- Ricardo Zavala Salgado.- 31 de julio de 1972.- Unanidad de votos.- Ponente Víctor Manuel Franco.

Informe 1972, Tribunal Colegiado del 1er. Circuito en materia Penal, Página 19.

"ROBO, ABUSO DE CONFIANZA Y PECULADO. DIFERENCIAS (1a. sala).

La circunstancia de que el inculpado presta sus servicios en la sociedad ofendida y que ésta sea una filiar 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, el activo se confiere la tenencia de la cual dispone para sí o para otro, en consecuencia si ha dicho inculpado no se le transmitió la tenencia de nujerario para su administración, al apoderarse de él cometió el delito de robo.

Amparo directo 1572/75.- Santiago Llavens Ocaña.- 25 de agosto de 1975.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva.-

Apéndice de Jurisprudencia 1917/1975, tesis, Segunda Parte,- Pág. 622.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca. Volumen 80. Segunda Parte. Agosto de 1975. Primera Sala. Pág. 53.

ABUSO DE CONFIANZA, CUANDO SE CONSUMA.

El requisito perjuicio constitutivo del delito de abuso de confianza, se integra instantáneamente, en el momento mismo de la disposición independientemente de cualquier circunstancia y suponiendo que el delito hubiera quedado separado por la circunstancia de que el ofendido adeudara al acusado una cantidad que compensaba el importe de la cual aquél dispuso, eso sólo influiría al tiempo de dictarse la sentencia, en la parte correspondiente a la separación del dato proveniente del delito, salvo que hubiera coincidido con el consentimiento expreso del perjudicado.

Quinta Epoca, Tomo LI, Pág. 1029.- Acevedo López Luis.

"ABUSO DE CONFIANZA. CONFESION SUFICIENTE PARA ESTABLECER PENALIDAD.- Si el propio acusado reconoce haber dispuesto de una suma que resulta inferior a la estimada por el denunciante a nombre de su representada y por medio de peritajes contables no es posible precisar la cantidad de que dispuso el procesado, el cálculo que él mismo formula, de suyo es más benigno, resulta suficiente para establecer la penalidad aplicable.

Séptima Epoca, Volúmenes 139/144, Segunda Parte, Pág. 9.

"ABUSO DE CONFIANZA DE EMPLEADOS NO REQUIERE RENDICION DE CUENTAS.- La exigencia en el sentido de que para la integración del delito de abuso de confianza, debe requerirse al mandatario para que rinda cuentas así como para la entrega de las cantidades que resultan a su cargo, sólo opera respecto de los mandatarios y no así cuando se trata de empleados que no tengan aquel carácter y que comete el delito en perjuicio de una empresa en que presta sus servicios.

Séptima Epoca, Volumen 76, Segunda Parte, Página 13 Véase: -

Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, tesis 3, segunda parte, Pág. 5.

ABUSO DE CONFIANZA. CONFESION DEL DELITO DE... Y DOCUMENTACION. -
CONTABLE IRREGULAR EN EL DELITO DE.- Si el acusado reconoció ante -
el Ministerio Público en el año de 1966 que desempeñó el cargo de -
Secretario y tesorero del Sindicato independiente de Trabajadores -
de fábricas de muebles y similares del Estado de Nuevo León y que -
con motivo del cargo recibió de los agremiados diversas cantidades -
para que por conducto de una empresa privada "Previsión Social" S.A.
Primero se promovieran ciertos beneficios a cada uno de los contri-
buyentes y que con esta causa le resultó un faltante, aclarando que
no reintegraba el dinero por no tenerlo en su poder, tal confesión
ha hecho innecesario el requerimiento de la cosa ajena mueble y se -
surten entonces los elementos del abuso de confianza que contempla
el artículo 367 del Código Penal de Nuevo León, sin que sea indis-
pensable tomar en cuenta la peritación oficial contable para deter-
minar el faltante global, producida en el sentido de que no se con-
tó con la documentación suficiente para demostrarlo, debido a la -
irregularidad en manera alguna del sindicato, puesto que tal irregu-
laridad puede beneficiarle, máxime que el acto de ajeneidad sobre -
el patrimonio de los sindicatos quedó plenamente acreditado con la
confesión del activo y con los testimonios de los trabajadores.

Amparo Directo 479/71.- Víctor González Plascencia.- 11 de -
agosto de 1971.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ernesto Aguilar -
Alvarez. Informe 1971. 1a. Sala Página 27.

Séptima Epoca. Volumen 32; Segunda Parte, Pág. 13.

CONCLUSIONES.

Del contenido del presente trabajo de tesis, se derivan algunos aspectos del delito de abuso de confianza. Los más sobresalientes son los siguientes:

1.- El abuso de confianza es definido gramaticalmente como: el mal uso que hace una persona de la firme esperanza que puso en ella otra, en la infidelidad que consiste en perjudicar uno a otro que le ha dado crédito (confianza). Por ello, solo es posible la comisión e integración de este delito cuando; una persona en forma injusta sustrae un bien ajeno, el cual recibió previamente mediante convenio o contrato. A través del cual únicamente se le transmitió la tenencia y no el dominio de la cosa mueble. Situación que el agente aprovecha, abusando de la confianza depositada en él y utiliza el bien en tal forma que resulta opuesta a la ley penal.

2.- Su origen, se remonta a la época antigua. Sin embargo, en aquel período histórico no se le conoció como abuso de confianza, sino como delito de hurto 'furtum'. Porque, no se conocía la diferencia entre el furtum y el abuso, solo se consideraban los rasgos comunes de ambos ilícitos, es decir, la apropiación indebida del bien ajeno.

Tal vez la enorme confusión que existió entre la expresión hurto y la del abuso de confianza, se debió a la utilización de dos ideas similares como lo fueron: 1) El hurto y; 2) El hurto con uso.

La primera (hurto), era considerada como la situación en don de una persona sustrafa un bien en contra del consentimiento del propietario. Posteriormente el infractor abusaba de la cosa ajena, en provecho propio. Pero, sin la intención de apropiársela y teniendo la firme idea de restituirla después a su dueño. En el segundo caso (hurto con uso), el bien era adquirido por la entrega directa del dueño; para después el sujeto activo, abusar del bien ajeno. -- Sin el propósito de adueñárselo definitivamente. Lo último es lo que hoy conocemos como delito de abuso de confianza.

3.- En Roma, surgió por primera vez la inquietud de identificar realmente a los diferentes casos de apropiación de bienes - - 'injusta'. En aquel tiempo los acontecimientos de apropiación o abuso, más conocidos eran: la apropiación de los bienes del pupilo por parte del tutor y la apropiación de la cosa entregada en depósito - (Doce tablas). Los actos de abuso de confianza que existían, fueron incorporados a la figura genérica del robo.

La antigua jurisprudencia y las Institutas, consideraban a los actos de mala fe, como fraudes constitutivos del ilícito de robo. Poco después, se habló de la apropiación de un bien en forma indebida. Objeto material, recibido en virtud de algún título de los que no transmiten el dominio.

Fue en el Derecho Romano, en donde se vio con mayor claridad el hecho de realizar una apropiación injusta de cualquier bien ajeno, esto en razón de la confianza depositada en el agente en forma

previa. De tal manera, que el abusario después la defraudara dolosamente.

4.- La segunda etapa de evolución del delito de abuso, se en encuentra en el Derecho Germánico. Se produjo con la distinción entre el 'hurto propio y el impropio'. Siendo hurto impropio cuando; el culpable ya se hallaba en poder de la cosa ajena. En cambio, se designaba hurto propio; en aquellos casos en que el bien era sustraído al propietario sin su consentimiento. También el Derecho Alemán tuvo su base en la ley romana, porque las mencionadas normas aplica ban los conceptos de hurto de igual manera que en Roma.

Lo que en la actualidad consideramos como abuso de confianza, antes era como una clase de delitos de 'dolo civil' y solo producen acciones de daño y perjuicios. Sin embargo, este tipo de acción no es previsible.

5.- El Código Penal de 1850 (España), precisó el delito de abuso, ubicándolo entre las estafas y castigándolo como hurto (artículo 452). En el precepto citado solo decía: 'cosa mueble', omitiendo si era necesaria la característica de ser bien ajeno, tampoco decía: 'de la cual se le haya transmitido la tenencia y no el dominio', solo hablaba de la obligación de restituir el bien.

6.- El Código español de 1870, no estableció la diferencia entre el delito de estafa y el abuso de confianza. Dicho ordenamiento consideraba como estafadores a quienes abusaban de la confianza de otro.

7.- El delito de abuso de confianza, se complementa por primera vez en la ley del 29 de septiembre de 1971, en Francia.

El más inmediato antecedente de nuestros preceptos legales - se encuentra en el Código Napoleónico de 1810, en donde se creó el delito de abuso de confianza (artículo 319 del Código Francés).

Por otra parte, la ley del 13 de mayo de 1863 'Francia', estableció las actuales bases del delito de abuso, en el reformado - artículo 408. Precepto que a la letra decía: "... El que con perjuicio del dueño, poseedor o detentador distrajere o disipare efectos_ dinero, mercancía, billetes, cartas de pago, o cualquier otro documento que produzca o lleve consigo una obligación o descargo que se le hubiere entregado en depósito o por virtud de un empleo asalariado, sufrirá..." El precepto citado, sólo describía los casos que podrían considerarse como hechos ilícitos, tipificadores del abuso de confianza.

8.- Nuestro delito de abuso, no es una forma especial de - fraude, sino un delito típico a pesar de que se requiera para la - existencia de este acto ilegal, que se disponga fraudulentamente de la cosa. La expresión fraudulentamente; debe interpretarse en el - sentido de fraude o estafa. Por cuanto a la manera de adquirir los_ objetos materia del delito. En cambio, en el abuso de confianza la_ cosa solo se puede tener en forma dolosa, esto respecto a la acción de disponer del bien. Por tanto, el elemento 'dolo', es indispensable para comprobar la responsabilidad del agente en el abuso de con

fianza.

9.- El Código Penal Mexicano de 1871, estableció el origen del abuso de confianza como delito patrimonial. Específicamente, en los Trabajos de revisión del mencionado Código y que fueron realizados en 1912.

10.- La interpretación de la frase 'abuso de confianza', tiene doble significado. Como circunstancia genérica agravadora y como delito típico especial. La agravante de abuso de confianza, consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito (art. 405 del Código de 1871).

11.- El Código Penal Mexicano de 71, denominó al delito de abuso de confianza como 'Delito contra la propiedad'. Designación equivocada, ya que el único derecho protegido por medio de las normas represivas, no es el de propiedad sino el patrimonio. Siendo claro que por la vía del robo, abuso de confianza, fraude, despojo o del daño en propiedad ajena, es posible lesionar otros bienes patrimoniales.

El Código de 1929 (México), continuó usando la inadecuada denominación de 'Delitos contra la propiedad'. Sin embargo, la finalidad de estos delitos es causar un perjuicio económico en los bienes del ofendido y el objeto de la tutela penal, es la protección del derecho de propiedad y la salvaguarda de cualesquiera otro derecho que pueda integrar el activo patrimonial.

12.- En el Código de 71, el elemento 'fraudulentamente', es

sustituido por la expresión 'Con perjuicio de tercero', apareciendo así; por primera vez el elemento 'perjuicio' en el abuso de confianza. Además, no se mencionan los contratos de prenda, mandato, depósito y alquiler. El mencionado precepto se perfeccionó con la expresión 'que le haya transferido la tenencia y no el dominio', (art. - 405). Se evitó el exagerado casuismo del Código de 1871, permitiendo además la idea de los cuasi-contratos.

13.- En la descripción legal encontramos también el concepto del ilícito de abuso, la sanción del mismo.

También en el artículo 382, aparece la frase 'Disponga para sí o....', expresión usada como sinónimo de los términos apropiación o adueñamiento de un bien mueble ajeno.

14.- Existen tres tipos de elementos en la definición del - abuso de confianza y son: a) Elementos materiales; b) Elemento subjetivo y; c) Elemento normativo.

Los elementos materiales son: 1) La transmisión de la simple tenencia y no del dominio de la cosa mueble, el agente. 2) La disposición de la cosa mueble condicionalmente recibida, que consuma el inculpado y; 3) La injusta disminución de los elementos activos del patrimonio del ofendido; efecto de la disposición.

El elemento subjetivo es el dolo o intención de realizar el delito, usando los medios necesarios y adecuados para cometerlo - - (v.gr. cuando el agente aprovecha la oportunidad que no tendría sin la confianza depositada en él y se apropia del bien que tiene en co

modato.

Los elementos normativos, se integran con la entrega previa de la cosa, de la que se le transfiere la tenencia y no el dominio, es decir, la posesión derivada, la distracción del bien mueble del fin jurídico patrimonial.

15.- Por otra parte, se habla de cuatro características para delimitar los elementos del ilícito de abuso de confianza. De manera genérica son los siguientes: I) La disposición para sí o para otro; II) El perjuicio; III) Que la disposición recaiga en cosas muebles y; IV) Que se haya transferido al agente la tenencia de esas cosas y no el dominio.

16.- El presupuesto material del hecho en el abuso, es la tenencia de la cosa mueble por parte del inculpado. En caso contrario el infractor no podría efectuar la conducta típica.

17.- Existe directa relación entre el presupuesto material y el lógico, porque se trata de la previa existencia del derecho de posesión del bien, en relación con el propietario. Lesionándose el patrimonio del sujeto pasivo. Esto significa que para la integración del abuso, es indispensable la simple transmisión de la tenencia del bien mueble ajeno (art. 382 Código Penal).

18.- En el Código Penal Mexicano de 1929, surge por primera vez el término 'disposición'. La disposición implica un acto de apropiación indebida, de un bien jurídicamente considerado, es decir, que el inculpado actúa como si tuviera el dominio sobre la co-

sa ajena. Para que se complemente la idea de apropiación, es suficiente con que el infractor tenga la posesión natural de la cosa y siempre con la intención directa de disponer del bien ajeno; sea para enajenarlo o bien, para perjudicar al dueño. El agente tiene el 'animus domini', o sea, la intención firme de apropiarse de la cosa cuando se niega a restituirla, sin dar una explicación de su conducta y la empeña indebidamente (art. 384).

La disposición ocasiona el no cumplimiento del deber que tiene el infractor y que consiste en la no devolución de la cosa al sujeto pasivo.

Por otro lado, la violación de los contratos civiles que no tienen como objetivo fundamental la apropiación de las cosas ajenas; no debe ser considerada como abuso de confianza, ya que solo existe una violación del contrato en cuestión (v.gr. arrendamiento, comodato, etcétera). Y el abuso de confianza es una violación del derecho de propiedad y no la transgresión del contrato o acto transmisor de la tenencia.

Pero, recordemos que la expresión 'delitos contra la propiedad', es inadecuada en relación al delito en estudio, por lo que debe ser la violación a los derechos patrimoniales. Sin embargo, nuestro ordenamiento, sólo hace referencia a la noción de disponer de un bien como facultad exclusiva del propietario de la cosa legalmente reconocida.

Por ende, el poseedor al infringir la finalidad jurídica, se

adueña del bien ajeno, actuando como si fuera su legítimo dueño. Se apropia o adueña del objeto material; actuando en forma ilegal, gastando el bien en su propio beneficio o para la satisfacción de - - otras personas.

La existencia del elemento 'disposición', puede comprobarse a través de algunos actos especiales y son: a) La no restitución de la cosa y; b) La no restitución a su debido tiempo.

La primera se produce al existir la imposibilidad de restituir la cosa, sin que haya apoderamiento de parte del tenedor del bien. Por ello, no puede constituirse el delito de abuso de confianza y solo le queda al propietario la posibilidad de ejercitar la acción civil, para la restitución o indemnización de perjuicios. En cambio, en la no restitución a su debido tiempo; si el demandado realizó el apoderamiento o sustracción de la cosa y se niega a regresarla, entonces si se configura el abuso de confianza. Además, la no restitución del bien a su debido tiempo no debe considerarse como delictuoso. Ello, solo en los casos en que se compruebe que no hay apropiación.

Para los efectos del abuso de confianza, los términos 'tenencia y posesión', son usados como sinónimos (Vid. jurisprudencia en la página 44 de este trabajo).

La acción de 'disponer para sí o para otro', es reconocida como el momento en que se consuma el delito de abuso de confianza.

Las circunstancias para determinar en que instante se inte--

gra el delito de abuso, son: cuando el infractor dispone de la cosa, porque realiza actos de dominio sobre el bien ajeno, privando a su dueño de la posesión y con la firme idea de no restituir la cosa. - Sin embargo, la ley mexicana no establece cuando es el momento en que se consuma el abuso de confianza. Por ello, es necesario pensar en el tiempo lógico para que el inculpado restituya el bien a su propietario. Considerando por supuesto, las características de cada caso concreto.

Por otro lado, la legislación de San Luis Potosí, nos menciona que el abuso de confianza no siempre se consuma, al verificarse la disposición sino que es indispensable, la realización de todos y cada uno de los elementos que lo constituyen. Es decir, que con la disposición realmente se haya causado perjuicio a quien transfirió la tenencia del bien; sin importar cuánto tiempo haya transcurrido y si el momento en que el dueño solicita la devolución de la cosa y ésta no es entregada.

Todos los hechos que según la ley, contrato, resolución judicial u orden de autoridad, transmiten en guarda, uso o administración la corporeidad de la cosa, son presupuestos típicos del abuso de confianza. Quedando exceptuados los actos jurídicos traslativos del derecho de propiedad de los bienes sobre los que recae. (Por ejemplo: la compraventa, el mutuo, el depósito irregular, el reporto, etcétera).

19.- El perjuicio es una lesión ocasionada al patrimonio de

las personas. Dicha pérdida o menoscabo puede ser atribuido a una - tercera persona, por algún acto u omisión de una conducta, provocan do detrimento en el patrimonio del ofendido.

Es notorio, observar que las expresiones "daño y perjuicio", son palabras relacionadas entre sí, porque el perjuicio es una ca-- racterística que recae en el patrimonio de sujeto pasivo. Por tanto, daño y perjuicio patrimonial son sinónimos.

Para los efectos del abuso de confianza, el perjuicio o daño material ocasionado al paciente; es consecuencia directa de la dis-- posición efectuada por el abusario en contra del dueño (Vid. el - - art. 384).

Pero, si el infractor restituye el objeto (después de usarlo momentáneamente) en el instante en que el ofendido, lo solicita. - Entonces, no se causa menoscabo o pérdida alguna en el patrimonio - ajeno y por tanto, es imposible hablar de la comisión del delito de abuso de confianza.

El elemento típico llamado 'perjuicio', necesita precisarse desde el punto de vista objetivo, esto es, ver si es posible recupe-- rar el bien o no, si el dueño solo sufre una privación temporal o - en su caso; se dejaron de obtener ganancias legales, por la disposi-- ción injusta que el inculpado hizo del bien ajeno. Sin embargo, el - art. 382, establece la cuantía o monto del abuso, señalando una de-- terminada pena aplicable al perjuicio legal ocasionado. Ello, puede - hacerse tomando en cuenta el valor del bien sustraído, en dinero -

pero, lo que en realidad debe observarse es el monto del perjuicio_ y no el valor de la cosa apropiada.

20.- El objeto material del delito de abuso de confianza, - puede ser cualquier cosa 'bien' ajena mueble. La cual, puede consistir en una determinada cantidad de dinero, en numerario, en papel - moneda, en un documento que imparte obligación o transmisión de derechos o en algún bien mueble ajeno. También están incluidos dentro del concepto de 'cosa mueble', los documentos títulos que son constancia de derechos patrimoniales.

Las características necesarias que debe reunir el objeto material son: 1) Ser una cosa ajena mueble; 2) Que dicho objeto material sea susceptible de ser desplazado o sacado de la esfera de vigilancia del propietario (transmisión material), hacia una esfera - distinta de la del inculpado.

21.- En el abuso de confianza la cosa objeto serán los bienes muebles corporales (fungibles o no) y todo aquel bien que represente derechos para una determinada persona desde el punto de vista patrimonial.

22.- Se transmite la tenencia al agente cuando el poder de - hecho que sobre ella tiene, lo ejerce con autonomía, independencia_ y sin la vigilancia de quien se lo transmitió. (Vid. art. 2544 del - Código Civil y el 383 fracción II del Código Penal).

23.- El bien jurídico tutelado en el abuso de confianza, es_ el patrimonio desde el punto de vista civil, esto es, todos los de-

rechos que pueden ser estimables en dinero 'activo patrimonial'.

Por lo tanto, a través de la comisión del abuso de confianza, se produce la injusta disminución de los bienes patrimoniales del ofendido.

En determinados ilícitos, no sólo se tutela el derecho de propiedad, sino además el de posesión y los derechos reales. Por ello, nuestra legislación cambió el término de propiedad por la expresión 'patrimonio'. Denominando a los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, daño en propiedad ajena, etcétera, como 'Delitos en contra de las personas en su patrimonio'.

Consideramos que la tutela penal en el delito de abuso, como en cualquier otro ilícito es la protección de una conducta peligrosa del agente infractor hacia la sociedad.

24.- El interés patrimonial tutelado 'protegido', en el abuso de confianza es el interés jurídico que tiene la persona que transfiere a otro la tenencia de una cosa, en que le sea restituida llegado el momento del requerimiento formal del ofendido. Se trata de un derecho con carácter obligatorio por la naturaleza propia de la conducta realizada en dicho delito. Por lo tanto, una vez llegado el momento de la devolución si el bien no es entregado, el sujeto pasivo se ve privado de la posesión material, del uso y del disfrute del mismo y es lo que constituye el daño patrimonial. Además, el artículo 384, menciona que la persona que puede exigir la restitución de la cosa ajena es aquella que tiene derecho sobre ella y -

no solo el propietario.

Otro aspecto necesario a considerar, es la moralidad de cada sujeto, es decir, analizar si el sujeto activo es digno de la confianza del dueño esto, desde el punto de vista jurídico porque la protección legal trata de garantizar el cumplimiento de ciertos convenios o tratos. Su eficaz cumplimiento se da sobre la base de la 'buena fe', en donde el ofendido otorga su confianza.

Por tanto, se trata de tutelar la buena fe del sujeto pasivo esperando que el agente en quien se depositó un bien, lo devuelva a su dueño en el instante del requerimiento formal.

25.- La conducta en el delito de abuso de confianza, consiste en la acción que realiza el sujeto activo con perjuicio de alguien que dispone del bien ajeno del cual se le transmitió la tenencia. Además, el agente infractor se apropia del objeto con la firme intención de convertirse en dueño de la cosa y se beneficia de ella desde el momento en que actúa como si fuese el propietario.

El delito de abuso de confianza, sólo se configura con la apropiación indebida del objeto material sobre el que recae y nunca por el uso abusivo de la cosa.

26.- Los elementos generales del delito son: 1) La actividad o conducta (ausencia de la conducta); 2) Tipicidad (atipicidad o ausencia de tipo); 3) Antijuridicidad (causas de justificación o de licitud); 4) Imputabilidad (inimputabilidad.- causas de...); 5) Culpabilidad (causas de inculpabilidad); 6) Punibilidad (excusa absolu

toria).

27.- No hay abuso de confianza cuando la persona a quien se ha transmitido la tenencia de la cosa, prolonga dicha posesión en ejercicio de un derecho de retención (Vid. artículos 2533, 2534, - 2509, 2579, 2644, 2666 y 2876 fracción II del Código Civil). Siempre y cuando la retención ilegal del bien sea cometida con el previo requerimiento formal de cualquier autoridad judicial o notarial y no solo, entre particulares.

Comete el delito de abuso, no solo el agente que dispone del total de bienes transmitidos en simple tenencia, sino quien se apropia de una parte de las cosas de las cuales tiene la posesión.

Las expresiones 'disponer' y 'sustraer', han sido usadas como sinónimos. Sin embargo, la más correcta es 'disponer'. Porque disponer de una cosa ajena es apropiarse del bien con ánimo de dominio. Existiendo un convenio previo de parte de quien tiene derecho sobre el bien mueble y el agente, para que este último actúe sin la intención de restituirlo a su dueño.

28.- Existe ausencia de conducta en el abuso de confianza cuando el abusario, se encuentra en estado de inconsciencia parcial. Por ello, la disposición del bien no es consciente (abuso por hipnópsis) entonces la acción se realiza sin culpa alguna por parte del inculpaado.

No se puede hablar de comisión del abuso de confianza por causa de fuerza mayor, irresistible o del sueño; por tratarse de un

ilícito cuya naturaleza no lo permite, ya que como se sabe el agente tiene el bien mueble en forma anticipada y no puede ejercer poder de dominio sobre él, porque solo lo tiene en simple posesión o tenencia.

29.- La tipicidad en el abuso, se integra cuando la conducta del infractor coincide con los elementos constitutivos, descritos en el artículo 382 del Código Penal Mexicano, es decir, que el sujeto activo se aprovecha de la confianza depositada en él y se apropió del bien mueble ajeno que está bajo su cuidado, para actuar con respecto a la cosa como si fuera su dueño.

30.- Son causas de atipicidad en el delito de abuso de confianza; la falta de calidad del sujeto activo, o sea, que el agente no tenga la simple tenencia del bien, para disponer de él en forma indebida. 2) El hecho de que el sujeto pasivo no sea quien entregó la cosa, sino un tercero.

Si en el abuso no existe un interés de quien transfirió la tenencia, para que le sea restituido el bien en el momento del requerimiento formal, no se está protegiendo el interés patrimonial tutelado en el delito de abuso.

La falta del objeto material sobre el cual recae la conducta antijurídica, también es causa de atipicidad. Decimos que hay atipicidad cuando; los sujetos no reúnen las cualidades de poseedor precario el agente y el sujeto pasivo la calidad de propietario o titular de un derecho real sobre el bien, o bien, el objeto no tiene

las características de ser ajeno y no es cosa mueble.

31.- Para determinar si existe antijuridicidad en el hecho delictuoso, es necesario analizar la acción y el tipo penal, ya que la antijuridicidad es la violación del bien jurídicamente protegido por la norma legal y producida por la conducta humana en sociedad.

Los presupuestos necesarios para la total integración del ilícito de abuso de confianza son: la existencia del tipo penal, la conducta típica (positiva o negativa) y la violación al bien legalmente protegido.

El sujeto que comete el delito infringe una norma cultural, que lesiona los intereses del dueño o titular del derecho de propiedad. Por ello, si el provecho obtenido es indebido la apropiación es antijurídica, y debe ser sancionada, es decir, si no existe un perjuicio patrimonial, la acción no debe ser calificada de antijurídica.

Funcionan como causas de justificación en el abuso, de confianza; el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el consentimiento del ofendido.

El estado de necesidad se da cuando la disposición del bien es motivada debido a que el abusario se encuentra en peligro grave. Entonces, la apropiación de dicha cosa ajena es necesaria para proteger un bien de mayor jerarquía, como lo es la vida.

Si el ofendido concede su consentimiento para disponer de los bienes. Podemos reconocer otra justificante.

Es notorio, aclarar que todas las causas de justificación -
tienen que presentarse antes de la apropiación del bien ajeno.

33.- No deben ser confundidas las expresiones 'apropiación -
indebida' de la cosa y uso indebido. Porque, el uso indebido de la
cosa, es la utilidad o uso permitido de la cosa ajena (sancionable
en materia civil por la mala ejecución del contrato preestablecido).
En cambio, la apropiación como elemento del abuso de confianza, con-
siste en negarse a restituir o no a su debido tiempo algún bien aje-
no.

34.- La imputabilidad, en el delito de abuso está representa-
da en el acto de apropiación de dinero o cosas muebles, realizadas
por el agente con la plena conciencia y voluntad de obtener un bene-
ficio injusto del bien sustraído.

El elemento 'dolo' en este ilícito debe ser superviniente, -
(posterior) al acto de conseguir la posesión de la cosa a través -
de la entrega.

Al igual que en otros delitos en el abuso de confianza sólo
puede considerarse el agente como inimputable, cuando se presente -
alguna de las causas que originan la anulación de la voluntad y el
intelecto, o sea los estados de inconsciencia, afectando el libre -
albedrío y la conciencia del abusario por el uso de alguna sustan-
cia tóxica o embriagante.

35.- En el delito de abuso, es imposible hablar de la exis-
tencia del elemento 'culpa', porque es difícil comprobar los casos -

en que el infractor ha realizado la acción de disponer de un bien ajeno mueble, ya que tiene la plena conciencia de que con su comportamiento actúa en contra de lo establecido en la ley. De manera, que realiza la acción con el fin de causar un perjuicio en el patrimonio del ofendido, por consiguiente, actúa dolosamente, (con intención).

Las causas de inculpabilidad son: el error esencial e invencible, como es el caso del poseedor que dispone de la cosa creyéndola propia, o la entrega a un tercero a quien considera como el dueño legítimo. También, existe ausencia de culpa cuando por presentarse la situación de que el agente piense que su acto dispositivo, está legalmente justificado, es decir, hay eximentes putativas.

Por otra parte, la no exigibilidad de otra conducta es aceptada como causa de inculpabilidad en el abuso, por ser un delito doloso.

36.- La punibilidad en el ilícito de abuso, es el merecimiento y la aplicación de una pena o sanción al presunto responsable. Como consecuencia de la comisión de un acto ilegal. La punibilidad en lo que se refiere al abuso de confianza, se encuentra descrita en el artículo 382 del Código Penal, en donde además de la sanción pecuniaria se establece la privación de la libertad cuando se comprueba la responsabilidad del agente infractor.

En el delito de abuso de confianza, es posible hablar de la excusa absolutoria. Nuestro Código la describe en su artículo 385,-

pero debemos relacionar el citado precepto con el artículo 377, por ser la disposición que tutela la conservación del núcleo familiar.- Por tanto, el abuso no es sancionable entre familiares. No obstante, dicho beneficio no es aplicado al copartícipe del ilícito penal, - de tal forma que si la disposición del bien mueble ajeno va acompañada de otro delito, forzosamente se aplicará una sanción por la - comisión del segundo ilícito; para castigar al (los) infractor (es).

37.- La tentativa en el abuso, consiste en tratar de obtener algún lucro en beneficio propio o de tercera persona. Sin embargo, - resulta complicado establecer la tentativa en este ilícito, en razón de que el bien está previamente en manos del infractor. De tal manera, que resulta difícil hablar de la existencia de algún motivo que impida la retención indebida de la cosa. Por consiguiente, no - es posible la tentativa en el abuso. En cambio, se habla de la consumación del ilícito en estudio en razón de la disposición del bien con una simple oferta de venta que el vendedor hace de la cosa a - una tercera persona.

38.- La participación en el delito de abuso de confianza es - posible debido a que dicho ilícito (a pesar de ser unisubsistente), admite el concurso de sujetos en su comisión. Por ello, se habla - del autor intelectual o material en la configuración del delito analizado, (cfr. art. 13 fracciones I, II, III y IV del Código Penal).

Por otro lado, el abuso de confianza es de acción única y de naturaleza unisubsistente. No permite la actividad típica dividida -

en diversos actos; en este ilícito existe pluralidad de disposición con idéntico propósito.

Por el momento consumativo es un delito instantáneo, es decir, se configura el delito de abuso, apenas realizada la apropiación del infractor con fines lucrativos.

39.- Existen ciertas circunstancias que son equiparadas al abuso de confianza, esto es, lo que se denomina el abuso impropio.- Nuestra legislación reglamenta el abuso de confianza impropio en su artículo 383 en sus tres fracciones;

En la primera fracción menciona el caso del embargo preventivo de ciertos bienes muebles, quedando los mismos en manos del propietario. Claro está como garantía de la suerte reclamada, pero si el dueño dispone en forma ilícita de dicha cosa o la sustrae, comete el delito equiparado al abuso de confianza. En virtud de que la ley señala como ilícito el acto de disposición de la cosa que cualquier depositario realice; a pesar de ser el dueño legalmente reconocido.

El precepto citado (art. 383) en su segunda fracción describe al depositario judicial, pero no al propietario del bien sino a cualquier persona que sea designada en esa función, por autoridad administrativa o del trabajo. Sin embargo, la disposición citada es repetitiva, ya que la descripción legal de lo que es el delito de abuso de confianza se menciona en el artículo 382.

40.- La retención indebida del objeto material en el abuso -

de confianza, requiere la posesión ilegal como consecuencia de la - no restitución de la cosa. De manera, que nuestro ordenamiento legal establece claramente que el sujeto activo debe tener previamente la tenencia de la cosa mueble, otorgada por el dueño o quien tenga derecho sobre el bien, para después disponer en forma injusta - del objeto. Para ello, es necesario hablar del requerimiento formal que en determinado momento hace el ofendido al abusario para que le restituya el bien. En este caso es posible que el agente se niegue a devolver la cosa y por consiguiente; es comprobada la intención - de apropiarse el bien ajeno.

El delito de abuso de confianza es un ilícito de comisión - por omisión, ya que la omisión consiste en el incumplimiento de un mandato de hacer, violándose la obligación legal de abstención en - relación a la norma prohibitiva.

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

Aguilar Carvajal, Leopoldo

Segundo curso de Derecho Civil, bienes,
derechos reales y sucesiones,

3a. edición 1975, 430 p.

Campomáñez Baez, Gustavo A.

El robo, el abuso y el fraude
en relación con la posesión.

México D. F., 1948, 465 p.

Carrete Herrera, Octavio

El presupuesto material en el
delito de abuso de confianza.

U.N.A.M., Facultad de Derecho
1956, 445 p.

Castellanos Tena, Fernando

Lineamientos elementales
de Derecho Penal.

12a. edición, Ed. Porrúa S.A.
México 1986, 345 p.

Carrara, Francesco

Programa de Derecho Criminal
delitos contra las personas,
Vol. 4, T. VI, Parte especial,
Ed. Temis Bogotá 1959, 356 p.

Cuello Calón, Eugenio

Derecho Penal, Parte

general, s/f, s/l.

9a. edición, 345 p.

F. Cárdenas, Raúl.

Derecho Penal Mexicano

del robo,

Ed. Porrúa, S. A.,

México 1977, 460 p.

González de la Vega, Francisco

Derecho Penal Mexicano,

los delitos,

3a. edición, Ed. Porrúa S. A.,

México 1982, 444 p.

Jiménez de Asúa, Luis

La ley y el delito,

editores "A. Bello"

Caracas, 1945, 260 p.

Jiménez Huerta, Mariano

Derecho Penal Mexicano, la tutela

penal del patrimonio.

Tomo IV, Ed. Porrúa S. A.,

México 1984, 422 p.

Mommsem, Teodoro

Derecho Penal Romano

Trad. del alemán por P.

Dorado, T. 2,

Madrid, España moderna

s/f, s/e, 494 p.

Moreno Antonio de P.

Curso de Derecho Penal Mexicano,
de los delitos en particular,

Parte especial, Tomo primero

Ed. Porrúa S. A.,

México 1968, 449 p.

Pavón Vasconcelos, Francisco

Comentarios de Derecho Penal

(parte especial) Robo, abuso
de confianza y fraude.

5a. edición, México, 1982.

Ed. Porrúa S. A.,

245 p.

Porte Petit Candaudap, Celestino

Derecho Penal Mexicano,

Parte general, Librería

Porrúa S. A., México 1981,

460 p.

Porte Petit Candaudap, Celestino

Importancia de la Dogmática
jurídica penal,
México, edición 1954.

Rodríguez Cannon, Carlos

Algunos aspectos del abuso de confianza
en nuestra legislación penal,
Universidad Iberoamericana,
Facultad de Derecho, 480 p.

Sodi, Demetrio

Nuestra Ley Penal,
Librería de la Vda.
de Ch. Bouret, 2o. vol.
(92 tomos), París, México,
1917, 658 p.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Penal de 1871,

Código Penal de 1929,

Código Penal para el Distrito Federal, de 1931
trigésima quinta edición. Ed. Porrúa S. A.

Código Civil para el D. F. en materia común y para toda la República en materia Federal, Leyva Gabriel y Cruz Ponce Lisandro, 2a. edición, Ed. Miguel Angel Porrúa S. A. 678 p.

O T R A S O B R A S

PUBLICACIONES PERIODICAS

Semanario Judicial de la Federación,
Tomos, LXI, LXXXVII, 5a. Epoca, XCV y
CXIII.

COMPILACIONES

Exposición de motivos del proyecto de reformas
al Código Penal de 1871; reformas de 1912.

ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica Omeba
obras magistrales de 'Bernardo Lener',
Tomo I, Ed. Bibliográfica Argentina,
Buenos Aires, 1954.

REVISTAS

Cuello, Calón, Eugenio
La tentativa inacabada
Revista de la Facultad de Derecho
Tomo XVI, 345 p.

DICCIONARIOS

Nuevo Diccionario Enciclopédico
Editorial Codex S. A.
Buenos Aires, Tomo II.
Toro Miguel y Gisbert, Pequeño Larousse Ilustrado, Ed. Larousse,
1969.