

134



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO 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 :

BERNARDINO CARMONA LEON

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Ciudad Universitaria
Diciembre de 1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
DE ABUSO DE CONFIANZA

I N D I C E

	PAGINA
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO. Antecedentes	
I. Breve reseña histórica	1
A. Derecho Prehispánico	1
B. Derecho Colonial	16
C. Epoca Moderna	24
II. Aspectos doctrinarios	33
III. Concepto del delito de abuso de confianza..	45
CAPITULO SEGUNDO. El Delito en General	52
I. Concepto de delito	53
II. Escuelas que estudian el delito	61
III. Teoría Tetratómica	67
CAPITULO TERCERO. Elementos del Delito	73
I. Conducta	74
A. Concepto	74
B. Sujeto Activo	81

	PAGINA
C. Sujeto pasivo	83
D. Acción	86
E. Omisión	90
F. Ausencia de conducta	93
II. Tipicidad	98
A. Concepto de tipo y tipicidad	98
B. Elementos del tipo	105
C. Atipicidad	109
III. Antijuridicidad	114
A. Concepto	114
B. Causas de justificación	126
IV. Culpabilidad	136
A. Concepto	136
B. Inculpabilidad	149
CAPITULO CUARTO. Derecho Comparado.....	155
I. El delito de abuso de confianza en España..	156
II. El delito de abuso de confianza en Cuba....	164
III. El delito de abuso de confianza en Argenti- na	173
CONCLUSIONES.	185
BIBLIOGRAFIA.	

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

Este trabajo versa sobre el delito de abuso de confianza en su estudio dogmático y tiene como objetivo el exponer en forma didáctica y sencilla los elementos que lo integran; se trata pues, de un análisis que engloba aspectos históricos, doctrinarios, conceptuales y comparativos del tema.

Parte primeramente, de las circunstancias históricas que se han dado en nuestro país con relación a la materia penal hasta que se establece como un tipo específico, después se mencionan los conceptos fundamentales en relación al delito en general, para enseguida -- realizar el desglose de sus elementos y finalmente, comparar este delito con el señalado por otras legislaciones.

La obra está integrada por cuatro capítulos, a saber: El primero, que se divide en tres partes, trata los siguientes puntos: a) Una breve reseña histórica -- del derecho penal a partir de la época prehispánica, -- sin que en esa etapa exista en forma precisa la figura-jurídica que tratamos; pasamos al período colonial en la que se realizan diversas complicaciones de leyes y -- llegamos a la época moderna donde aparece una conceptualización del delito y es también el precedente inmediato del que partimos para la elaboración de este documen

to; b) Se enuncian los comentarios elaborados por la doctrina en forma general a este ilícito; y, c) El estudio del concepto de abuso de confianza, desde el punto de -- vista gramatical y jurídico, estableciéndose como un tipo específico, a diferencia de que como se utilizaba en nuestra legislación y se utiliza en otras (Argentina), -- como agravante del delito.

El capítulo segundo, contiene tres apartados; -- aborda el tema del delito en general, su concepto y escuela que la estudian, haciendo especial referencia a -- los sistemas totalizador o unitario y analítico o parcial, es este último el que se toma en consideración para concluir que es la teoría tetratómica la que nos servirá de base para el desarrollo del siguiente capítulo.

El tercer capítulo constituye la parte central -- de esta obra, y motiva el título de la misma, es un desglose de los elementos del delito de abuso de confianza, partiendo, como indicamos, del sistema analítico a través de la teoría tetratómica, por lo que en este entendido, se conceptualizan los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, determinándose sus correspondientes aspectos negativos para, en su momento, -- adecuar el ilícito en estudio a tales elementos.

Finalmente, en el capítulo cuarto y en atención al anterior análisis, se desarrolla un estudio comparativo de nuestro delito con las legislaciones penales de España, Cuba y Argentina, apareciendo que en los dos prime

ros países dicho ilícito se denomina apropiación indebida y en el tercero, retención indebida; es en este último en el que se hace la diferenciación con el equiparable al abuso de confianza que señala el artículo 384 de nuestro código penal, concluyéndose que se trata de ilícitos discretos y que en realidad la retención indebida guarda gran similitud con el abuso de confianza, como se desprende de su estudio.

CAPITULO PRIMERO. Antecedentes

I. Breve reseña Histórica.

a. Derecho Prehispánico.

b. Derecho Colonial.

c. Epoca Moderna.

II. Aspectos doctrinarios.

III. Conceptos del delito de abuso de confianza.

1. BREVE RESEÑA HISTORICA

A. Derecho Prehispánico

La historia del derecho en la época precolonial, no registra datos o indicios suficientes que permitan analizar las instituciones jurídica que prevalecían en ese período; sin embargo, algunos autores han realizado estudios sobre el tema, ejemplo de ello son las referencias en que se apoya este apartado, para intentar una aproximación a las disposiciones legales que existían en esos estadios.

En el territorio que ocupa México y los países Centroamericanos en la actualidad, florecieron varias civilizaciones neo-líticas que se sucedieron a través del tiempo: La primera gran cultura de la que se tiene conocimiento fue la Olmeca, que tuvo su origen y decadencia en los últimos siglos antes de la era cristiana; después, surgieron simultáneamente, las culturas Teotihuacana y la del Antiguo Imperio Maya (heredera de los Olmecas) en los siglos III a IX de nuestra era;⁽¹⁾ les suceden: la Tolteca (Tula) en el siglo X, que reactiva y aprovecha los restos de la primera civilización maya y da origen, en Yucatán, al Nuevo Imperio Maya; finalmente, surge la cultura Azteca, ramificación de la Chi-

(1) FLORIS MARGADANT, Guillermo S. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ed: UNAM, México, 1971, p. 9-11.

chimeca, con absorciones Toltecas y en interna convivencia con la Texcocana. Esta cultura nace en el siglo XIV de nuestra era y se encuentra en su fase culminante -- cuando se inicia la conquista.

Sin embargo, no fueron éstas todas las culturas que se desarrollaron en el antiguo territorio mexicano, aunque sí las fundamentales; existieron otras como la Totonaca en la zona costera del Golfo de México, la Zapoteca y la Mixteca en el sureste y la Tarasca del lado pacífico de México.

El desarrollo de las civilizaciones antes señaladas tiene un parteaguas -- aproximadamente 2000 años antes de Cristo -- con la aparición del maíz, hecho que propició un cambio en la vida económica, política y social de ellas. Con este descubrimiento, se dió una especialización regional; también da lugar a clases neagrícolas: Los nobles, los sacerdotes, los comerciantes, -- los escultores y otros artistas.

A continuación describiremos brevemente, las condiciones sociales, económicas y las instituciones jurídicas de México a través de su historia. Se puede mencionar que los pueblos organizados en el territorio mexicano, hasta el descubrimiento en 1511, tenían desigualdades jerárquicas y sociales, una aristocracia guerrera y sacerdotal -- el poder militar y el religioso, -- han ido siempre juntos para el dominio de los pueblos-- (2)

(2) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General.
Ed: Porrúa, S.A., 16ª edición, México, 1991, p. 111-152.

flotando sobre las desigualdades económicas; en una palabra, oligarquías dominantes según las clases, con penas diversas de acuerdo a la condición social de los infractores.

Los Olmecas asentados en la zona costera del Golfo de México, tenían fama de magos y utilizaban drogas alucinantes; a excepción de la pirámide en la venta, esta civilización no dejó grandes monumentos arquitectónicos, sino más bien estatuas y figurillas.

Este pueblo, en decadencia desde los últimos siglos de la era precristiana, del que poco se sabe en relación a sus aspectos jurídicos — según especialistas — estaba formada por dos clases de origen étnico diferentes: conquistadores y conquistados. Las grandes tareas públicas exigían la existencia de esclavos, o cuando menos de una plebe totalmente sometida a una élite. El transporte de grandes figuras, a otros lugares, sugiere el dominio hacia otras regiones, es decir, un verdadero imperio de caracteres teocráticos (Reyes-Sacerdotes), con centro en los actuales Estados de Veracruz y Tabasco y con extensiones en Oaxaca, Guerrero y Morelos. (3)

En relación a la Cultura Maya, primeramente diremos que el Antiguo Imperio, que floreció entre los siglos IV y X d.C. en las regiones de Tabasco y Honduras, no estaba conformado como un imperio centralizado, sino

(3) FLORIS MARGADANT, Guillermo S. Op. Cit. p. 13.

por un conjunto de Estados-ciudades en Yucatán, Guatemala, Honduras; dirigidos por nobles y sacerdotes ligados por ideas religiosas comunes y lazos familiares entre las aristocracias locales; vivían en competencia comercial, lo que algunas veces los llevó al extremo de guerra. Lugares famosos eran: Copán, Tikal, la actual región de Piedras Negras, Palenque, Tulúm y Chichen Itzá.

El ocaso de la primera gran cultura maya es una incógnita, lo cierto es que durante el siglo IX d.C., sus ciudades fueron abandonadas sucesivamente.

Sin embargo, bajo la influencia de conquistadores toltecas, llegados del noroeste, surgió entre 975 y 1200 d.C. el Nuevo Imperio Maya, al que se debe el nuevo Chichen Itzá, ciudad dominante en una triple alianza con Mayapán y Uxmal, mismo que duró hasta la llegada de los españoles a sus territorios. Este imperio estaba formado por una confederación de ciudades-estados, unida por un lenguaje y una cultura común, se ubicaron en lo que hoy es Yucatán, Guatemala y Honduras.

En esta nueva civilización, cada ciudad-estado fue gobernado por un halachinic o ahau unidad que pasaba siempre de padre a hijo mayor, éste con la ayuda de un consejo de nobles y sacerdotes dirigía la política interior del estado, nombraba a los ataboob alcaldes de las aldeas adscritas a su ciudad-estado.

Al lado de los nobles existían los sacerdotes, quienes determinaban el ritmo de las labores agrícolas,

en base a la relación entre la religión, la astrología, la astronomía y el calendario; igualmente, fijaban los días favorables y desfavorables para los diversos actos importantes de la vida, tenían un lugar dentro de la jerarquía social superior al de los nobles.

En el derecho penal maya las disposiciones se caracterizaban por su extrema severidad.⁽⁴⁾ La función jurisdiccional estaba a cargo de los batabs o caciques, - quienes aplicaban principalmente como penas la esclavitud y la muerte; la primera generalmente a los autores de delitos patrimoniales; la segunda, a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas. Cuando un señor principal cometía un robo, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente; - en este pueblo no se emplearon las penas de prisión, ni los azotes, más a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles, y las sentencias eran inapelables.

Por el delito de adulterio, el marido podía optar entre el perdón o la pena capital para el ofensor, - y la mujer infiel sólo era repudiada. La violación y el estupro eran penados con la lapidación. Con respecto al homicidio, se aplicaba la pena del talión, salvo si el culpable era un menor, en cuyo caso se le sometía a la esclavitud. En algunas situaciones la sanción capital -

(4) CASTELLANOS TENA, Ferrnando. Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis de Derecho Penal. Ed: UNAM. México, 1965, p.10

fué ejecutada mediante ahogamiento en el cenote sagrado.

Los tupiles, policías-verdugos, eran los encargados de ejecutar las sentencias inmediatamente, cuando el castigo no fuera la lapidación por la comunidad entera. Poco loable era la diferenciación de la pena según la clase social.

Por su parte, Raúl Carrancá y Trujillo,⁽⁵⁾ nos dice que el abandono de hogar no estaba castigado; el adúltero era entregado al ofendido quien, como ya se dijo, podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud; los traidores de Ah Chac Cocom los arrojaban en cuevas y les destruían los ojos.

Cabe mencionar, que el derecho maya conoció la diferenciación entre el dolo (pena de muerte) y la culpa (indemnización) en materia de incendio y homicidio.

En cuanto a los Tarascos, se tiene poca información respecto al derecho que prevaleció en su época,⁽⁶⁾ pero se conoce cierta crueldad de las penas que aplicaban. Así, por ejemplo, el adulterio con una mujer del soberano o calzontzi se castigaba con la muerte y confiscación de bienes. Al forzador de mujeres se le rompía la cara, de la boca a las orejas, empalándolo hasta

(5) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit., pp. 111-152

(6) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. P. 11

morir. Cuando un miembro de la familia real llevaba -- una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servi dumbre y se le confiscaban los bienes. Un hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. Quien robaba por vez primera, generalmente, se le otorgaba el perdón, pero -- si reincidía, se le hacía despeñar y se abandonaba el -- cuerpo para que fuese comido por las aves. El encargado para juzgar era Calzontzi, más en ocasiones ejercía la -- justicia el sumo sacerdote.

Los Chichimecas tuvieron una organización políti ca rudimentaria; eran pequeños grupos que vivían disper sos y se dedicaban a la recolección de tunas y vainas -- de mezquite o a la agricultura primitiva. Cada grupo te nía un jefe hereditario, y para fines militares o para -- migraciones colectivas solían formarse confederaciones -- transitorias. La única rama de los chichimecas que lo -- gró una organización política, con cierta cohesión per -- manente a múltiples grupos, fue la que los chuachichui -- les, con su capital al noroeste de el Sauzal, y que -- eran regidos por un triunvirato de miembros de una sola familia.

Entre las clases sociales faltaba la de los sa -- cerdotes. Aunque la existencia del luto y una antropofa -- gía mágica dan indicios de una vida religiosa, sin que -- produjeran importantes manifestaciones artísticas y teo cráticas. Sólo despues de que se establecieron en el -- centro del país, adoptaron elementos de las superiores --

religiones que allí habían encontrado.

Respecto a los Aztecas muchas son las fuentes indígenas que tratan de la peregrinación y padecimientos de los mexicanos antes de llegar al Valle de México a mediados del siglo XIII d.C.; hostilizados por la gente de Azcapotzalco y Culhuacán lograron establecerse en el islote de México-Tenochtitlan en el año de 1325, donde años más tarde, debido al dominio militar, lograrían formar el gran imperio del pueblo del sol, cuya capital sería conocida como la Gran Tenochtitlán, y cuya extensión de poder abarcaría hasta Veracruz, más allá de Oaxaca, y las costas de Guerrero (sin imponerse a los Tlaxcaltecas).

El pueblo azteca, el más importante imperio a la llegada de los españoles, dominó a la mayor parte de señoríos de la altiplanicie mexicana, influyendo en sus prácticas jurídicas.

Esta civilización formaba parte de una Triple Alianza (Tacuba y Texcoco), y tuvo una hegemonía tal, que el emperador a menudo podía determinar quién sería el gobernante en las naciones aliadas; no hubo un derecho uniforme, ya que la política azteca era la de no quitar a los pueblos subordinados su propia forma de gobierno o su derecho; lo importante era que el tributo llegara en la forma convenida.

En un principio su organización social estaba determinada por cuatro clanes denominados Calpulli, eran-

grupos de familias emparentadas entre ellas, y con residencia patrilocal; dentro de estos grupos hubo una vida relativamente democrática, con un gobierno compuesto -- por un consejo de ancianos, contando también con sus -- propios dioses y con una propiedad colectiva en ciertos terrenos. Hacia abajo estaban subdivididos en tlaxicallis y hacia arriba en cuatro campans y el conjunto de éstos, se encontraba sometido a un sólo líder militar, el tenoch, asistido de nueve jefes.

Posteriormente, bajo la influencia de la tradición empezaron a buscar un rey, nombrando como primero a Acamapichtli, sucediéndolo Huizilihuitl, Chimalpopoca, Izcóatl quien celebró el pacto para formar la triple -- alianza.

bajo el régimen de Izcóatl y su sucesor Mocteczuma Ilhuicamina comenzó a perfilarse la figura de un -- poderoso co-gobernante, comparable con el mayordomo de la corte franca, el Cihuacóatl conocido como Tlacaélel, que llevaría a su pueblo a alcanzar la grandeza de la -- que se tiene noticia; además de fungir como historiador oficial y sumo sacerdote, lo haría como presidente del Tribunal Superior.

Por otro lado, la nobleza era hereditaria, pero los plebeyos por hazañas bélicas podían ascender de rango; también sobresalían los sacerdotes, que se dedicaban al culto, a la educación de los nobles en los Calmecac y de la masa de la población en los Telpuchcalli;-

asimismo los supremos sacerdotes ligados a la corte intervenían en importantes decisiones políticas, como es el caso del Cihuacóatl.

Los pochtecas o comerciantes mantenían una situación privilegiada con rasgos militares y caracteres secundarios, de embajadores y espías, tenían sus propios tribunales de diez a doce jueces, y quizá se aplicaban allí normas de excepción (el robo en el mercado fue castigado más severamente que el robo común); correspondía a Tlacaélel dirimir las controversias surgidas del mercado de Tlaltelolco.

En descendencia, nos encontramos después al agricultor común y corriente, organizados en calpulli; a los mayeques o tlamaítl, y finalmente a los esclavos.

En relación al derecho penal, primeramente, es importante aclarar que los delitos y las penas se representaban mediante escenas pintadas, a diferencia del civil que era objeto de tradición oral.

La materia penal era severa, la pena de muerte predominaba y su ejecución podía hacerse a través de la hoguera, por ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento y desgarramiento del cuerpo. En ocasiones la pena capital se combinaba con la de confiscación. Otro tipo de sanciones eran la esclavitud, mutilación, destierro definitivo o temporal, pérdida de empleos, destrucción de la casa o

encarcelamiento en prisiones, y otras más ligeras como cortar o chamuscar el pelo. A veces los efectos de algunas penas se extendían a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

El hecho de ser noble no daba lugar a una posición privilegiada, por el contrario, era una circunstancia agravante, ya que éste debía poner el ejemplo.

El homicidio era castigado con la muerte, pero si la viuda ofendida lo pedía, el homicida podía ser hecho esclavo. En el adulterio, no era atenuante el hecho de que el activo encontrara en flagrante delito a la víctima y a su esposa. El robo era fuertemente sancionado debido a la pobreza general. Las lesiones y riñas sólo daban lugar a una indemnización. Como delito aparece también la embriaguez pública, la que para la nobleza constituía una circunstancia agravante. Existió un gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para la homosexualidad respecto de ambos sexos, violación, estupro, incesto y adulterio.

Mencionan algunos historiadores que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, acumulación de sanciones, reincidencia, el indulto y la amnistía. También la edad se consideraba como atenuante y aún como excluyente, pues el menor de diez años se le tenía -

como persona sin discernimiento, sobre todo en el robo.

Según el investigador Carlos H. Alba, (7) los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse así: contra la seguridad del imperio; contra la moral pública; - contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y la seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales; y, contra las personas en su patrimonio.

Varios cronistas e historiadores señalan las costumbres observadas en los reinos de Acolhuacán, México y Tacuba, en materia criminal. (8) Algunos de los actos considerados como delictuosos y sus respectivas penas son las siguientes:

Aborto.- Pena de muerte para la mujer que tomaba con qué abortar y para quien le proporcionaba el abortivo.

Abuso de Confianza.- El que se apropiaba de un terreno ajeno que se le había confiado o vendía la propiedad de otro era hecho esclavo. (9)

Adulterio.- Pena de muerte para la mujer y el hombre, ya los tomasen en flagrante delito, o bien "ha-

(7) ALBA H., Carlos. Cit Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. -- p. 11

(8) MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Ed: Porrúa, S.A., México, 1976, p. 61

(9) KHOLER, J. El Derecho de los Aztecas. Cit Pos. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. Op. Cit., p. 63

bida muy violenta sospecha, prendiéndolos y si no confesaban dábanles tormento y después de confesado el delito, condenábanlos a muerte".⁽¹⁰⁾ Se consideraba adulterio únicamente a la unión de un hombre con una mujer casada; pero no la del hombre aún casado con mujer soltera.

Alcahuetería.- Se consideraba delito; "La pena que daban a los alcahuetes era que, averiguando usar -- aquel ruin oficio, los sacaban a la vergüenza y en la plaza delante de todos, les quemaban los cabellos con tea encendida hasta que se les calentase lo vivo de la cabeza, así afrentada y conocida por los cabellos chamuscados se iba".⁽¹¹⁾

Asalto.- Los salteadores de camino sufrían la pena de muerte.

Calumnia Judicial.- Pena del Talión. ⁽¹²⁾

Calumnia.- La calumnia en público y de carácter grave se castigaba con la muerte.⁽¹³⁾

Por otra parte, el "Código Penal de Nezahualcóyotl"⁽¹⁴⁾ para Texcoco, estimaba que el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se en-

(10) MENDIETA, Gerónimo. Historia Eclesiástica Indiana. Cit. Pos MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. Op. Cit., p. 63

(11) Ibidem

(12) Ibidem p. 65

(13) Ley de Nezahualcóyotl. Cit. Pos. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. Op. Cit. p. 65

(14) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit., pp. 111-152

contraban las de muerte, esclavitud, confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en cárcel o en el propio domicilio.

Se conoció la distinción entre delitos culposos y dolosos, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo.

Una atenuante era la embriaguez completa; una es cusa absolutoria robar siendo menor de diez años; una ex cluyente, el estado de necesidad, robar espigas de maíz por hambre. La venganza privada, la ley de talión y el adulterio fueron recogidos por esta ley. Otros tex tos refieren que el ladrón debía ser arrastrado por las calles y después ahorcado; el homicida recibía como cas tigo la decapitación; al que se embriagara hasta perder la razón, si era noble, se le ahorcaba y si era plebeyo perdía su libertad a la primera infracción, y a la segunda, era muerto; a los historiadores que consignaban hechos falsos y a los ladrones del campo que robaban siete, o más mazorcas, eran muertos.

Por su parte, Ignacio Villalobos,⁽¹⁵⁾ señala que de la época precortesiana, en materia penal destaca el adulterio, con datos contradictorios sobre la manera de castigarlo; la severa moralidad, de acuerdo con la reli gión y política de aquellos pueblos; y, un penetrante sentido jurídico para su tiempo y aislamiento. Se dis--

(15) VILLALOBOS, Ignacio. la Crisis del Derecho Penal en México. Ed: Jus, México, 1948, p. 151

tinguía: la intención, la imprudencia; se sancionaba la embriaguez completa, con mayor responsabilidad para los nobles que para los plebeyos, y existía pleno arbitrio para fijar penas que podían ser de muerte, esclavitud, destierro, prisión, confiscación, destitución o suspensión de empleo.

B. Derecho Colonial

Consumada la conquista de las diversas civilizaciones de América, los españoles fundan la capital de la nueva España en la antigua Ciudad de Tenochtitlan, iniciándose la época colonial, que trajo consigo la creación de nuevas clases sociales que se organizaron con base, fundamentalmente, en las diferencias de castas y de la condición de dominadores y dominados, circunstancia que se originó con la llegada, al nuevo territorio, de peninsulares motivados por sus ambiciones, espíritu aventurero, y la más de las veces, por la repulsa de su propio país, mostrando una superioridad y señorío de las que no gozaban en su tierra natal. La Iglesia Católica tuvo un gran poder por ser económicamente soberana.

Debido a las nuevas relaciones socio-políticas de la Colonia, en el año de 1528, se organiza en Castilla, El Gran Consejo de indias, con objeto de regir la vida en el nuevo continente.

Sin embargo, la legislación indiana,⁽¹⁶⁾ produjo un derecho desconfiado, plagado de trámites burocráticos; tenía un carácter altamente casuístico y un tono altamente moralista e inclusive social, carácter no compatible con las ambiciones y "aspiraciones" de muchos espa-

(16) FLORIS MARGADANT, Guillermo S. Op. Cit. p. 49

ñoles, que con objeto de hacerse ricos y obtener prestigio, habían arribado a las Indias Occidentales; de tal forma que la práctica y el derecho penal formal, se divorciaban frecuentemente.

La citada legislación tendía a conservar las diferencias de clase, por ello, en materia penal existía un sistema intimidatorio para los negros, mulatos y las castas, como por ejemplo, tributos al rey, prohibición de portar armas y transitar por las calles de noche, -- obligación de vivir con amo conocido, disposiciones que eran sancionadas, al ser violadas, con penas de trabajo y azotes.

En realidad, la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano, ocasionado con esto, la existencia de un derecho principal y otro supletorio; el primero formado por el derecho indiano, y el segundo por el de Castilla.

Por disposición contenida en las Leyes de Indias,⁽¹⁷⁾ existía como ley común para los españoles y supletoria para los indígenas, Las Leyes de Toro, que se basaban en el Ordenamiento de Alcalá de 1348; pero de hecho, se aplicaban en la nueva metrópoli, desde el Fuero Real y las Partidas, hasta la Nueva y Novísima Recopilaciones, además, algunas Ordenanzas dictadas especialmente para este suelo.

(17) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 11

A pesar de que por disposición de Carlos V habían de ser respetadas la Legislación de las Indias y costumbres aborígenes, siempre que no se opusieran a la fe o a la moral, esta legislación no era aplicada, y contrastaba con las costumbres y prácticas de los pobladores del territorio conquistado, en virtud de que existía una explotación y aniquilamiento de la población indígena, también una defensa teórica de intención, iniciada por Isabel la Católica.

En el año de 1596 se formó la primera recopilación de las Leyes de Indias, que para el siglo XVIII contaba ya con nueve libros.⁽¹⁸⁾ El objeto de esto, era lograr que los hispanos se rigieran por sus propias leyes; los indios por disposiciones proteccionistas, y los mestizos y negros, por enérgicas normas encaminadas a evitar cualquier tipo de motín.

En la historia del derecho indiano, podemos reconocer dos momentos: a) en la fase inicial, cuando se discuten los fundamentos ideológicos del derecho indiano, con la posibilidad de premiar a los conquistadores, y b) a mediados del siglo XVI cuando el mismo derecho empieza a cuajarse con una organización administrativa tranquila del inmenso territorio.

(18) VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 152

Citamos como fuentes del derecho indiano, ⁽¹⁹⁾ -- primeramente, a la legislación de las que emanan una serie de Reales Cédulas, Provisiones, Instrucciones, Ordenanzas, Autos Acordados, Pragmáticas, Reglamentos, Decretos, Cartas Abiertas, etcétera. Cabe señalar que las disposiciones indianas eran válidas sólo para algunos territorios.

Una segunda fuente es la doctrina, de la cual -- existe literatura de comentarios generales y monografías. Los principales autores son: el criollo Juan de Solórzano Pereira, de Perú (Política Indiana; de Laurendiarum); Juan de Mantiezo, de Perú; Castillo de Bobadilla (Práctica para Corregidores y Señores de Vasallos en Tiempo de Paz y de Guerra, Salamanca, 1585); Thomas de Mercado; Bartolomé de Albarnoz; Juan de Aebia de Bolaños (Curia Philípica, Lima, 1603); Antonio de León Pínelo; Gaspar de Escalona Agüero, etcétera.

Para el caso de derecho aplicado al México Virreinal, se puede mencionar como fuente, la costumbre -- autorizada por las autoridades, se consideró, como costumbre razonable, comprobada por dos actos dentro de -- diez años (inter praesentes) o veinte años (inter absentes) podría prevalecer sobre el derecho legislado.

Finalmente tenemos a la poca analizada jurisprudencia, la que era aplicada, en algunos casos, como la-

(19) FLORES MARGADANT, Guillermo S. Op. Cit. pp. 49 y 53

extensión de las encomiendas a una tercera generación.

La fase de creación del derecho indiano culmina en 1821, subsistiendo provisionalmente en todo lo compatible con la nueva situación política, hasta que poco a poco parte de sus reglas, a menudo modernizadas fueron trasladadas hacia las diversas normas expedidas en el México independiente, mientras que otras fueron abrogadas.

El fundamento de toda legislación indiana era la Corona, quien ratificaba toda disposición emanada de los virreyes, audiencias, gobernadores ciudades, etcétera. Pero mientras esto ocurría, las normas dictadas por virreyes y audiencias surtían efecto provisional e inmediatamente; mientras que la de los gobernantes y ciudades, requerían de previa autorización del virrey o de la audiencia, y empezaban a tener efectos en tanto eran ratificadas por la Corona.

Se puede mencionar como legislación colonial anterior a la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, ⁽²⁰⁾ la de Juan Ovando; El Cudulario de Puga; Las Leyes y ordenanzas Reales de las Indias del Mar y Océano, por Alfonso de Zurita; la Recopilación de Encinas; La Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias; El Libro de Cédulas y Provisiones del Rey. Los Nueve Libros, de Diego de Zorilla; los Sumarios, de Ro-

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. pp. 111-152

drigo Aguilar; La Recopilación de Cédulas; El Proyecto de Solórzano; El de León Pinelo; los trabajos conjuntos de ambos; los Sumarios, de Ximénez Payagua; los Sumarios de Cédulas, Ordenes Provisionales Reales, de Monte Mayor. Y entre las posteriores a 1680: El Cedulaario de Ayala y el Proyecto de Código Indiano.

La Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680, fue el principal cuerpo legal de la colonia, apoyada por los autos acordados, hasta Carlos III; a partir de éste, comenzó una legislación más sistemática, que dió origen a las ordenanzas de intendentes y a las de Minería.

El derecho penal de esa época no era homogéneo; (21) sus normas se encontraban dispersas en las Leyes de Indias, pero especialmente, en el libro séptimo, en donde se disponía, por ejemplo, que las penas pecuniarias aplicadas a las Indias, por regla general, eran dobles de las mismas aplicadas en la península ibérica, aunque por otra parte, existían suavizantes para los indios. Asimismo, varias cédulas reales combatían la tendencia de los jueces a moderar las penas previstas, imponiéndoles que su trabajo era ejecutar las leyes no la de juzgar las mismas.

Nos dice el maestro Fernando Castellanos, (22) -- que para los indios, las leyes fueron más benignas, co-

(21) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 123

(22) Ibidem. p. 11

mo azotes y sanciones pecuniarias, debían servir en con ventos, ocupaciones o ministerios de la colonia; cuando el delito era grave; pero, tratándose de faltas leves, el castigo sería el adeucado, aunque el reo continuara en su oficio y con su mujer. Los delitos contra los in dios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

Por su parte, el derecho canónico, tenía su propia rama penal, la Iglesia contaba con tribunales para resolver determinados asuntos, sobre todo cuando se -- trataba de delitos cometidos por el clero. Por otro lado, el Estado disponía del instrumento necesario para -- evitar que la jurisdicción eclesiástica se extendiera a casos en los que quería mantener su jurisdicción; pero, la censura eclesiástica y la excomunión eran utilizadas por la Iglesia para sancionar a los funcionarios estata les que pretendían trazar una línea divisoria más en be neficio del Estado, que de la conciencia general de la -- época; lo que originó un equilibrio entre ambos poderes.

Para los delitos contra la fe, existió una juris dicción especial, relativamente independiente del arzobispo mexicano y autorizada por el Estado: la Inquisi-- ción, la que para su debido conocimiento, tendría que -- ser objeto de otro estudio. Algunos delitos contra la -- fe fueron considerados también como delitos del orden -- común y estaban previstos, fuera del derecho canónico, --

en la Nueva y la Novísima Recopilación, ejemplo de ello,
era la blasfemia.

C. Epoca Moderna

Al consumarse la independencia en México, subsistieron hasta bien entrado el siglo XIX, muchos de los mandamientos vigentes en el período colonial. A causa de la crisis que provocó el movimiento, se pronunciaron disposiciones encaminadas a remediar la difícil situación existente; se procuró la organización de la política y la reglamentación de la portación de armas y del consumo de bebidas alcohólicas; se combatió la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

En esta etapa de la historia de nuestro país, se dio una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, sin embargo, no existió ningún intento de formación de un orden jurídico total; se prodiga la muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; se organiza a la policía; las constituciones que se suceden, ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de las normas penales.

Con el transcurso del tiempo, se realizaron varios ensayos y algunos códigos penales se publicaron en los Estados, se puede afirmar que el primer texto penal de la etapa soberana, fue el llamado: "Bosquejo o Plan-
General del Código Penal para el Estado de México", de 1831, que no alcanzó condición de ley; y un código, estrictamente hablando, lo constituyó el correspondiente-

al Estado de Veracruz, expedido el 5 de mayo de 1869.⁽²³⁾

En la capital del país se designó una comisión, - en 1862, para la redacción de un anteproyecto de código-penal, lo que se interrumpió por la intervención francesa durante el efímero imperio de Fernando Maximiliano - de Absburgo, período en el que el emperador puso en vigor el Código Penal francés. No obstante, en el año de 1868 vuelve a integrarse esa comisión que estuvo com- - puesta por los juristas Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz Montellano y Manuel M. - de Zamacona, quienes basándose en el código español, -- realizaron un proyecto que fue aprobado por el Poder Le- gislativo el 7 de diciembre de 1871, y que entró en vi- gor, como código, el 1 de abril del siguiente año, para el Distrito Federal y Territorio de Baja California en- materia común y para toda la República en la federal.⁽²⁴⁾ Ordenamiento legal que estuvo afiliado a los postulados de la Escuela Clásica, que tuvo vigencia hasta 1929.

Este cuerpo jurídico estaba formado por 1150 artículos, compuesto por un título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre la responsabi- lidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre- delitos en particular, y una última sobre faltas.

(23) Cfr. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Introducción al Derecho Mexicano. - Ed: UNAM., México, 1981, p. 447; y, VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 153

(24) Cfr. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ibidem; VILLALOBOS, Ignacio. Ibidem; y, CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 12

Como se expuso, este código punitivo se fundó en la escuela clásica, apoyada en la responsabilidad moral y el libre albedrío, mantuvo restringido el arbitrio judicial, incluyó atenuantes y agravantes, trazó los fundamentos del sistema penitenciario y estableció la libertad preparatoria (condicional), que con tal nombre pasaría a las leyes subsecuentes.

A propósito de este planteamiento, el licenciado Macedo, ⁽²⁵⁾ manifestó que la ley de 1871 pertenecía a la escuela clásica, metafísica por tratar el delito como entidad jurídica, basándose teóricamente en el dogma del libre albedrío; señaló que conforme a los fundamentos de esa escuela, no era posible llegar a un sistema, pues se intentaba en ella demostrar las conclusiones de la justicia y de utilidad de una manera puramente racional, a priori; en tanto que la utilidad sólo puede ser demostrada por métodos positivos; excusa, al licenciado Martínez de Castro, por haberse valido de observaciones "superficiales y rudimentarias, completamente empíricas".

Es durante el mandato del general Porfirio Díaz, en el año de 1903, que se designa una nueva comisión integrada por Miguel S. Macedo, Olivera Toro, Victoriano Pimentel, y después, también, por Joaquín Clausel, que fue sustituido por Jesús M. Aguilar; a efecto de que se

(25) VILLALOBOS, Igancio. Op. Cit. p. 156

realizara la revisión de la legislación penal y se pronunciaran las reformas convenientes; posteriormente se agregaron a ese grupo Julio García, Juan Pérez de León - y Manuel A. Mercado, en 1909; y en 1911 Manuel Castela-zo y Fuente, Carlos Trejo y Lerdo de Tejada.

Para el trabajo encomendado se tomaron en cuenta las diversas opiniones de Magistrados, Jueces, Agentes del Ministerio Público y Defensores de Oficio. El grupo logró terminar su encargo en el año de 1912; sin embargo, el proyecto de reforma careció de efectos prácticos, pues la nación se encontraba ya en la revolución.

En el contenido de ese proyecto, ⁽²⁶⁾ se encontra ba el propósito de perseguir las quiebras, sin esperar- a que el Juez del ramo civil haya hecho la calificación de las mismas; se critica la definición legal del deli- to, al analizar que no se infringe la ley sino "los - - principios que la forman" y porque "el término volunta- rio decía el licenciado Macedo hace muy confusa la defi- nición". En este proyecto se propone incluir, entre los encubridores a quienes habitualmente compren cosas roba- das y a quienes alguna vez las adquieran o las reciban- en prenda, sin tomar las precauciones debidas para cer- ciorarse de que la persona con quien contratan podía -- disponer de ellas; se amplía la reglamentación sobre la libertad preparatoria por advertir que en la práctica - no se observan sus requisitos ni hay patronatos para --

(26) Ibides.

ayuda de los reos liberados, ni vigilancia efectiva, -- convirtiéndose tal beneficio en una simple y segura reducción de las penas.

Se preconiza la creación de campamentos y colonias penales, talleres en la prisión y trabajo efectivo de los presos; la concesión de plazo y facilidades para pagar multas; la adición de medidas preventivas con la reclusión en establecimientos para la curación de alcohólicos; el establecimiento de la condena condicional y la creación de algunos tipos nuevos de infracciones.

En 1925 se integra otra comisión, compuesta por Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique O. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, -- quienes vieron consagrado su trabajo el 30 de septiembre de 1929, año en que fue expedido un nuevo código penal, bajo el régimen de Emilio Portes Gil, y que sólo -- rigió del 15 de septiembre de ese año, al 16 del mismo mes, del siguiente año.

Esta obra se inspiró en la Escuela Positiva; tenía al delincuente como preocupación central, se suprimió la pena de muerte y se estableció la elasticidad para la aplicación de las sanciones, señalándose mínimos y máximos para cada delito.

Posterior a la promulgación de la referida norma penal, José Almaraz, ⁽²⁷⁾ quien fungió como Presidente --

(27) VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 157

del Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social, en una aplicación a la labor desarrollada, manifestó su -- inconformidad con la escuela clásica, aduciendo que ésta se encontraba en completa bancarrota, y hace un estudio crítico de sus principios; ello en atención a que -- su anteproyecto lo fundó en la escuela positiva.

De esta ley quedaron algunos aciertos fundamentales, entre ellos: la decadencia del jurado, la reclamación oficiosa del resarcimiento del daño privado, la organización de la ejecución de las penas y algunas más.

El actual Código Penal para el Distrito Federal -- en materia del fuero común y para toda la República en la federal, inició su vigencia el 17 de septiembre de -- 1931, fue realizado por la comisión redactora integrada por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto G. Garza, José Angel Ceníceros, José López Lira y Carlos Angeles.

Confesadamente ecléctico y pragmático,⁽²⁸⁾ el nuevo texto quiso huir de cuestiones doctrinales, reducir el casuismo, ampliar el arbitrio judicial, favorecer la individualización de las sanciones y la eficaz reparación del daño y ejemplificar el procedimiento en otros extremos, así como dejar a los menores al margen de la función penal represiva, para someterlos a una política tutelar y educativa y establecer medidas sociales y económicas de previsión, etcétera.

(28) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. p. 447

El licenciado Alfonso Teja Zabre, (29) expresó en su exposición de motivos, que fue imposible seguir un sistema penal determinado, o doctrina alguna, pues sólo era dable adoptar una tendencia ecléctica y pragmática. La fórmula no hay delito sino delincuente, debía sustituirse por otra: no hay delincuentes sino hombres. La pena se justifica por distintos conceptos pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden.

Este ordenamiento penal ha sido modificado varias veces, en vista de las enormes diferencias del México de 1931 al actual; y aún cuando se han realizado proyectos (1949, 1958 y 1963) para un nuevo código, ninguno de estos ha llegado a tener vigencia.

Por su parte, el delito de abuso de confianza, tema del presente trabajo, durante la vigencia del código actual ha sido reformado en diversas ocasiones, como a continuación se transcribe:

"ARTICULO 382.- Se aplicará, prisión de tres días a seis años y multa de cinco a cinco mil pesos, al que con perjuicio de alguno, 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, liberación o transmisión de derecho,-

(29) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 13

o de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transferido la tenencia y no el dominio. Si el valor de la cosa de que se dispuso es mayor a veinte mil pesos - la prisión podrá ser hasta de doce años".

(D.O. publicado el 9 de marzo de 1946, p. 3).

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

"Si excede de esa cantidad pero no de veinte mil pesos, la prisión será de uno a seis años y la multa de quinientos a cinco mil pesos.

"Si el monto es mayor de veinte mil pesos, la -- prisión será de seis a doce años y la multa de cinco -- mil a diez mil pesos..."

(D.O. publicado el 15 de enero de 1951, p. 6).

"ARTICULO 382.- Al que con perjuicio de alguien -- disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena -- mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de dos mil pesos, cuando el monto del abuso no exceda de dos mil pesos. Si excede de esa cantidad, pero no de ochenta mil pesos, la prisión será de uno a seis años y la multa de dos mil a veinte mil pesos.

"Si el monto es mayor de ochenta mil pesos la --
prisión será de seis a doce años y multa de veinte mil-
a cuarenta mil pesos".

(D.O. publicado el 30 de diciembre de 1975).

Finalmente, previo a las reformas, publicadas en
el Diario Oficial de los días veintinueve de diciembre-
de 1981, trece y quince de enero de 1982, el delito de
abuso de confianza se encuentra contemplado en nuestra-
legislación penal vigente, de la siguiente manera:

"ARTICULO 382.- Al que, con perjuicio de alguien,
disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena -
mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y-
no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de 1-
año y multa hasta 100 veces el salario, cuando el monto
del abuso no exceda de 200 veces el salario.

"Si excede de esta cantidad, pero no de 2,000 la
prisión será de 1 a 6 años y la 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".

II. ASPECTOS DOCTRINARIOS

El delito de abuso de confianza, previsto y sancionado en el artículo 382, del Título Vigésimo segundo, Capítulo II, de nuestro Código Penal vigente, se encuentra clasificado dentro de los ilícitos en contra de las personas en su patrimonio; por ello, habrá que analizar, primeramente, lo que la doctrina entiende por patrimonio penal, para después pasar a los planteamientos que estudiosos del derecho han elaborado en relación al tipo penal en comento.

Sobre el patrimonio se han elaborado, fundamentalmente, dos conceptos, uno de carácter económico y el otro jurídico. Desde el punto de vista económico, se entiende como el conjunto de bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades y, en sentido jurídico, como el conjunto de relaciones jurídicas económicas valiables.

En la materia civil se le ha considerado como una universalidad de derechos y obligaciones, pecuniariamente apreciables, perteneciente a una persona. Comprende, por tanto, un activo y un pasivo. Penalmente, este concepto resulta inadecuado, pues únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito, no juega - -

el papel preponderante que pueda suponerse. (30) Es decir, la ley penal sanciona la conducta delictiva, y si bien es cierto que tratándose de delitos cometidos en contra de las personas en su patrimonio, se toma en cuenta el monto o la cantidad afectada por dicha conducta, también lo es, que esto sirve como parámetro al juzgador para imponer la pena correspondiente.

Jiménez Huerta, (31) subraya el diverso sentido y la mayor amplitud del término "patrimonio" en la disciplina punitiva, al expresar que la tutela penal, se proyecta "rectilíneamente" sobre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, alejándose por ello de la idea de patrimonio según el derecho privado, en tanto su mayor amplitud derivada del alcance penal, extendida a cosas que carecen de valor económico.

Cabe señalar, que no siempre ha sido utilizada la expresión "delitos contra el patrimonio" en las legislaciones penales, pues también en ocasiones se han denominado a los tipos penales que con características comunes se agrupan bajo tal género, "delitos contra la propiedad".

La primera denominación ha sido adoptada por aquellos que la consideran más conveniente por constituir un progreso técnico, ya que su contenido, más am-

(30) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial. Ed: Jurídica Mexicana, 2a. edición, México, 1964, - p. 11

(31) JIMENEZ HUERTA. Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op.Cit. - p. 12.

plio que el de propiedad, lleva a comprender a ciertos delitos que no protegen tal derecho real, sino otros diversos, aunque de la misma naturaleza.

Con relación al uso de una u otra denominación o terminología se han formado varias corrientes: (32)

a) La que defiende la expresión "delitos contra la propiedad", tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo, fundado en la tradición jurídico penal y alegándose que el concepto "propiedad" se usa, dentro de nuestra disciplina, con una connotación amplia, comprensiva de otros derechos reales como personas.

b) La que estima más adecuada la denominación "delitos contra el patrimonio", al expresar que se trata de un perfeccionamiento de técnica legislativa, ya que con ella se entiende empleada, en sentido lato, la palabra propiedad, puesto que se comprenden además otros derechos, como el de posesión, aún en su forma de simple tenencia, y los derechos reales en general.

c) La que desecha ambas por considerarlas inadecuadas e impropias; critica el término "propiedad", por considerar que incurre en una inexactitud terminológica, ya que no es la propiedad ni el sentido civil del término lo que constituye el bien jurídico violado con estas infracciones. Igualmente es criticable el uso de "con--

(32) Ibidem.

tra el patrimonio", por considerar que no resolvería, - tampoco de un modo definitivo la cuestión.

En relación al patrimonio dentro del derecho penal, existen también, diversos criterios:

a) Teoría de la identidad de la noción penal del patrimonio con la del Derecho Civil. Esta teoría, señala Maggiore, ⁽³³⁾ sostiene la identidad de las dos nociones y reconoce carácter exclusivamente sancionador al - Derecho Penal.

A este respecto, conviene mencionar la antigua - polémica sobre el carácter constitutivo o sancionador - del derecho penal. Se ha pretendido reconocerle carácter constitutivo en cuanto tiene "autonomía" con relación a otros derechos, por ser creador de normas mediante la determinación de los hechos punibles, en tanto la otra corriente le niega esa supuesta categoría, precisando su naturaleza sancionadora, lo cual no le resta - ni rango científico ni jerarquía jurídica.

b) Teoría de la autonomía del concepto del patrimonio en el derecho penal. En opinión de Maggiore es el más atendible, no sólo porque se ha comprobado inaceptable en sentido absoluto la concepción sancionadora del derecho penal, sino porque no siempre es posible transferir los conceptos civiles en la esfera, ya restringida ya más amplia, señalada por la necesidad de la tute-

(33) MAGGIORE. Derecho Penal. p. 3. Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. f. 11

la penal. En igual sentido se inclina Eugenio Cuello Ca-
lón, al afirmar que las necesidades de la adminis-
tración de justicia no permiten siempre la estricta obser-
vancia de los preceptos civiles, sino en ocasiones obli-
gan a reformarlos.

Por su parte, Jiménez Huerta,⁽³⁴⁾ al argumentar-
que el derecho penal persigue diversa finalidad que la
materia civil, precisa la orientación de la teoría en -
la influencia que dicha finalidad puede tener respecto
a la significación de un instituto referido en dos nor-
mas, una civil y la otra penal, para externar la opi-
nión de que tal problema no puede resolverse en forma -
general y excluyente sino en razón del caso concreto.

Los códigos mexicanos de 1871 y 1929 utilizaron
la denominación "Delitos contra la propiedad", pero el
actual de 1931, siguiendo la corriente moderna, utiliza
la de "Delitos en contra de las personas en su patrimo-
nio"; es pues, dentro de esta en la que encontramos -
clasificado al delito motivo de este trabajo.

Por otro lado, encontramos que la frase "abuso -
de confianza" puede tener en el derecho penal un doble-
significado: como circunstancia agravadora concurrente-
con cualquier delito y como delito típico especial que
lleva ese nombre.

(34) JIMENEZ HUERTA. Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit.
p. 14

De acuerdo a su primera significación, la agravante de abuso de confianza consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito; lo que no debe confundirse con el tipo especial, ya que esta circunstancia la reglamentó Martínez de Castro como una agravante en general en el artículo 405 del Código Penal de 1871, que dice: 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 procuró granjearse con ese fin. (35) -- Es claro que de la lectura de ese precepto se desprende, que no se trata de un ilícito específico, sino de una -- regla genérica para calificar determinadas conductas -- ilícitas.

En un significado restringido, el abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares. El mismo Martínez de Castro en su Exposición de Motivos del Código Penal antes mencionado, -- que introdujo la figura en nuestro derecho, la justifica en las siguientes palabras: "El abuso de confianza -- no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante, y la Comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un de-

(35) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Ed: Porrúa, S.A., 4a. edición, México, 1955, p.234.

lito especial, como lo han hecho el código francés y todos los posteriores, porque actualmente son delitos diversos el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, - sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio". (36)

Pero si actualmente el delito de abuso ha tomado en las leyes una fisonomía jurídica propia, diferenciada de los otros atentados patrimoniales, esto se logró a través de una secuencia histórica, que mencionaremos a grandes razgos, para un mejor entendimiento de su institución.

Se conoce que en la antigüedad no existió legalmente la distinción entre el *furtum* y el abuso de confianza, por atenderse a su rasgo común de apropiación - injusta del bien ajeno. Poco interesaba que el ilícito se realizara por la vía de la toma no consentida de la cosa o por el abuso de la posesión material. El derecho romano refería al *furtum* como la apropiación de una cosa, no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de-

(36)

Ibidem. p. 235

la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer.

En Francia, basándose en la tradición romana, se decía: "El robo no se comete solamente por la subtracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro" ⁽³⁷⁾ y, es hasta el año de 1791 cuando la ley francesa establece una incriminación especial para ciertas disposiciones de las cosas confiadas en depósito al autor, sancionándolas con la degradación cívica. Corresponde al Código napoleónico de 1810 la verdadera creación del delito.

La legislación italiana, llama al delito en cuestión "apropiación indebida", establece su prosecución - por querrela necesaria y dentro de él reglamenta, además de la apropiación de las cosas recibidas con obligación de restituir o hacer un uso determinado, el abuso de firma en blanco y las apropiaciones de cosas perdidas, o que han sido entregadas por error, o de tesoros.

En otras codificaciones, como la española y algunas latinoamericanas, mencionan entre las estafas y - - otros engaños al delito que cometen: "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 de devolver-

(37) NUYAR DE YOUGLANS. CIT. POS. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. p. 236

la, o negaren haberla recibido". (38)

La separación establecida por las modernas legislaciones entre el robo y el abuso se justifica por varias razones: desde el punto de vista del momento de la posesión, en el robo el ladrón la adquiere en el instante preciso de la consumación de su delito, o sea al tomar la cosa; este es un atentado en que se desposee a la víctima. En cambio, el abusario, antes de que ejecute el delito, tiene lícitamente la posesión; su infracción consiste en el abuso que hace de esa previa tenencia, disponiendo del bien. Este último delincuente cuenta con una circunstancia favorable y propicia, que no ha buscado, para realizar el ilícito; pues, la cosa se encuentra entre las manos del agente por un acto que implica convenio y obligación de restituir; no se hace de las cosas por la astucia o la violencia, y si más tarde la distrae, es cediendo a la ocasión proporcionada por la víctima.

Asimismo, el abuso se distingue del fraude en -- que el abusario obtiene la cosa lícitamente sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios; su actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición. El autor del fraude recibe la cosa como resultado de su engañosa actitud; su dolo es anterior a la posesión y es causa de ésta.

(38) Ibidem.

La ley punitiva de 1871, en su artículo 407, -- creó dentro del derecho mexicano el delito de abuso de confianza; el precepto, sucesivamente reformado por decreto de 24 de mayo de 1884 y 1896, quedó redactado así: El que fraudulentamente y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, -- en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato y otro de los que transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondrían si hubiere cometido en dichos casos un robo sin violencia. (39)

Miguel S. Macedo, (40) en su Exposición de Motivos a los Trabajos de Revisión del Código de 1871, manifiesta: "La Comisión estuvo conforme en principio, con la reforma de 1896; pero considerándolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no sólo los contratos, sino también 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, es de opinión de que en vez de decir: 'cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, --

(39) Ibidem. p. 238

(40) MACEDO S. Miguel. Cit Pos., GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. -- Cit. p. 238

mandato, depósito, alquiler, comodato y otro de los que no transfieren el dominio, expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: 'cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio', expresión más genérica, que comprende no sólo los contratos, sino también cualquier acto".

Los Códigos de 1929 y de 1931, con ligeras variantes, aceptaron la reforma propuesta en los trabajos de revisión; pero el último, después de otras tantas reformas, tipificó al delito como actualmente lo conocemos.

Para terminar este apartado, cabe señalar que -- los aspectos doctrinarios mencionados no son todos los referentes al abuso de confianza, pues la intención es tratar los faltantes en los diversos capítulos que integran el contenido básico de este trabajo.

III. CONCEPTO DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

El Código Penal vigente define el abuso de confianza en los siguientes términos:

"ARTICULO 382.- Al que, con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena -- mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará (...)"

Gramaticalmente abusar significa usar mal o indebidamente una cosa. Por confianza se entiende la esperanza firme que se tiene en una persona o cosa. Reuniendo ambos términos el Diccionario de la Academia Española, define el abuso de confianza como "la infidelidad - que consiste en burlar o perjudicar a otro que le ha dado crédito". (41)

Jurídicamente consiste en el aprovechamiento que hace el agente de una situación especial que tiene su origen en una confianza depositada que da mayores facilidades para cometer el delito.

De la conducta descrita en el numeral antes señalado, se desprenden como elementos: la disposición para sí o para otro; el perjuicio; cosa ajena mueble; que se haya transferido al agente la tenencia de esa cosa y no el dominio.

(41) VILLEGAS, Héctor B. "Análisis crítico de jurisprudencia". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. # 4 y 5, Ed: Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1963. p. 445.

La palabra abusar significa usar mal o con exceso algunas cosas; abuso es un uso indebido, excesivo o injusto; y abuso de confianza, mal uso que hace uno de la confianza depositada en él.

Por disponer se entiende, entre otras cosas, hacer lo que se quiere con una persona o cosa; tener posesión de: dispone de un automóvil. Por disposición facultad de disponer: tener la libre disposición de sus bienes.

Por disposición del bien se entiende el hecho de que su precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueña de él, obrando como si fuera propietario, sea para apropiárselo en forma ilícita, retención —disponer para sí—, o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona --disponer para otro—. Esos actos consisten siempre en la distracción de la cosa del fin para que fué entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa. (42)

Perjuicio (del latín perjudicium), se entiende como daño menoscabo, lesión o detrimento.

En el abuso de confianza el perjuicio o daño patrimonial a la víctima es corolario de la disposición indebida. Dicho daño consiste en la disminución que de-

(42) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. p. 239.

hecho sufre el ofendido en sus bienes o derechos por el acto de apropiación cometido por el protagonista del de lito.

Los ofendidos resentidores del perjuicio pueden ser los propietarios, los poseedores legítimos o cualesquiera personas que tengan derechos sobre la cosa dis--traída. El daño al patrimonio se percibe en el momento mismo en que, debido a la criminal maniobra sobre la co sa, no se logra su restitución o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella. (43)

Por cosa se entiende un objeto corporal sus--ceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico, sino documental o meramente moral o afectivo, las cosas pueden ser sólidas, líquidas o ga--seosas, sobre el fluido eléctrico, entendido como cosa - susceptible de apropiación. Es la realidad corpórea o - incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico. (44)

Se entiende también, como toda entidad material-individualizada y susceptible de detención, que tiene cualquier valor que la caracteriza con un bien patrimonial.

Jurídicamente es toda sustancia corporal, mate--rial, susceptible de ser aprehendida que tenga un valor cualquiera.

(43) Ibidem. p. 241

(44) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Ed: Porrúa, S.A., México, 1986 p. 835.

Ajeno (del latín *alius* otros). Que pertenece a otro; lo inherente a otra persona; lo no propio.

Mueble.- Que puede moverse; bienes muebles; cualquier objeto que sirve para la comodidad o el adorno de una cosa.

En virtud de que el código sustantivo penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en el fuero federal, no menciona lo que debe entenderse como bien mueble, se debe recurrir al ordenamiento civil, que hace referencia a los bienes inmuebles y a los muebles, pero hay que aclarar que no todos los bienes que considera como inmuebles lo son para el derecho penal en virtud de su naturaleza locomovil.

El artículo 750 del Código Civil, señala: "Son bienes inmuebles:

- "I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- "II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- "III. Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble, o del ob

jeto a él adherido;

- "IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros - objetos de ornamentación, colocados en edi ficios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos a la finca de un modo permanente al fundo;
- "V. Los palomares, colmenas, estanques de pe-- ces o criaderos análogos, cuando el propie tario los conserve con el propósito de man tenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;
- "VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la -- finca, directa o exclusivamente, a la indus tria o explotación de la misma;
- "VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan -- utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;
- "VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheri dos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;
- "IX. Los manantiales, estanques, aljibes y co- rrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sir--

van para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella.

"X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

"XI. Los diques y construcciones que, aún cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;

"XII. Los derechos reales sobre inmuebles;

"XIII. El material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas".

Del anterior numeral, se desprende que con excepción a las fracciones I, IX y XII, las demás son consideradas por el derecho penal como bienes muebles, en virtud de poder ser trasladados de un lugar a otro, por sí mismos o a consecuencia de una fuerza externa.

A continuación, se mencionan los diversos numerales del código en cita que señalan los bienes muebles:

"ARTÍCULO 752.- Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley".

"ARTICULO 753.- Son muebles por su naturaleza, - los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, - ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior".

"ARTICULO 754.- Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tiene por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal".

"ARTICULO 757.- Los materiales procedentes de - la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación".

En consecuencia debemos entender por cosa mueble, aquella que es mueble por naturaleza (transportable); - la que siendo mueble por naturaleza e inmueble por disposición de la ley, se convierte nuevamente en mueble, - al desincorporarla del mismo inmueble, y la que siendo inmueble, al desprenderse de éste por el apoderamiento se convierte en mueble.

En lo que respecta a la tenencia, ésta se refiere a la posesión de una cosa. La posesión que interesa al derecho penal tiene una significación mucho más comprensiva que en el derecho civil. En efecto, bastaría - simplemente considerar que no siendo propia la cosa del que la toma lo mismo da que su poseedor la tenga en virtud de un título o de una causa lícita o de una causa - ilícita, inclusive proveniente de un hecho delictuoso; -

de tal manera que el derecho penal no puede dejar desprotegida una posesión por el sólo hecho de que su origen sea precisamente delictivo. (45)

El abuso de confianza requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida previamente al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para el que fue remitido. Precisamente difiere el abuso de confianza del robo, por el hecho de que el abusario tiene de antemano la posesión material del bien; en cambio el ladrón, no tenedor de la cosa antes de su delito, va hacia ella, la toma, se hace de su posesión. (46)

Como consecuencia de lo expuesto, se puede entender por abuso de confianza, aquella conducta desleal, encaminada a disponer de una cosa ajena mueble, de la que un individuo es tenedor, ocasionándole al propietario o al que tiene derecho a recibir la cosa, un daño en su patrimonio.

(45) CARDONA ARIZMENDI, Enrique. "Consideraciones sobre la diferenciación entre los delitos de robo, abuso de confianza y fraude". Revista del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. # 10 y 11 -- Ed: Supremo Tribunal de Justicia, 1964-1965, p. 73

(46) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. p. 242

CAPITULO SEGUNDO. El Delito en General

I. Concepto de delito

II. Escuelas que estudian el delito

III. Teoría tetratómica

I. CONCEPTO DE DELITO

La noción del delito ha variado conforme a los momentos históricos, las áreas geográficas y la ideología de cada pueblo, de manera que es difícil establecer un concepto de honda raíz filosófica que tenga validez en cualquier momento y lugar. Múltiples definiciones se han elaborado de acuerdo con diversas corrientes doctrinarias que han respondido a situaciones y necesidades específicas.

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, Francisco Carrára, ⁽¹⁾ —principal exponente de la Escuela Clásica—, lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo -- del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Para Carrára el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vi--

(1) CARRARA, Francisco. Cit. Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Mexicano. Síntesis de Derecho Penal Parte General. Ed: Porrúa, S.A., 10a. edición, México, 1976, p.175

cio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos.

Como noción sociológica del delito, diremos que la Escuela positiva consideró al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre, resultado de factores hereditarios. Rafael Garófalo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad. "Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos, no obstante ser esa la material de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos, aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la vio

lación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad..."(2)

Las observaciones fundamentales que se hacen al concepto de delito natural suministrado por Garófalo, -estriban en que quedan fuera de ella algunas figuras de delictivas, a virtud de que existen otros sentimientos de piedad y probidad.(3)

Dentro de la legislación mexicana, tenemos que - el Código Penal de 1871 establece que "el delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda", es decir, no está indicando que se violan normas prohibitivas o -preceptivas.

Imponer el nombre de delito a todo lo que infringe la ley penal es, nos dice Frank, encerrarse en un -- círculo vicioso; esto es, decir que una acción punible o digna de castigo es la que castiga la ley: o lo que - es igual, decir que el opio hace dormir porque tiene la virtud de adormecer.(4)

El Código Penal de 1929 establece que el delito - es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

(2) Ibidem.

(3) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Ed: Porrúa, S.A., 3a. edición, México, 1967, p. 201

(4) Ibidem. p. 200

Ley punitiva de 1931, en el artículo 7°, preceptúa que el delito es el acto u omisión que sancionan -- las leyes penales. Y a este respecto, observan Cenicero y Garrido que "el capítulo relativo a la responsabilidad se encabeza con el artículo 7°, que define al delito --como el acto u omisión que sancionan las leyes penales--, pero en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al juez y -- ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir. (5)

Decir del delito, expresa Jiménez de Asúa, (6) -- que es un acto penado por la ley --como lo dispone el -- Código Penal español, el chileno y el mexicano--, y aún -- añadir que es la negación del derecho, supone hacer un juicio a posteriori, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido.

Por su parte, Ignacio Villalobos dice: "Estar -- sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo -- definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No -- conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten -- el carácter de mera faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos (...)" --

(5) Ibidem. p. 200

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis. El Criminalista IV. Cit. Pos. PORTE PETIT-CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 200

Por lo demás, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales". (7)

El proyecto de Código Penal de 1979, para el Estado de Veracruz no incluye la definición del delito, postura que sigue el Nuevo Código Penal veracruzano, y el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, de 1983.

El Código de Guanajuato en el artículo 11, establece que el delito es la conducta típica antijurídica, imputable, culpable y punible, expresándose en la Exposición de Motivos, que "se decidió dar una definición del delito, destacando sus elementos esenciales o características conceptuales, con el deliberado propósito de establecer con esta base una ordenación sistemática de los preceptos del Código". (8)

En México, ha sido un punto discutido y casi uníforme resuelto sobre si debe o no definirse el delito. Arilla Bas, (9) se pronuncia por la no definición del delito, cuando dice que "en realidad, definiciones de esta clase, generalmente tautológicas, no son necesarias-

(7) VILLALOBOS, Ignacio. Cit Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 133

(8) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 200

(9) Ídem

en los códigos."

Se ha tratado de construir un concepto filosófico del delito sin éxito alguno, en cuanto que esta concepción, se apoya en la "idea de fijeza y universalidad", lo cual es inaceptable.

Dentro de una conceptualización jurídica del delito, tenemos lo siguiente: "Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la 'voluntad' y los 'móviles egoístas y antisociales', como expresión formal y como criterio material sobre la culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies"⁽¹⁰⁾

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter

(10) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 128

substantial, algunas de las cuales señalaremos. (11)

Para varios autores, la verdadera noción formal-del delito la suministra la ley positiva mediante la -- amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de -- ciertos actos, pues formalmente hablando, --expresan-- el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito, (*nullum crimen sine lege*).

En atención a una noción jurídico-substantial, se dice que las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-substantial, al expresar -- que el delito es la acción típicamente antijurídica y -- culpable.

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica culpable y punible. Por su parte Jiménez de Asúa, textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones -- objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad. (12)

A lo anterior, cabe señalar que dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-

(11) Ibidem pp. 128-129

(12) Ibidem.

esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico, de los cuales nos encargaremos en el siguiente apartado.

Finalmente Osorio y Nieto, entiende al delito --con base en la definición legal--, como la conducta sancionada por las leyes penales expedidas con el objeto de proteger los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad. (13)

(13) OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis del Derecho Penal. Parte General. Ed: Trillas, S.A. de C.V. México, 1984, p. 43

II. ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

Los clásicos trataron de construir una teoría -- del delito, paralela a la civilista del acto jurídico;-- considerándolo como ente jurídico que tiene características y elementos propios, especies y circunstancias diversas; el delincuente es el elemento subjetivo del delito, la pena, su consecuencia jurídica. La escuela alemana moderna se ajusta a ella utilizando sus conceptos; el positivismo, pretendiendo desplazar al delito para -- colocar al delincuente como centro y meollo de todo el fenómeno jurídico penal, ha tenido que enmarcar sus teorías dentro de las técnicas clásicas, atribuyendo una -- influencia jurídica al concepto de peligrosidad, pero -- pasando este concepto bajo la forma de figuras delictivas.

Los positivistas italianos buscan el fundamento del delito en las raíces mismas del alma humana y de la sociedad. La teoría del delito natural es desarrollada por Garófalo, quien lo define como "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas a la colectividad".⁽¹⁴⁾ A lo que Ferri objeta que la piedad y la

(14) ABARCA, Ricardo. "El Derecho Penal en México". Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Ed: Jus, México, 1941, p. 122

probidad no son los únicos sentimientos cuya violación-constituye delito natural, sino también el sentimiento-del poder, de la religión del patriotismo; que debe añadirse el móvil antisocial a la definición del delito:- Ferri concluye que el delito natural viola el mini--mun de ética social, pero que este concepto no es suficiente para comprender también el delito como violación del minimun de disciplina social expresado por la ley,-de manera que puede ser un ilícito moral y un ilícito -jurídico, pero baste que sea esto último, para que esté sancionado con una pena. (15)

Actualmente, los doctrinarios para conocer la --composición y realizar un estudio jurídico esencial del delito, han recurrido principalmente a dos sistemas: a) totalizador o unitario; y, b) analítico, atomizador o -parcial; cuyas características a continuación se señaa--lan:

a).- Los unitarios consideran al delito como un-bloque monolítico, el que puede presentar aspectos di--versos pero que no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico; presentándose de acuerdo con Bettiol, como "una entidad que no se deja escindir-(dividir) en elementos diversos (...) su verdadera esenucia, la realidad del delito no está en cada uno de sus-componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el-

(15) Ibidem.

todo y en su intrínseca unidad; sólo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero -- significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánica homogénea". (16)

b).- La concepción analítica estudia el delito - desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en su conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. (17) Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, se precisa el conocimiento cabal de - sus partes; ello implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad: Ya Francisco Carrára hablaba del ilícito como de una disonancia armónica; -- por ende al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica.

Martínez Liconá ha dicho que "si el método unitario o sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cabe en sus elementos, tan hondamente como sea

(16) BETTIOL, Cit. Pos. PORTE PETTIT CANDAUDAP, Celestino Op. Cit.- 3a. edición, p. 241

(17) PORTE PETTIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 241

posible, para separarlos conceptualmente, incurre en -- una limitación semejante, bien de que signo contrario, -- a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidar a la gran síntesis funcional que el concepto implica"⁽¹⁸⁾.

También dentro del estudio del delito, nos encontramos con aquella corriente que los trata como estructura, basándose en que debe ser conocido en su unidad, -- por comprensión, sin perjuicio de complementar este procedimiento mediante el análisis, sin olvidar el carácter estructural del delito ni la fundamentación unitaria de sentido que envuelve el todo y sus partes y que hace, precisamente, que el todo sea un todo y las partes, de dicho todo.

A esta concepción se le han hecho severas críticas, entre otros por Jiménez de Asúa y Del Rosal. Este último considera que la concepción del delito como estructura, a modo de derivación jurídico penal de la llamada corriente egológica del derecho, no se trata más -- que de un intento de superación del formalismo kelseniano a través de una buena dosis de vitalismo. Y por su parte Jiménez de Asúa, observa que los ególogos* dan --

(18) Ibidem.

* A este respecto, señala el mismo autor, que el único penalista que le queda a la egología es Aftalión, quien confunde el tecnicismo jurídico, con la dogmática jurídica y que en realidad, los aficionados a tal corriente que cultivan la llamada Escuela ius-filosófica-argentina, han optado por otras ramas del derecho y han adjurado del egologismo. Ahora los jóvenes penalistas argentinos están, casi sin excepción adscritos al cultivo de la auténtica dogmática y más curioso resulta para nuestro autor el que como máxima novedad egológica se diga que los "conceptos jurídicos fundamentales" son el "hecho ilícito", --al que también llaman "entuerto", con una hermosa -- palabra que no han descubierto ellos, ciertamente-- y la sanción -- vago vocablo que tampoco es suyo y que usaron con ese sentido genérico de medios de defensa social los positivistas italianos--. Lo cierto es que desde la época en que empezó a construirse el derecho penal se afirmó que sus elementos eran: el delito y la pena.

muestra de un extremismo que nadie ha manifestado en el campo penal, destruyendo los caracteres del delito con una terquedad digna de mejor causa. (19)

Para Cavallo, (20) el delito debe ser estudiado - desde los puntos de vista orgánico general, anatómico y funcional; es decir, es obligado estudiarlo antes en su unidad, analíticamente en cada una de las notas o elementos que la componen y; por último, en la organización de éstos en las variadas formas a través de las -- cuales puede presentarse, debiendo ser estudiado por -- tanto, desde los siguientes puntos de vista, imprescindibles y recíprocamente integrados: unitario, analítico y sintético.

En relación a la concepción analítica y en cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterios, mientras unos especialistas señalan un número, otros los configuran con más elementos; surgen así las concepciones dicotómicas o bitómica, tritómica o triédica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica; todas ellas encaminadas a estructurar al delito. Así pues, para unos el delito es la acción típica, antijurídica y culpable; para -- otros es la acción humana antijurídica, típica; el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a una san--

(19) Ibidem.

(20) Ibidem.

ción penal; y para algunos más, es una acción típica, -
contraria a derecho, culpable, sancionada con una pena-
adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la
penalidad.

III. TEORIA TETRATOMICA

La concepción analítica, que distingue que en el delito los elementos acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es obra de la doctrina alemana, representada en su primera etapa por Beling y Von Liszt, y posteriormente, innovada por Mezger, quien elabora una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

"Acción es causación voluntaria del resultado a través de un hacer o un omitir".⁽²¹⁾ La existencia del delito requiere de varios elementos, dentro de los cuales podemos mencionar: una acción en sentido amplio, -- comprensiva del hacer positivo (acción en sentido estricto) y del no hacer (omisión). Ni los pensamientos -- del hombre, ni su carácter, ni su conducta vital en la sociedad pueden constituir por sí mismos delitos. Sólo las acciones humanas.

La acción y la omisión constituyen dos formas de exteriorizarse de la voluntad, o dos especies de un género que es la conducta o actuación del hombre en el mundo que lo rodea, por ello resulta claro que pueden --

(21) SAVER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Vol. 1, Ed: -- Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 48.

comprenderse en el término genérico "acto humano", una actuación del hombre o una conducta humana. (22)

Ahora bien, en virtud de las exigencias dimanantes del principio de legalidad, la ley ha de describir, mediante el correspondiente proceso de tipificación, -- las acciones que prohíbe bajo pena. Para que una acción pueda ser enjuiciada como delito, será preciso, en consecuencia, que coincida con una de las descritas en la ley penal; es decir, que sea típica. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

La antijuridicidad es la contradicción con el ordenamiento jurídico (antilegalidad), contrariedad a derecho; es por tanto, una característica esencial del delito. Si una acción está permitida por el derecho, no puede ser lógicamente castigada por el propio ordenamiento. En la antijuridicidad radica el juicio de desvalor que el mismo ordenamiento pronuncia sobre la acción.

La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Ignacio Villalobos, (23) manifiesta que la antijuridicidad y la tipicidad no son elementos autónomos, sino que los tipos son la descripción de los actos que se consideran delictuosos; tienen como función señalar aquellos actos injustos o antijurídicos que ameritan la

(22) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed: Porrúa, S.A., -- 2a. edición, México, 1968, p. 202

(23) Ibidem.

sanción penal; la tipicidad es una forma de determinación de lo antijurídico, relevante para el derecho penal.

Por cuanto a la culpabilidad, se entiende como el conocer o deber conocer reprochable de la antijuridicidad. En la culpabilidad radica el juicio de desvalor que el ordenamiento jurídico pronuncia sobre el autor. Se le reprocha personalmente que haya ejecutado la acción injusta cuando debía y podía omitirla, es decir, que haya obrado contra el derecho cuando pudo y debió obrar conforme a él. Este juicio personal de reproche puede resultar desplazado por diversos factores. Por ejemplo, incapacidad del sujeto para comprender el significado de su acción o para actuar conforme a sentido (menor de edad, enajenado).⁽²⁴⁾

Dentro de la teoría a estudio, no se incluyen la imputabilidad, punibilidad y causas objetivas de punibilidad como elementos esenciales del delito, por las siguientes consideraciones:

La imputabilidad, que no es otra cosa que la capacidad de obrar con responsabilidad, no es un elemento nuevo que deba mencionarse necesariamente, sino sólo un presupuesto de la culpabilidad, y como tal, queda incluida en ese factor, es decir, para que un sujeto sea-

(24) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzálo. Derecho Penal. Parte General. Ed: Cívitas, S.A., Madrid, 1978, p. 195

culpable necesita ser imputable, esto es, que tenga la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. La punibilidad y la pena no son lo mismo; punibilidad es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual por su naturaleza típica, antijurídica y cultural, amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio, es castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito. Así pues, una actividad (u omisión) humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sanciona penalmente.⁽²⁵⁾ El acto o la omisión se le tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente; es decir, con conocimiento y voluntad, más no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles.

"La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir al delito, es algo externo al mismo y, dado los sistemas de re

(25) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 130

presión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto - es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre-justicia retributiva, suena lógico decir que el delito- es punible, pero esto no significa que la punibilidad - forma parte del delito; como no es parte de la enferme- dad el uso de una determinada medicina, ni el delito de de jaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. (26)

"Un delito es punible por antijurídico y por cul pable. El hombre que obra contra la sociedad por egoís- mo y culpablemente, merece el reproche y la sanción". (27)

Finalmente, quienes consideran que la punibili- dad es elemento esencial y constitutivo del delito, han sentido la necesidad de encajar en la misma estructu- ras condiciones objetivas de punibilidad, no obstante - convenir en que tales condiciones sólo se dan en algu- nos delitos y por tanto, no pueden referirse a la esen- cia común de todos ellos, (esencia es necesidad; es no- poder faltar en un sólo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella). Por lo mismo tener co- mo esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en delitos, sólo se ex- plica como efecto de un perjuicio arraigado.

Toda vez que se han señalado las características de los componentes que integran la concepción tetratómi

(26) VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 204

(27) Ibidem. p. 206

ca, así como el por qué la imputabilidad, punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad no pueden ser consideradas como partes esenciales del delito; cabe se ñalar que en el capítulo siguiente se desarrollarán los elementos de esta concepción para su mejor entendimiento.

**CAPITULO TERCERO. ELEMENTOS DEL DELITO
DE ABUSO DE CONFIANZA**

- I. Conducta
 - A. Concepto
 - B. Sujeto Activo
 - C. Sujeto Pasivo
 - D. Acción
 - E. Omisión
 - F. Ausencia de Conducta

- II. Tipicidad
 - A. Concepto de tipo y tipicidad
 - B. Elementos del tipo
 - C. Atipicidad

- III. Antijuridicidad
 - A. Concepto
 - B. Causas de justificación

- IV. Culpabilidad
 - A. Concepto
 - B. Inculpabilidad

I. CONDUCTA

A. Concepto

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, el maestro Castellanos Tena define la conducta como "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".⁽¹⁾

El mismo autor menciona que el delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: actos, - acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa, explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción comprensiva -- del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión". Pero dentro del concepto conducta pueden comprenderse - la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y - el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Pettit, menciona que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, - elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. En apoyo a este punto de vista, cita las opiniones de Cavallo y Battaglini; para el primero, el hecho "en sentido técnico, es el conjunto de los elementos ma

(1) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Mexicano. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Ed: Porrúa, - S.A., 10a. edición, México, 1976, p. 20

teriales del mismo que realiza la lesión, el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho "en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado".⁽²⁾

Según esta concepción, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una omisión), y otras veces el hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; y de hecho, cuando el delito es de resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material.

Por otro lado, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, indudablemente, del actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho; también los fenómenos naturales son hechos.

Para expresar el elemento material del delito, se emplean los términos acción, acto o conducta principalmente. Primeramente, diremos que tanto el acto y la

(2) PORTE PETIT CANDUNAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed: Porrúa, S.A., 12a. edición, México, - - 1989, p. 229

acción, implican únicamente un hacer, y por tanto, no puede comprender a la omisión, que constituye lo contrario a aquél. La palabra acción, expresa Ferre Sama, ha sido criticada y no sin motivo, en el sentido de que al tener que utilizar la misma palabra como concepto específico frente a la omisión, resultan repetidos los términos genérico uno y específico el otro, evitándose con el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse la acción, de las expresiones "comisión" y "omisión", las cuales por otra parte, hacen que adquiera precisión y claridad el término de delitos de comisión por omisión.

La expresión acción no es la adecuada, porque no contiene o abarca la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento y la omisión, todo lo contrario: inactividad.

Por lo anterior, algunos autores al definir acción, inmediatamente refieren que en sentido amplio es la "exteriorización de la personalidad de su autor" que se manifiesta, en forma positiva, por un movimiento corporal que produce o tiende a producir un cambio en el mundo externo (acción en sentido estricto), o en forma negativa mediante una inacción (omisión).⁽³⁾ Otros dicen que la acción es el acto voluntario trascendente al mundo exterior; la conducta activa o pasiva revelado

(3) LABATUD GLENA, Gustavo. Derecho Penal. T.I. Ed: Jurídica de Chile, 7a. edición, Chile, 1976, p. 77.

ra de un querer y dañosa o peligrosa para un interés jurídico concreto.

Un hecho, para constituir delito, tiene que manifestarse en el mundo objetivo, de manera que en éste el delincuente procure realizar aquello que la norma no quiere que ocurra. Por ello, todos los delitos constituyen un tipo de acción, ya que la acción es el único modo por el cual el hombre puede modificar el mundo externo. Es característica del concepto moderno de delito esta exigencia de exterioridad.⁽⁴⁾ La acción en amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado.

Como se desprende del contenido de las anteriores definiciones, al mencionar la acción en sentido amplio, en realidad se refieren a la conducta, misma que ya hemos definido, en sus aspectos positivos o negativos, o lo que es lo mismo en sus modalidades que son la acción y la omisión.

La conducta en el delito de abuso de confianza que refiere el artículo 382 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en el fuero federal, consiste en la disposición para sí o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio.

(4) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General T.I. Vol. I, -revisado por Terán Camargo Hernández. Ed: Bosch Casa Cultural, -- 18a. edición, Barcelona, 1980 p. 344.

La palabra disposición, es equivalente a apropiación, usada comunmente en legislaciones extranjeras y como tal acto expresa la actividad típica y determina el momento consumativo, se ha tratado de precisar su al cance, existiendo al respecto dos corrientes: a) La que estima que el delito se integra cuando el sujeto dispone o se apropia de la cosa, por cuanto realiza en ella actos de dominio; y, b) Cuando el sujeto invierte la co sa: **Crimen reversionis.** (5)

La postura de nuestra ley es acertada cuando pre ceptúa que se dispongan para sí o para otro, porque -- acoge la doctrina correcta rechazando aquella fundada en la inversión de la cosa.

Tanto la disposición o apropiación como la inver sión suponen la tenencia de la cosa mediante un acto vo luntario; la entrega de la cosa debe implicar el ánimo de despojarse de la posesión y mientras la disposición constituye un concepto de mayor amplitud que la inver sión, dado que cuando una persona dispone de la cosa la invierte, no siempre que hay inversión se dispone de -- ella.

En relación al momento de la consumación del delito a estudio, existen dos precedentes, (6) Sin llegar a formar jurisprudencia, que dicen:

- (5) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Ed: Jurídica Mexicana, 2a. edición, México, 1964, p. 115
- (6) Tesis No. 2 y 3, relacionados con la jurisprudencia No. 3, visibles a fojas No. 3, Segunda Parte, del Último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1988.

"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 e independientemente de cualquier circunstancia y suponiendo que el delito hubiera quedado reparado, por la circunstancia de que el ofendido adeudara al acusado una cantidad que compensaba el importe de que aquel dispuso, eso sólo influiría al tiempo de dictarse sentencia, es la parte correspondiente a la reparación - del daño proveniente del delito, salvo que hubiera coincidido con el desistimiento expreso del perjudicado".

"ABUSO DE CONFIANZA. DELITO DE. No obsta 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 infrac - tor en todo caso, de las acciones correspondientes para - hacer efectivo el crédito".

El abuso de confianza es un delito esencialmente de acto único, por no permitir la actividad típica fraccionamiento en varios actos, teniendo por ello naturaleza unisubsistente, aun cuando excepcionalmente, existien - do pluralidad de disposiciones unidas por la misma inten - sión y la misma lesión jurídica (delito continuado) pue - da admitirse su carácter plurisubsistente. También se --

trata de un delito instantáneo porque la consumación tiene lugar en el instante mismo en que el agente dispone, para sí o para otro, con perjuicio de alguien, de la cosa ajena mueble.

B. Sujeto Activo

Sólo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal el hombre, único posible sujeto activo de un delito; no puede atribuirse conducta delictiva a animales o cosas inanimadas, pues es la conducta humana la que -- tiene relevancia para el derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, por tratarse del único capaz de voluntariedad.

En relación a las personas jurídicas colectivas, éstas no pueden ser consideradas como activos del delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del ilícito. Estas entidades, obviamente, no pueden ser autoras de delitos, por ser meras concepciones jurídicas, por tanto, si a simple vista pareciera que una persona moral incurrió en un ilícito, se debe indagar qué persona física perteneciente a ella realizó la conducta delictiva. Tal es el caso del problema relativo a los fraudes cometidos por diversas casas de bolsa, en donde después de investigar quienes -- (personas físicas) habían sido los autores de esas acciones, se les fincó responsabilidad y no así a los entes -- jurídicos.

En atención a lo anterior y a lo señalado por el artículo 382 del Código Penal Vigente, podemos decir que sólo pueden ser sujetos activos del abuso de confianza, --

quienes previa tenencia de la cosa, en razón de un título legal, realizan la actividad dispositiva de la misma. Los sujetos que disponen de la cosa sin tener la tenencia de ella cometen el delito de robo, pero nunca el -- abuso de confianza.

Raúl F. Cárdenas, ⁽⁷⁾ señala que en el activo, se requiere los siguientes supuestos:

- a) Que tenga legítimamente la tenencia o posesión de la cosa; y,
- b) Que la tenencia o posesión de la cosa la tenga precisamente en el momento de la disposición.

Debe mencionarse, que la ley penal con respecto a este delito no exige calidad especial del sujeto activo, sólo ser tenedor de la cosa mueble.

(7) CARDENAS, Raúl F. Revista de Investigaciones jurídicas. "El Abuso de Confianza", Ed: Escuela Libre de Derecho, año 11, No. 2, México, 1978, p. 45

C. Sujeto Pasivo

De acuerdo a la teoría más aceptada y racional, - la designación de sujeto pasivo es para el titular del bien o interés jurídicamente protegido por la ley, y es agredido por el agente, lesionándolo o exponiéndolo a peligro.

De forma semejante define castellanos Tena⁽⁸⁾ al sujeto pasivo, diciendo que es el titular del derecho -- violado por el delincuente, pero agrega, que el pasivo - del delito es siempre también la comunidad, pues indudablemente el ilícito penal quebranta la armonía social, - mas como la sociedad es representada, a no dudarlo, por el Estado mismo, éste es el sujeto de atribución del derecho penal frente al delincuente, trastornador del orden público, quien adquiere el carácter de sujeto de imposición de la norma punitiva.

En cuanto a la distinción del sujeto pasivo y del sujeto ofendido, el primero es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, mientras que el segundo es la persona que sufre en forma indirecta los - efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de que no haya esta concurrencia, como sucede en el homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de éste -

(8) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 152

vienen a ser ofendidos. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

En relación al delito en estudio, el sujeto pasivo lo será, la mayoría de los casos, el que confió y entregó la cosa, bien sea el propietario o aquél a quien se estaba obligado a devolverla "si era titular del derecho de propiedad". No obstante, hay casos en que el sujeto pasivo no es precisamente quien entregó la cosa sino un tercero. Maggiore ⁽⁹⁾ cita el ejemplo del que entrega a otro una suma de dinero con el encargo de conservarla y devolverla después de su propia muerte a una tercera persona que es propietaria de parte de ese dinero.

De acuerdo con nuestro código, es indudable que el sujeto pasivo de la infracción, es quien resiente el perjuicio, que bien puede ser el dueño, quien entregó la cosa a un tercero, en los términos del artículo 382, el que es claro al respecto, al acuñar la siguiente frase: "al que con perjuicio de alguien".

Hay que mencionar, que las personas morales o jurídicas, en este caso, sí pueden ser sujeto pasivo, toda vez que al tratarse de un ilícito en contra del patrimonio, cualquier ente jurídico colectivo, debido a la conducta descrita en numeral arriba señalado, puede resentir el perjuicio y, por ello, proceder en contra de ese acto.

(9) MAGGIORE. Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 119

En conclusión, el sujeto pasivo en el delito de -
abuso de confianza es la persona (física o moral) que re-
siente el perjuicio ocasionado por la conducta del acti-
vo al haber dispuesto de la cosa mueble ajena (no propia
del protagonista del delito), de la que le fue otorgada
su tenencia.

D. Acción

La acción es una de las formas de la conducta, -- constituyendo por tanto, una de las especies del género: conducta. La acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un "tipo de prohibición". (10)

La acción, *strictu sensu*, es todo hecho humano voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Galón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio-Florian, la acción es un movimiento del cuerpo humano, - que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible. (11)

La acción es el acto voluntario transcendente al mundo exterior; la conducta activa o pasiva reveladora - de un querer y dañosa o peligrosa para un interés jurídico concreto.

(10) PORTE PETIT CANDUDAP, Celestino. *Op. Cit.* p. 235

(11) CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales...* p. 152

En relación a la acción, se puede decir que es la exteriorización de la voluntad, y con ello pensamos que sintetizamos una noción exacta y categóricamente cierta, de lo que conceptuamos que es, movilización animadamente dirigida a. Bettiol, sin enrolarse en la corriente finalista, acepta no poder definir la acción sin la connotación finalista que la inspira y dice: El ser humano se moviliza en función de fines; o, lo que es lo mismo, si se exterioriza una voluntad, un querer (querer interno, lo llama Soler), aquélla o éste no pueden ser independientes del ser hacia un fin, hacia una meta, o sea, hacia su razón sustancial de ser.

La acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana. Los elementos componentes de la acción, sin entrar en intrínsecos problemas doctrinarios, podemos decir que son: el acto de voluntad corporal, el resultado y el nexo causal. (12)

El resultado material es efecto causado por un delito y que es preceptible a través de los sentidos.

El nexo causal es la vinculación estrecha, ineludible, indispensable entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa - efecto.

(12) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General Ed: Trillas, S.A. de C.V., México, 1964, p. 119.

Para la existencia de la acción no es indispensable, desde el punto de vista jurídico penal, la efectiva realización de un cambio en el mundo exterior, es suficiente la posibilidad de que sobrevenga, y así se explica que queden sujetos a sanción no sólo los delitos consumados, sino también la tentativa y el delito frustrado. Tampoco es indispensable que el agente la ejecute mediante su propio esfuerzo corporal, pues lo mismo da que para la producción del resultado se valga de fuerzas o - - energías que él ponga en movimiento. Por ejemplo, azuzando a un perro para que muerda a alguien.

Un hecho, para constituir delito, tiene que manifestarse en el mundo objetivo, de manera que en éste, el delincuente procure realizar aquello que la norma - - quiere que ocurra. Por ello, todos los delitos constituyen un tipo de acción, ya que la acción es el único modo por el cual el hombre puede modificar el mundo externo.⁽¹³⁾

En el delito de abuso de confianza, la pauta nos la da - el término disposición, lo que implica una actividad por parte del agente, es decir, que el sujeto activo realiza su conducta delictiva mediante la disposición que hace - de la cosa ajena mueble de la cual le fue otorgada la tenencia y no el dominio, expresando su conducta en el plano material y provocando con esto, un perjuicio al suje-

(13) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. II. Ed: La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1945, p. 165

to pasivo. Cabe mencionar, que a más de que con posterioridad se vuelva a señalar, en este tipo de delitos, no se da la omisión, pues resulta ilógico que se pueda disponer mediante un no hacer.

E. Omisión

La omisión, es aquella conducta consistente en -- una inactividad en un no hacer de carácter voluntario.

Radica en un abstenerse de obrar, simplemente es una abstención; dejar de hacer lo que se debe ejecutar. -- La omisión es una forma negativa de la acción, o su contraparte. De acuerdo con Cuello Calón, la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para Sebastián Soler, ⁽¹⁴⁾ el delincuente puede violar la ley sin -- que un sólo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.

Dentro de este tipo de conducta se distingue la -- la omisión simple y la comisión por omisión.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, sus elementos -- son: voluntad o no voluntad, inactividad o no hacer, deber jurídico de obrar, y resultado típico. ⁽¹⁵⁾

Se afirma la existencia de delitos de omisión de resultado, los cuales existen, expresa Grispigni, ⁽¹⁶⁾ -- cuando en el tipo se contienen órdenes de resultado, -- cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico. Precisamente la no verifi

(14) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 152

(15) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 305

(16) GRISPIGNI, Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed: Porrúa, S.A., 2a. edición, México, 1967, -- p. 206

cación de tal resultado configura el delito y en esa virtud, la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento.

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. Existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y una prohibitiva.

Los delitos de comisión por omisión, consisten en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar, y más concretamente en la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer. El deber de obrar puede provenir de una norma jurídica (de carácter público o privado).⁽¹⁷⁾

Como quedó asentado con anterioridad, el ilícito previsto en el numeral 382 de nuestro código punitivo, no puede realizarse a través de una omisión (en cualquier

(17) CUELLO CALON, Eugenio. Op. Cit. p. 348

ra de sus dos modalidades), por requerir necesariamente de una acción para realizar la disposición de la cosa.

F. Ausencia de Conducta

La ausencia de conducta es el aspecto negativo — del elemento conducta. En ocasiones, un sujeto puede realizar una acción con apariencia delictuosa, pero ésta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, — tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la — energía de la naturaleza o animales, el hipnotismo y el — sonambulismo. (18)

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el — legislador.

Sin entrar en las discusiones doctrinarias sobre cuáles y cuántos son los casos de ausencia de conducta, — por nuestra parte consideramos como tales la fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, fuerza física — mayor o vis mayor, el sueño, el sonambulismo y los actos o movimientos reflejos.

Se entiende por vis absoluta⁽¹⁹⁾ la que constriñe directa y materialmente al individuo, anulando por completo su voluntad, a la ejecución de un hecho delictuoso, o le impide realizar un acto positivo cuya omisión le aca-

(18) OSORIO Y NIETO, César. *Op. Cit.* p. 56

(19) LABATUD GLENA, Gustavo. *Op. Cit.* p. 80

rearraría responsabilidad criminal. Puede concurrir tanto en la comisión como en la omisión, siendo más frecuente esta última.

El maestro Porte Petit, ⁽²⁰⁾ en igual sentido, menciona que se entiende por fuerza física irresistible o vis absoluta cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible.

De todo lo anterior, se puede resumir: que una conducta humana producida mediante fuerza física irresistible no es voluntaria, por ello, la vis absoluta implica la ausencia del coeficiente psíquico (voluntad), en la actividad o inactividad, de forma tal que la manifestación meramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión jurídicamente relevantes.

La Suprema Corte de Justicia nos dice que por fuerza física irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar. ⁽²¹⁾

En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constuir una conducta por faltar uno de sus elementos: la voluntad.

Por cuanto hace a la vis mayor, por ésta debe entenderse la realización de una actividad o una inactividad (por un sujeto), por una fuerza irresistible subhumana. ⁽²²⁾ A la fuerza física mayor se le ha considerado-

(20) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 322

(21) Ibidem.

(22) Ibidem. p. 324

como causa suprallegal (al igual que los actos reflejos). por no estar expresamente destacada en la ley, pero pueden operar porque su presencia demuestra la falta de elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta.

Es la actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales.

El sueño es un estado de inconciencia que acarrea la irresponsabilidad, a menos que las consecuencias dañosas sean imputables a culpa del sujeto, como sería el caso de la madre, que conociendo su sueño agitado, duerme con la criatura en el mismo lecho y le ocasiona la muerte por aplastamiento o asfixia.⁽²³⁾ El que está dormido no tiene dominio sobre su voluntad. El durmiente puede ser responsable de un delito culposo, cuando no previó lo que era previsible o previendo el resultado tuvo la esperanza de que no se realizara.

El sonambulismo es un estado de sueño anormal con aptitud para la ejecución de actos de la vida de relación perfectamente coordinados, de suerte que aparecen realizados en estado de vigilia, y con pérdida al desper

(23) LABATUD GLENA, Gustavo. Op. Cit. p. 82

tar del recuerdo de lo ocurrido, que a lo sumo se considera un sueño. (24)

Los posibles actos delictuosos del sonámbulo, así como los ejecutados en estado de sueño normal, a parte de quedar al margen del derecho penal por falta de acción al carecer de voluntad, manifiestan la ausencia de conducta. Sin embargo, cuando el sujeto conoce su estado y no prevé lo previsible y evitable, o habiéndolo previsto haber abrigado la esperanza de que no ocurriría, el resultado puede serle imputado a título de culpa.

El hipnotismo es un sonambulismo provocado. Se dice que en estado sonambólico el sujeto se somete a la voluntad del sugestionador y ejecuta las órdenes que de él recibe, sea durante el sueño hipnótico (sugestión intrahipnótica), o después de haber cesado (sugestión posthipnótica), con olvido completo al despertar, de los actos ejecutados o de las órdenes recibidas durante el sueño. (25)

Son movimientos reflejos, nos dice Antón Oneca, (26) aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia. En estos actos reflejos hay movimientos más no la voluntad de realizarlos, -

(24) Ibidem.

(25) Ibidem. p. 81

(26) ANTON, Oneca. Cit Pos. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 324

presentándose con ello otro caso de ausencia de conducta.

Atendiendo fundamentalmente a que la disposición o apropiación de la cosa requiere una necesaria actividad voluntaria, para integrar la conducta como elemento objetivo del delito que tratamos, habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de disposición sea involuntaria. En tal virtud y si se considera la posibilidad del acto dispositivo en aquellas situaciones en que el sujeto obra sin voluntad, sólo cabe considerar como factible la sugestión hipnótica, en la cual el agente, acatando el mandato de una voluntad superior bajo cuyo influjo hipnótico se encuentra, sin culpa, realiza la actividad típica. No se nos ocurre pensar que la fuerza irresistible, la fuerza mayor, el sueño, etc., puedan constituir casos de ausencia de conducta en el abuso.

II. T I P I C I D A D

A. Concepto de tipo y tipicidad

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El profesor Mariano Jiménez Huerta,⁽²⁷⁾ en su obra La Tipicidad, define al tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.

El tipo a veces es la descripción del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro".

A decir de Mezger,⁽²⁸⁾ el tipo es el total delito, y su consecuencia jurídica, la pena.

Todo tipo penal es la descripción de una conducta punible, que contiene necesariamente, un injusto al que caracteriza, o bien una norma prohibitiva, o bien una norma imperativa, en la trastienda del mismo (según la

(27) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Cit. Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. -- Op. Cit p. 116

(28) MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal. Ed: Universidad Externado de Colombia, 2a. edición, Colombia, 1974, p. 79

conducta detallada comisiva u omisiva; es decir un hacer), en él, se distingue un aspecto subjetivo, que contiene del dolo o la culpa, y, a veces, elementos subjetivos, y otro aspecto objetivo, que incluye al núcleo o verbo, y los elementos objetivos y normativos. Hay que tener en cuenta, también, que como se trata de procedimientos humanos en el medio que los circunda, éstos alteran, o sea, que cada movimiento voluntario del hombre, al igual que cualquier fenómeno de la dinámica, produce un resultado, y éste, según sea captado en algún tipo penal como daño o amenaza de algún bien jurídico, determinará la descripción de un delito de lesión o de peligro, o quizás, por qué no, de una pura actividad disvaliosa, que es también resultado, en el sentido amplio e integral de la palabra. ⁽²⁹⁾

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo. El núcleo del tipo es el verbo rector (matar, herir, golpear, maltratar, etc.), que indica cuál es la acción que se castiga, por lo que su presencia es indispensable.

El término multicitado es pues, la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal; es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales.

(29) A. CAMPOS, Alberto. Derecho Penal. Libro de la parte General. Ed: Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 102

Porte Petit, ⁽³⁰⁾ da importancia a los conceptos - emitidos sobre el tipo por Antolisei, Jiménez de Asúa, - Maurah y Mezger, diciendo que el contenido del tipo puede ser meramente material o material y normativo; conjuntamente material, normativo y subjetivo, o bien material y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé de dicho término, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, -- esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, - puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencias jurídica que es la pena"; de igual forma menciona, que "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal -- significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una -- acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno - de sus presupuestos, es inconcluso que el tipo penal no llega a configurarse". ⁽³¹⁾

La tipicidad es uno de los elementos esenciales - del delito por ello, su ausencia impide su configuración

(30) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit p. 335

(31) Ibidem.

habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple-analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

En relación a este elemento esencial del delito, se han elaborado muchas definiciones, girando todas casi en los mismos términos.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. (32)

De igual forma se dice, que es la coincidencia -- del acto con la descripción legal del delito, es el conjunto de sus elementos subjetivos y objetivos. (33) Es el amoldamiento de una conducta concreta a la descrita en la ley (tipo).

La circunstancia de que una determinada acción -- coincida exactamente con un determinado tipo es lo que constituye el elemento que se conoce con el nombre de tipicidad. Esta palabra designa la adecuación, subordina--

(32) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 166

(33) MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. Op. Cit. p. 78

ción o encuadramiento objetivo de la acción ejecutada a la descripción contenida en el texto legal o constituir delito.

En pocas palabras, la tipicidad consistirá, en la adecuación de la conducta al tipo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica, y culpable, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de culpabilidad.. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el -- occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, -- cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, -- grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o sí, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos". "La tipicidad consiste en que el comporta-

miento del acusado se encuentra adeucado al tipo que describe la ley penal". (34)

La importancia de la tipicidad consiste en que se establece en una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito; la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Al establecerse el artículo 14 de nuestra Constitución Política, se le da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídicas.

Para Luis Jiménez de Asúa, (35) la tipicidad desempeña una función predominante descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es como secuela del principio legista, garantía de libertad.

El tipo que corresponde a nuestro trabajo, es el señalado en el numeral 382 de nuestro código punitivo, - que 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..."

(34) PORTE PETIT CANDUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 332

(35) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Cit. Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. - Op. Cit. p. 168

Habrá tipicidad cuando la conducta del agente se adecue a lo señalado en el precepto anterior, es decir, que el activo disponga de la cosa ajena mueble (ya sea para sí o para otro), de la que le fue entregada la tenencia y no el dominio, conducta con la cual debe ocasionar un perjuicio, que puede ser en la persona que confió la cosa o el propietario de la misma. De lo anterior, se desprende también que el activo al disponer de la cosa, debe contar previamente con la tenencia de ésta; es por ello que sólo pueden ser sujetos activos del abuso de -- confianza precisamente quienes teniendo dicho poder sobre la cosa, en razón de un título legal, realizan la actividad dispositiva de la misma.

En cuanto al sujeto pasivo, lo será, el que confió y entregó la cosa, bien sea el propietario o aquella a quien se estaba obligado a devolverla si era titular del derecho de propiedad.

En relación al objeto material, éste recae necesariamente en una "cosa ajena mueble", por lo que debemos entender por cosa ajena aquella que no es propiedad del protagonista del delito, o cuando no es propiedad del autor de la apropiación. La calidad de mueble, desde el punto de vista penal, equivale a movable y toda cosa que tenga esa cualidad es, por tanto, mueble y puede ser objeto de apropiación. (36)

(36) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho... p. 120

B. Elementos del tipo

En cuanto a este punto, debemos aclarar que cada autor o estudioso de la materia penal, suele dar los elementos que estima pertinentes para conformar el tipo, lo que ocasiona que algunas veces sean más y otros menos; - por nuestra parte nos adherimos a la clasificación que hace el profesor Porte Petit y que a continuación reseñamos. (37)

1. El presupuesto del delito, que viene a ser aquella -- circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista. Así pues, en el delito de abuso de confianza se expresa la exigencia legal de la previa tenencia o posesión precaria de la cosa por parte del agente.
2. Modalidades de la conducta: Generalmente el tipo no contiene referencias de la conducta y por tanto, de presentarse son irrelevantes para la existencia de la tipicidad, por no ser exigidas.
 - a) Referencias temporales: Cuando el tipo reclama alguna circunstancia en orden al tiempo, la que al no realizarse, tampoco se dará la tipicidad. Ejemplo de ello, es lo mencionado en el artículo 123-fracción VI de nuestro código que dice: "Tenga, - en tiempos de paz o guerra, relación o inteligencia-

(37) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 341

con persona, grupo o gobierno extranjero o le dé instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior".

Es claro, que de la lectura de esa fracción, así como de otras del mismo artículo, se desprende la circunstancia de tiempo (tiempos de paz o de guerra), sin que ésta llegue a ser transcendente para la formación del tipo.

- b) Referencias espaciales, cuando el tipo demanda una circunstancia de lugar, es decir, que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo. Por ejemplo, en relación al robo "cuando se cometa en lugar cerrado" (art. 381, fracción I).
- c) Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, por lo que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir éstos. Para que el delito se produzca como tal, debe ser en la forma que la ley expresamente determina.
- d) El juicio cognoscitivo, que vienen a ser características típicas sobre los que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona.

e) Elementos normativos: Con valoración jurídica cuando la ley menciona un adjetivo calificativo, ejemplo: "cosa ajena mueble", servidor público, etc. Con valoración cultural, cuando la ley requiere de una especial característica, por ejemplo casta y honesta, acto erótico-sexual, etc.

f) Elementos subjetivos del injusto: Se trata de características subjetivas, es decir, situadas en el alma -- del autor; como es el caso del artículo 400 del Código Penal, que dice: "Se aplicará (...) al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiriera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta -- circunstancia".

3.- El sujeto activo, es un elemento del tipo, pues no se concibe un delito sin él, pues es el que interviene en la realización del ilícito como autor, coautor o cómplice (esto dependiendo de la participación).

4.- En todo delito debe existir un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido por la ley; - Bettiol considera, que "en todo delito existen dos - sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado - administración, que se haya presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el interés - concreto violado por la infracción y que se toma es-

pecialmente en consideración con motivo del caso del con sentimiento del derecho-habiente, de la querella, y de - la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal".

Nunca puede coincidir en la misma persona la calidad de sujeto activo y la de sujeto pasivo, toda vez que no es posible delinquir sobre uno mismo; por otro aldo, - puede suceder que el pasivo coincida con el objeto material como en el homicidio, o con el ofendido como en el abuso, cuando se es propietario de la cosa.

5.- El bien jurídico también denominado objeto jurídico, no es otra cosa que la garantía protegida por la ley, vrg. en el abuso de confianza, el bien jurídico tutelado por la norma penal es el patrimonio. Pero tenemos que aclarar, que existen tipos penales que protegen varios bienes, puede ser el caso del disparo de arma de fuego, en que se tutela la seguridad pública, integridad física e inclusive la vida.

6.- El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito, en este caso, "cosa ajena mueble".

C. Atipicidad

Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, razón por la cual podemos colegir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir, hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva. Por ejemplo, el nuevo Código Penal del Estado de Tlaxcala suprimió el delito de estupro, por lo que en dicho ordenamiento y en el área de su aplicación existe ausencia de tipo del delito de estupro. (38)

Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecúa a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, por ejemplo, en el caso típico del adulterio cometido sin escándalo y además fuera del domicilio conyugal.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

La ausencia del tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. (39)

(38) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Op. Cit. p. 58

(39) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 172

Enseguida, se mencionan diversos puntos de vista tendientes a explicar cuando se presenta la atipicidad.⁽⁴⁰⁾

- a) Ballvé considera que hay atipicidad y, consiguientemente la carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho.
- b) Para Jiménez de Asúa, ha de afirmarse que existe -- ausencia de tipicidad: a') cuando no concurren en un -- hecho concreto todos los elementos del tipo descrito -- en el Código Penal o en leyes penales especiales, y -- b') cuando la ley penal no ha descrito la conducta -- que en realidad se nos presenta con característica an tijurídica.
- c) Ranieri piensa que son causas de exclusión de la tipi cidad:
1. La ausencia de una norma a la cual referir el hecho y,
 2. En caso que la norma exista, la falta de conformidad -- entre los elementos del hecho y los elementos que com ponen el tipo legal.
- d). Se da "carencia del delito" dice Beling, cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes -- de las características requeridas y típicas o esen ciales.

(40) PETTIT CANDUNDAP, Celestino. Op. Cit. p. 362

- e) Saver estima que se da ausencia de tipo, cuando no se presenta un carácter del tipo legal en caso singular.

El número de causas de atipicidad será en relación al número de elementos con que cuenta el concepto de tipo que se maneje.

Por eso se dice, en forma un tanto coincidente, - que habrá atipicidad por falta de sujetos (activo o pasivo) o de la calidad requerida para ellos, por falta de referencias temporales o espaciales; de los medios exigidos por la ley; carencia del elemento subjetivo del injusto, objeto material, bien jurídico tutelado, etc.

Castellanos Tena⁽⁴¹⁾ resume las causas de atipicidad de la siguiente forma:

- a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.- En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a -- cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (art. 220).
- b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico.- Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una -- atipicidad por no existir objeto material sobre el --

(41) CASTALLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 173

cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar - de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico).

- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.- A veces el tipo describe el comportamiento; al no operar, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado", "con violencia", etc.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.- Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito; - - vgr. "por medio de la violencia física o moral", como en el caso de la violación.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.- Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", - - "con el propósito", etc.
- f) Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial.- Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad, como sucede, por ejemplo, en el artículo 285 del Código Penal (allanamiento de morada) al señalar "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita". Entonces al obrar justificada

mente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, - causas de justificación, tórnanse atipicidades en estos-casos.

Por nuestra parte, y en atención a los elementos-del tipo que en su momento señalamos, habrá atipicidad - cuando exista:

1. Ausencia del presupuesto del delito.
2. Ausencia de la calidad del sujeto activo y la del pa-sivo, requeridas en el tipo.
3. Ausencia de objeto jurídico.
4. Ausencia de objeto material.
5. Ausencia de las modalidades de la conducta.
6. Ausencia del elemento normativo, y
7. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

La consecuencia de que se de la atipicidad, es la no integración del tipo; la existencia de otro delito; o la existencia de un delito imposible.

En el abuso de confianza, no habrá delito por fal-tar adecuación de la condcuta al tipo, cuando los suje--tos, activo y pasivo, no reúnan las calidades de posee--dor precario el primero, y propietario o titular de un - derecho real sobre la cosa, el segundo; o bien, que el - objeto material no satisfaga el carácter de ajenidad y - carezca de la condición mueble.

III. ANTIJURIDICIDAD

A. Concepto

La conducta delictiva debe ser típica, pero además contraria al derecho, es decir, antijurídica.⁽⁴²⁾ La antijuridicidad es un elemento del delito, la cual, a pesar de estar enunciada en forma negativa, tiene carácter positivo. La doctrina ha formulado diversos conceptos de este elemento, mismos que procederemos a enunciar.

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa además, que sea típica, antijurídica y culpable.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho. Javier Alba Muñoz escribe: "el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales (...) en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente". Para el autor citado

(42) Ibidem. 175

actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder. (43)

Podemos entender la antijuridicidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; - la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

El maestro Porte Petit, (44) en relación a lo que constituye la antijuridicidad, refiere diferentes teorías:

- a) La que afirma que constituye un carácter del delito. - Sostiene Massari, que la antijuridicidad no es un elemento, uno de los constitutivos del delito, deberá -- distinguirse de los demás, presentarse como un dato - conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales -- del delito; para la voluntad, para la conducta, para el resultado; que esto no es posible hacerlo con la - antijuridicidad, constituyendo ésta la síntesis integral del fenómeno punible, y cada uno de los elementos que lo componen; de tal manera, que la antijuridicidad representa sólo un atributo, predicado, un denominador común del delito y de sus componentes, finalizando que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, y -

(43) Ibidem.

(44) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. 374

así se explica que puede hablarse de una voluntad antijurídica, de un resultado antijurídico.

- b) Los que sostienen que es un elemento del delito. Consideran a la antijuridicidad como un elemento: Puig - Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli. Este último autor expresa: "La antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. Hemos ya examinado en otro trabajo las objeciones hechas por cierto autor contra esta división y sobre todo, contra el criterio de situar la antijuridicidad como un elemento al lado de los otros dos; no es el caso de repetirnos, bastando llamar la atención sobre el sentido que damos nosotros al término elemento como requisito, como aquello que se requiere para constituir, para componer el delito. Es preciso advertir, además que si la tripartición establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico delicto, esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tengan existencia por sí mismos, como separados uno del otro, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones-

a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico, confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad".

- c) Que constituye un aspecto del delito. Entre quienes consideran que la antijuridicidad es un aspecto del delito, se encuentra Maggiore, al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del delito; aspecto, no elemento, ya que en efecto, no es una parte que pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad, quede siempre delito, -- por más que le sea mutilado un órgano; agregando, que por el contrario ella reviste y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, finalizando que en todo delito está presente, expresa y sobreentendida, la nota de la antijuridicidad.
- d) Que es el delito en sí. Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más; es como fue manifestado por Rocco con feliz expresión, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito. A este respecto expresa Cuello Calón, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es un --

mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

En atención a lo anterior, cabe señalar que en el capítulo relativo al delito en general, se indicó que la antijuridicidad es un elemento esencial del delito y se explicó el motivo de ello.

La antijuridicidad es la pugna del acto con el ordenamiento jurídico, o sea la legitimidad o ilegalidad del comportamiento o "contradicción objetiva con los preceptos jurídicos", como expresa Mezger.⁽⁴⁵⁾

Faltaría este aspecto de la acción o requisito del delito en los casos de justificación del hecho por disposición de la misma ley, por ejemplo, cuando se obra en situación de legítima defensa.

Lo antijurídico, como sinónimo de lo contrario al derecho, originariamente partió de bases subjetivas que confundieron las cosas con la culpabilidad (concepción psicologista), y, poco después, ante la reacción opuesta, se le despojó de toda referencia animista, reivindicando el concepto para lo objetivo.

Lo antijurídico, será sinónimo de antinormativo, mirada la antijuridicidad desde el punto de vista del derecho punitivo; o sea, lo contrario a la norma que se encuentra detrás de todo tipo penal, o que da contenido al injusto de cada figura. El delincuente, en vez de contra

(45) MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. Op. Cit. p. 79

riar sus definiciones (que son conductas), las ratifica, las cumple, más bien, haciendo o no haciendo, y con ello viola la materia de la prohibición o del mandato. Sintetizando, podríamos conceptualizar la conducta antijurídica, como la adecuada a un tipo legal, a la cual no asiste ninguna causal de justificación. Más preciso aún: conductatípica no justificada.⁽⁴⁶⁾

Carlos Binding⁽⁴⁷⁾ descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe".

Max Ernesto Mayer⁽⁴⁸⁾ da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc.

(46) A. CAMPOS, Alberto. Op. Cit. p. 149

(47) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 146

(48) Ibidem. p. 177

Si observamos que lo antijurídico aparece aun - - cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer, tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antireligiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndose concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contracción a las normas de cultura reconocidas -- por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas. Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material; lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, -- pues como enseña el profesor Jiménez Huerta, "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta", pero, expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, "lo que contradice dicho orden ha de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico". (49)

(49) Ibidem.

Por su parte Ignacio Villalobos, ⁽⁵⁰⁾ escribe: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público, es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable -- que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente".

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, se dice que en la primera, el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley); y en la segunda, en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Para Cuello Calón, la antijuridicidad presupone -- un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada. En este elemento existe un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

Para Sergio Vela Treviño, ⁽⁵¹⁾ la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza -- objetiva, que determina la contradicción existente entre

(50) Ibidem. p. 178

(51) VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Ed: Trillas, 2a. edición, México, 1986, pp. 55-130

una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se -- opone la conducta a la norma cultural, reconocida por el Estado. Menciona que la distinción entre la norma y la ley debe ser absoluta: de la norma ha nacido la antijuridicidad y de la ley, concretada en tipo legal con indicios de antijuridicidad, nacerá el delito mediante la integración de todos los elementos, entre ellos la antijuridicidad, que deben estar presentes para la cabal aparición del concepto del delito.

La valorización que el legislador realiza de las normas de cultura es determinante para la existencia de la antijuridicidad. Lo no valorado legislativamente no corresponde al ámbito de lo jurídico-penal; para el derecho penal, la antijuridicidad resulta de la especial valoración legislativa de las normas de cultura, que se traduce en la creación de los tipos penales.

En el campo de la doctrina existe una polémica -- que hasta la fecha no ha sido resuelta en forma definitiva, consistente en considerar a la antijuridicidad como una unidad valedera para todo el ordenamiento legal, -- por una parte; y por otra, la de afirmar la inexistencia de tal unidad y, en cambio, sostener que existen tantas antijuridicidades como campos determinados del derecho -- vigente pueden existir. Son posturas francamente contradictorias, ya que frente a un solo ilícito está la diversificación de las ilicitudes en penales, civiles, administrativas, laborales, etc., según el sistema normativo

en que se encuentre ubicada la norma que resulta contradicha por el hecho.

Sigue diciendo el autor citado, que la antijuridicidad, en un primer nivel, queda plasmada cuando existe una relación contradictoria, entre una conducta en singular, es obvio que el contenido de la propia antijuridicidad se ubica en el atributo de legitimidad o la característica de injusto que corresponde a esa conducta. En -- otras palabras, lo que realmente constituye el contenido de la antijuridicidad es el injusto, pero lo injusto solamente puede determinarse si se establece la relación - de contradicción a la que se ha hecho referencia.

Lo que es motivo del juicio relativo a la antijuridicidad es una conducta particular y aislada y que -- cuando se resuelve que ella es injusta porque no hay causa alguna que la vuelva conforme a derecho, surge la plenitud de la antijuridicidad, siempre referida a la ilicitud de determinada conducta típica, siendo en consecuencia, el contenido de la antijuridicidad lo injusto o illegítimo de esa conducta.

La antijuridicidad no es juicio, (sino el resultado de un juicio), que determina la contradicción entre -- la conducta típica y la norma jurídica. Antijurídico es calificativo que se da al hecho y a la conducta que han provocado la contradicción con la norma. En estas condiciones la antijuridicidad es el resultado del juicio que se resuelve al determinar la contradicción, mientras que

lo antijurídico es atributo del hecho y de la conducta - que sirvieron de base para la realización del juicio.

Por lo que respecta al ilícito que estamos tratando, es la disposición injusta lo que constituye la acción antijurídica en el abuso de confianza, dado que cuando - tal disposición es justa impide la calificación objetiva de ilicitud.

Maggiore, ⁽⁵²⁾ con referencia específica al Código italiano, afirma que "la finalidad de 'provecho injusto' (por el cual la apropiación se llama 'indebida') no sólo obra sobre el delito como elemento subjetivo sino que lo reviste en su totalidad ontológica. Si el provecho es in justo, la apropiación es antijurídica, y por ende acrimnable; cuando desaparece el elemento de la injusticia, - el hecho se justifica, y ya no hay para qué hablar de -- apropiación indebida".

Nuestra ley penal, señala que además de que se de la disposición ilícita, ésta debe estar condicionada a - un perjuicio a otra persona, de tal manera que si no - - existe el perjuicio ello impide se tenga la conducta como antijurídica.

"El perjuicio consiste en la lesión inferida al - bien patrimonial, contemplada desde el punto de vista -- del que la sufre, esto es, del paciente. Es un concepto eminentemente normativo surgido de una valoración basada en

(52) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho... p. 121

las proyecciones materiales, jurídicas y económicas que emanan de la conducta típica. El perjuicio encarna unas veces en la consumación material del objeto corporal del delito; otras en su definitiva irrecuperabilidad por - - cualquier circunstancia oriunda de la conducta típica; - otras, en la privación temporal que ha sufrido el propietario, usufructuario, etc., de usar y disfrutar de la cosa; y otras, en la ganancia ilícita que dejaron de obtener dichas personas por la ilegítima apropiación. No es necesario que se plasme en un daño económico, ya que puede existir perfectamente un perjuicio jurídico que no se traduzca en un daño económico". (53)

En conclusión, en el abuso de confianza se dará - la conducta antijurídica cuando el activo disponga de la cosa ajena mueble, ocasionando con ello un perjuicio a - la persona que le otorgó la tenencia de esa cosa.

(53) Ibidem.

B. Causas de Justificación

Se dice que cuando una conducta realizada, sea -- cual fuere, se encuentra permitida por el derecho, dicha conducta no es antijurídica, puesto que no viola ninguna norma penal, es decir, no choca con el orden jurídico ni rompe el marco normativo de la sociedad; esa conducta se efectúa al amparo de una causa de justificación.

Para Castellanos Tena, las causas de justificación "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito (...) La acción -- realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a -- derecho. A las causas de justificación también se les -- llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc."⁽⁵⁴⁾

Hay que señalar que las causas de justificación -- se diferencian de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, ya que éstas tratan el aspecto negativo de los elementos del delito como son: ausencia de conducta, atipicidad, las mismas causas de justificación y las de culpabilidad.

Dado el doble carácter, material y formal, de la antijuridicidad, ésta sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad, que en condiciones ordinarias subsiste

(54) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit. p. 185

ría, cuando no existe el interés que se trata de proteger; o, cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta -- por la conservación del más valioso. Para Edmundo Mezger, ⁽⁵⁵⁾ la exclusión de antijuridicidad se funda: a) En la ausencia de interés; y, b) en función del interés preponderante.

Cuando hablamos de causas de justificación, nos referimos a las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta. En el siguiente cuadro podemos apreciar, conforme a nuestro derecho, cuáles son las causas de justificación:

1. Legítima defensa
2. Estado de necesidad
3. Ejercicio de un derecho
4. Cumplimiento de un deber u obediencia jerárquica
5. Impedimento legítimo

A continuación se exponen cada una de estas causas, en los que se justifica una conducta.

1. Legítima defensa: existe cuando una persona es objeto de una agresión, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor. Osorio y Nieto señala a este respecto: "Existe legítima defensa cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entra

(55) MEZGER, Edmundo. Cit. Pos. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 185

ñe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor". (56)

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia, Cuello Calón señala que - es necesaria para rechazar una agresión actual o inmente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. "La Legítima defensa es repulsa de una-agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección". (57)

Para que la conducta sea señalada como legítima - defensa, es imprescindible que la agresión sea actual, - en el momento, ni antes, ni después; que sea violenta, a saber, enérgica, brutal, con fuerza física o moral; in-justa, que es decir contraria a la ley, ilícita; y, que-entrañe un peligro inminente, inmediato e inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o-ajenos. Cabe señalar que la defensa debe estar vinculada, necesariamente, con la protección de objetos de la tute-la penal.

Resumiendo, se pueden señalar los siguientes ele-mentos de la legítima defensa:

1. Actual
2. Violenta
3. Injusta

(56) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Op. Cit. p. 59

(57) PORTE PETIT CANDAUWAP, Celestino. Op. Cit. p. 431

4. De peligro inminente
5. Peligro inevitable por otros medios.

La agresión debe recaer en ciertos bienes jurídicos:

1. El honor
2. Los bienes propios
3. Otras personas o sus bienes
4. En la misma persona

El Código Penal en su artículo 15 fracción III, - señala los casos en que opera la legítima defensa, aquellos en que no opera y las circunstancias en que se presume.

Se habla de exceso de legítima defensa cuando se - se utilizan medios desproporcionados para repeler la - - agresión, también los casos en que el daño causado por - el agresor fuere fácilmente reparable por medios legales, o si el daño es notoriamente insignificante en relación - con el causado por la defensa.

Es importante destacar que la legítima defensa no opera en determinados casos, por ejemplo, la riña, ya -- que los rijosos se encuentran inmersos en una situación - antijurídica, ilícita; para que la legítima defensa exis - ta, es necesaria una conducta lícita frente a una conduc - ta injusta. Tampoco opera si el agredido fue el que pro - vocó la agresión. Por último, hay que señalar que no pue - den existir dos legítimas defensas recíprocas.

2. Hablamos del estado de necesidad cuando existe una situación de peligro real, grave, inminente e inmediato para la persona, su honor, bienes propios o ajenos, y que sólo puede evitarse mediante la violación de -- otros bienes jurídicamente tutelados, que pertenecen a distintas personas.

Se pueden señalar los siguientes elementos del estado de necesidad:

- a) Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.
- b) Que el peligro afecte, necesariamente, un bien jurídicamente tutelado propio o ajeno.
- c) Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto
- d) Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

El código penal prevee dos casos específicos de estado de necesidad: el aborto y el robo indigente.

Porte Petit, por su parte, señala que hablamos de estado de necesidad, "cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley. -- Que existe el estado necesario, cuando haya la necesidad de salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionado otro bien igualmente amparado por la ley, siempre --

que no se tuviera el deber jurídico de afrontarlo y no fuera el peligro ocasionado dolosamente por el propio -- agente". (58)

Es decir, que el estado de necesidad se caracteriza, porque en él dos bienes jurídicos, igualmente respetables en principio, se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve.

Existen dos tesis para fijar la naturaleza del estado de necesidad: una es la unitaria y la otra la dualista, de la diferenciación o discriminación.

Dentro del criterio unitario se encuentran:

1. Los que consideran al estado de necesidad como una causa de justificación o licitud.
2. Como una causa de inculpabilidad.

La tesis dualista o de diferenciación, estima que se trata de una causa de justificación o de inculpabilidad, según la entidad del bien lesionado.

3. Ejercicio de un derecho, es una causa de justificación, ya que "las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si tardan en sanar menos de quince días y no ponen en peligro la vida; y, además si el tutor no abusare de su dere-

(58) Ibidem. p. 475

cho, corrigiendo con crueldad o innecesaria frecuencia". (59) Se dice que es una causa de justificación porque la conducta se ajusta a derecho.

Porte Petit menciona que: "el ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso". (60)

Se dice que una persona que actúa conforme a un derecho, que le confiere la ley, se ampara en una causa de justificación, en nuestro ordenamiento jurídico es señalado de esta forma. En esta situación se encuentran las lesiones y el homicidio causados en el ejercicio de un deporte, los originados como resultados de tratamientos medicoquirúrgicos y las lesiones producidas en ejercicio del mal llamado derecho de corregir.

En el caso de las lesiones u homicidios cometidos en la práctica de deportes, los realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y por lo tanto la conducta no puede ser catalogada como antijurídica, salvo que exista imprudencia o dolo, ambos casos siempre sujetos a prueba.

En los tratamientos medicoquirúrgicos se pueden provocar lesiones y aun homicidios, los cuales se justi-

(59) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 213

(60) PORTE PETIT CANDUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 461

fican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas.

En el llamado derecho a corregir, es una justificación en ejercicio de un derecho, cuando un padre educa a su hijo y aquél está autorizado para castigar a éste.

4. El cumplimiento de un deber consiste en el actuar por obligación, ya sea que provenga de la ley o de un superior jerárquico, tal sería el agente de la policía judicial al momento de detener a una persona.

Esta causa de justificación, también priva a la conducta del elemento antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilita la integración del delito. "Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma". (61)

El cumplimiento de un deber, gira alrededor de dos hipótesis:

a) Derivado de funciones públicas, o sea de deberes de servicios.

b) Derivado de un deber impuesto al particular.

5. Se dice que existe impedimento legítimo "cuando no se puede cumplir con un deber legal por cumplir con otro deber de la misma naturaleza y de mayor entidad" "opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar-

(61) Ibidem. p. 483

un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia, un tipo penal. Emerge, otra vez, el principio de interés preponderante; impide la actuación de una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción".

La justificación por impedimento legítimo entraña siempre una conducta omisiva que atiende a un interés, - preponderantemente, superior. En este caso se encuentra la ética profesional.

Pueden operar como causas de justificación en el delito de abuso de confianza;

- a) El estado de necesidad
- b) El ejercicio de un derecho
- c) El cumplimiento de un deber
- d) El consentimiento del ofendido ⁽⁶²⁾

Habrá estado de necesidad, cuando la disposición del bien es motivado por la situación de peligro en que se encuentra el agente y la apropiación de la cosa es necesaria para la salvaguarda de un bien de mayor jerarquía como lo son los de la vida o la salud.

Cuando el poseedor precario disponen de la cosa, - apropiándose de ella en cumplimiento de un mandato legal, emanado de autoridad competente, o bien en ejercicio de-

(62) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 215

un derecho declarado, no existe antijuridicidad en su -- proceder; su conducta está justificada en la ley.

En el abuso es probable el funcionamiento del con sentimiento del ofendido en virtud de tratarse de bienes disponibles; el dueño puede consentir en la apropiación de la cosa por el tenedor de ella, ya sea en forma expresa o tácita, en cuyo caso no hay ilicitud en la conducta.

IV. C U L P A B I L I D A D

A. Concepto

El delito es un hecho culpable. No basta que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material es preciso, además, que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente.

Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla. (63)

La culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

Para Sergio Vela Treviño, (64) la culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y-

(63) CUELLO CALON, Eugenio. *Op. Cit.*, p. 423

(64) VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e imputabilidad*. Ed: Trillas, México, 1985, p. 201

antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

La culpabilidad tiene como fundamento la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad.⁽⁶⁵⁾

Para este autor, la reprochabilidad debe entenderse como el resultado del juicio relativo a la culpabilidad, por el cual el juez resuelve que en un caso concreto y respecto de un sujeto determinado, había exigibilidad de una conducta por el hecho realizado.

La vinculación hecho-voluntad, es lo que en principio sirve para el proceso de enjuiciamiento, ya que, - lo que no es voluntad causal de la conducta no pertenece al campo de la culpabilidad o inculpabilidad, sino al de la ausencia de conducta.

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido - contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Jiménez de Asúa⁽⁶⁶⁾ define la culpabilidad como - el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

(65) Ibidem. p. 195

(66) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Op. Cit. p. 66

Según Castellanos Tena,⁽⁶⁷⁾ la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Culpabilidad, quiere decir que el acto debe ser doloso o culposo, vale decir, cometido en un estado intelectivo de querer la acción o la omisión, con representación mental de su ilicitud. "La culpabilidad, anota Soller, señala el límite de lo que puede ser imputable al sujeto como su obra, y además la forma de esa imputación".⁽⁶⁸⁾

En consecuencia, no habrá culpabilidad en los hechos causados en circunstancias fortuitas o de fuerza mayor.

Insistir, como lo hacen algunos autores en que se trata de una "relación anímica entre el hecho y el sujeto",⁽⁶⁹⁾ invocando dos aspectos diferentes de la cuestión, reivindicando, para el primero, la realidad vivencial que comprueba un magistrado frente al caso concreto, resulta, creemos, por lo menos en cuanto a la noción psicológica de culpabilidad, algo que ni los niños creen, pues no existe en psiquiatría, una noción que siquiera se le parezca.

Hoy, la moderna doctrina nacional y extranjera, parte del presupuesto de que tal momento anímico en el -

(67) Ibides.

(68) MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. Op. Cit. p. 79

(69) A. CAMPOS, Alberto. Op. Cit. p. 174

sujeto es imposible de detectar, salvo en lo que se refiere al llamado sentimiento de culpa o culpabilidad, -- que cualquier analista tratará de que desaparezca del paciente, aun cuando exista la culpa por tal o cual situación en él. (70)

Sobre la estructura o contenido de la culpabilidad se han formulado dos teorías extremas, la psicológica y la normativa.

La psicológica o psicologismo, es la clásica o tradicional, el agente es culpable de su delito cuando, -- siendo previamente imputable, o sea psíquicamente apto para que pueda serle atribuido, obra con dolo o con culpa, las dos formas o especies en que se bifurca el aspecto subjetivo del delito. De acuerdo con esta teoría, la culpabilidad se reduce a un problema de vinculación psíquica entre el sujeto y su acción punible y todo el contenido de ella está representado, según se trate de un delito o un cuasidelito, por el dolo o la culpa, que la agoten totalmente. (71)

La normativa o normativismo. Conforme a la moderna concepción de la culpabilidad, elaborada por juristas alemanes, este fundamental aspecto del delito, por ser de carácter normativo, no puede asentarse sobre una base puramente psicológica. Su contenido es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda-

(70) Ibidem.

(71) LABATUD GLENA, Gustavo. Op. Cit. p. 108

en la exhibibilidad de la conducta ordenada por la ley. (72)

Mientras para el psicologismo la culpabilidad se agota totalmente en el dolo o en la culpa, para el normativismo la simple relación psicológica entre el sujeto y su actuar no basta para darla por establecida, sino es reprobatorio el juicio de valor que se emita sobre la motivación psíquica del acto ejecutado por el sujeto. La culpabilidad se examina para determinar si el hecho es o no reprochable a su autor, atendidos el carácter de la motivación y la personalidad de éste. La concepción normativa recibe este nombre porque afirma que la culpabilidad consiste en un juicio valorativo del concreto actuar antijurídico del agente.

Dentro de esta teoría, la imputabilidad deja de ser una condición anterior o presupuesto de la culpabilidad y se convierte en uno de sus elementos, que sirve de soporte al juicio de reproche.

Psicológica y jurídicamente la culpabilidad ofrece una extensa gama de grados o matices. Los superiores están representados por el dolo, la expresión más típica y característica del aspecto subjetivo del delito; los inferiores, por la culpa, que se presenta como algo excepcional en cuanto a su castigo, hasta el punto de que hay quienes abogan por su impunidad.

(72) Ibidem. p. 109

Por otro lado, los partidarios de la "acción finalista", con Welzel⁽⁷³⁾ al frente, elaboran la culpabilidad como concepción dogmática independizada del dolo y de la culpa, que, a su entender, pertenecen a la acción ("acción dolosa", que es la propiamente final, y "acción culposa", que es "ciega", pero de consecuencias que surgen por no haber contemplado las regulaciones finalistas). A nuestro juicio, esta teoría es inaceptable, puesto que el género de culpabilidad ha de encarnar en una de sus especies: dolo o culpa.

La acción o conducta, en cuanto se refiere a su propio contenido de voluntad, únicamente puede manifestarse, para los efectos de la culpabilidad, en dos formas: intencional o dolosa y no intencional o culposa.

Desde el punto de vista de nuestra ley penal, son intencionales, no intencionales o imprudenciales y preterintencionales.

El artículo 8 del Código Penal menciona: Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia;
- III. Preterintencionales.

El numeral 9 señala: Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

(73) JIMENEZ DE ASUA, Luis. El Criminalista. T.I Ed: Víctor P. de Zavala-editorial, 2a. edición, Buenos Aires, 1970, p. 151

acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Las formas básicas de la culpabilidad, como lo indicamos son el dolo y la culpa.

El dolo tiene como elementos el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber, el volitivo o psicológico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

Formas de dolo:

- a) Directo. El resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo.
- b) Indirecto. Existe cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.
- c) Indeterminado. Es la voluntad genérica de delinquir fijarse un resultado delictivo concreto.
- d) Eventual. El sujeto se propone un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros-

típicos no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran.

Soler, (74) define al dolo diciendo que existe "no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado.

Mezger (75) afirma que "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

Jiménez de Asúa (76) expresa que "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo, y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad, y el cambio en el mundo exterior (o de su mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se requiere o consiente.

Atendiendo a su propia definición, considera Jiménez de Asúa que quedan conjugadas las teorías esenciales respecto del dolo, que son la voluntad y la representación, y al mismo tiempo vale el concepto para el llamado

(74) SOLER. Cit. Pos. VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e p. 211

(75) Ibidem.

(76) Ibidem. p. 212

ción, y al mismo tiempo vale el concepto para el llamado dolo directo y para el dolo eventual.

La culpa o imprudencia la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero un actuar imprudente, negligente, - carente de atención y cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. (77)

Los elementos de la conducta son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado, resultado típico, previsible, -- evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Especies de culpa:

- a) Consciente, con previsión o con representación. Existe el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico.
- b) Culpa Inconsciente, sin previsión, sin representación. Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto. (78)

Algunos autores clasifican la culpa inconsciente o sin previsión, en lata cuando el resultado es previsi-

(77) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Op. Cit. p. 67

(78) Ibidem.

ble por cualquier persona, leve cuando es previsible por una persona cuidadosa y levísima por los extremadamente-cuidadosos.

El caso fortuito. El artículo 15 fracción X, del Código Penal regula lo relacionado con el caso fortuito, al señalarlo como excluyente de responsabilidad. Como se desprende de la lectura de este precepto, la conducta y el resultado que se verifican no son atribuibles al sujeto, ni a título de dolo ni a título de culpa, habida - - cuenta de que el agente no se propone realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia, el evento viene a ser un mero accidente, hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto de la conducta. (79)

La preterintencionalidad. No es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventual¹mente, mientras la segunda se configura cuando se obra - sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir - subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es

(79) Ibidem. p. 68

que el delito o se comete mediante dolo o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más-haya del presupuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse. - Ignacio Villalobos, sostiene que más que delitos prete--rintencionales, se trata de delitos con resultado prete--rintencional, por sobrepasar su efecto el límite propues to por el agente. (80)

La culpabilidad en el abuso de confianza, "disponer de una cosa es apropiarse de ella con ánimo de dominio"; de ahí que la apropiación sin tal ánimo no puede -integrar el delito por ausencia del elemento subjetivo.- Por ello Carrara (81) definía el delito como "la dolosa -apropiación de una cosa ajena que se ha recibido del pro pietario por una convención no traslativa de dominio y -para un uso determinado".

Al referirse Soler al momento consumativo de la -apropiación indebida explica: "Para no caer en un subjetivismo puro, debe atenderse a los hechos externos concretos, reveladores de la exigencia de animus rem sibi -habendi", agregando más adelante: "Algunas leyes a diferencia de la nuestra, consideran expresamente como punible el uso indebido. Esta circunstancia obliga a la doctrina extranjera a distinguir con muy poca objetividad y casuísticamente, según parezca que el hecho importe o no

(80) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales... p. 237

(81) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de.... p. 123

un acto de apropiación, lo cual resulta bastante dudoso, porque en unos casos el animus rem sibi habendi es declarado existente, aunque se trate de una disposición transitoria de la cosa, mientras que en otros, parece exigirse no sólo el acto de disposición, sino la intención de quedarse con aquélla en forma definitiva. En un caso como el del propietario del libro que lo presta, a su vez, a otro por un término mayor, unos dirán que hay defraudación, porque el hecho de prestar por tiempo mayor importa un acto de disposición que presupone apropiación, cosa evidentemente ficticia, pues en ningún momento ha existido ánimo de apropiación. Otros, en cambio, darán la solución contraria, sobre la base de la inexistencia de un verdadero ánimo de apropiarse. (82)

La disposición, por sí misma, no puede integrar el delito señalado en el artículo 382 de nuestro código, si con ella no concurre ese especial ánimo, en el agente, de actuar como si fuera dueño de la cosa y con intención de obtener un provecho.

Por ello, el abuso sólo admite la comisión dolosa, puesto que el agente, teniendo representación de la conducta y conciencia de su licitud, la realiza voluntariamente con un fin determinado. Por tanto, el abuso excluye la comisión imprudencial o culposa, por ausencia del animus de apropiación. En este sentido opina Puig Pe

(82) Ibidem.

ña, cuando expresa: "¿Puede cometerse este delito por -- culpa? Entendemos, con Sánchez Tijerina, que no hay posi bilidad de ello, dadas las características del mismo".⁽⁸³⁾

(83) Ibidem. p. 125

B. Inculpabilidad

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. Jiménez de Asúa señala que "la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto del juicio de reproche". (84)

La inculpabilidad opera cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la falta de conocimiento o de voluntad en la realización de la conducta. En rigor estricto, las causas de inculpabilidad serían: el error esencial del hecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volutivo). Si la culpabilidad se forma con el consentimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de los dos factores o de cualquiera de éstos.

El error, "es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad". (85) - Se podría decir que el error es un falso concepto de la verdad, es un conocimiento erróneo, incorrecto; se cono-

(84) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Cit. Pos. OSORIO Y NIETO, César Augusto. - Op. Cit. p. 68

(85) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Op. Cit. p. 255

ce pero reconoce equivocadamente. El error como la ignorancia pueden ser causas de inculpabilidad, si producen en el autor, desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta.

El error se divide en error de hecho y de derecho el de hecho se clasifica en esencial y accidental, ésta a su vez se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error en el delito. El error de derecho no produce efectos de eximentes, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación, la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

El error de hecho, para operar como eximente, debe ser esencial, es decir, debe recaer sobre un elemento de existencia del delito. El sujeto activo se conduce antijurídicamente, pero considera su conducta plenamente jurídica. También debe ser invencible, insuperable, esto es, no debe ser superado por una persona común; de lo contrario deja subsistente la culpa.

El error no esencial es el accidental y se clasifica de la siguiente forma: error en el golpe, error en la persona y error en el delito. En ningún caso el error accidental elimina la culpa.

La obediencia jerárquica se presenta cuando un subordinado cumple una orden proveniente de una persona --

que tiene mando sobre él. Si el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una justificación y no hay delito por estar ausente la antijuridicidad. La eximente se presentará cuando un subordinado carezca de facultades para examinar la orden y tiene el deber de obedecer, o sea, la orden incuestionable en cuanto a su contenido e impostergable respecto de su cumplimiento. La verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.

La doctrina señala también como eximente de la culpabilidad:

- a) Legítima defensa putativa. Existe cuando el sujeto cree, por un error, esencial de hecho, encontrarse en una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia en realidad de una injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación.
- b) Estado de necesidad putativo. Opera de igual forma que la legítima defensa putativa. La persona al encontrarse en una situación de peligro actual o inmediata, que sólo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica, actúa lesionando otros bienes. Esta eximente operará si se prueba el error de hecho esencial e insuperable.
- c) Deber y derechos putativos. Como en las anteriores, -

puede producirse si existe el error esencial e insuperable.

- d) No exigibilidad de otra conducta. Se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodea a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducirse.
- e) Temor fundado. Se le considera como excluyente de responsabilidad en virtud de que existe una fuerza sobre voluntad del sujeto que lo lleva a comportarse bajo una auténtica coacción mental, la cual le impide conducirse con plenitud de juicio y determinación.
- f) Encubrimiento de familiares y allegados. El estado es t^o válido encubrir a una persona con la que se tiene lazos de familia u otra causa de cercanía afectiva, aún en detrimento de la obligación de cooperar con los servicios de justicia en la investigación de los hechos ilícitos penales, siempre y cuando no medie un interés bastardo, ni se empleen medios delictuosos.
- g) Estado de bienes tratándose de bienes de igual jerarquía. Opera cuando en presencia de bienes jurídicamente protegidos, se prefiere el de mayor jerarquía ante la imposibilidad absoluta de salvar ambos. En el supuesto de que ambos bienes jurídicos sean del mismo rango debe aceptarse la excusa, en atención a que no es razonablemente exigible el sacrificio de un bien -

nuestro para salvar un bien ajeno de igual jerarquía.

En relación al abuso de confianza, se pueden señalar dos causas de inculpabilidad: ⁽⁸⁶⁾ una genérica y otra general, ambas con alcances supralegales, como:

1. Error en sus especies y variedades

- a) De hecho y de derecho
- b) Eximentes putativas
- c) Obediencia jerárquica.

2. No exigibilidad de otra conducta.

En el abuso de confianza, puede funcionar el error como una causa de inculpabilidad si es esencial e invencible; por ejemplo, el tenedor que dispone de la cosa creyéndola suya, o bien la entrega a un tercero estimado que la devuelve a su propietario o aquél a quien está obligado a restituirla. Tal como este caso, se puede señalar que un sujeto, actuando bajo un estado de error esencial e invencible, dispone de la cosa o se la apropia.

Pueden presentarse eximentes putativas, cuando el sujeto estime, por así creerlo falsamente, que el acto está justificado, es lícito; ya por un estado necesario putativo o en virtud de un derecho o el cumplimiento de un deber putativos. La misma situación se presenta

(86) Cfr. JIMENEZ DE AGUA, Luis. Cit. Pos. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de.... p. 125

en la obediencia jerárquica cuando la orden no es notoriamente ilícita.

Por lo que corresponde a la no exigibilidad de otra conducta, es aceptable como causa de inculpabilidad, tanto en acciones culposas o imprudenciales, como dolosas o intencionales. (87)

(87) CASTELLANOS TENA, Fernando, rechaza la no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad, sosteniendo que "en estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error (que ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (que afecta el elemento volitivo).

CAPITULO CUARTO. Derecho Comparado

- I. El delito de abuso de confianza en España.
- II. El delito de abuso de confianza en Cuba.
- III. El delito de abuso de confianza en Argentina.

I. EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN ESPAÑA

El delito de abuso de confianza, motivo de este trabajo, se conoce en otras legislaciones con el nombre de retención indebida, truffa, apropiación indebida, etcétera. (1)

El Código Penal Español dispone en el artículo 535 que serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de engregarlo o negaren haberlos recibido.

La apropiación indebida es un delito que constituye un ataque al derecho de propiedad contraído a los bienes muebles, pues, el sujeto incorpora el objeto material del delito a su patrimonio con perjuicio del propietario.

Una vez que ha quedado señalado el tipo penal a estudio, conforme lo describe la legislación española, pasaremos a su análisis desde el punto de vista de los elementos del delito que manejamos en el capítulo anterior, esto es, en base a la teoría tetraatómica.

(1) Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho. -- "El abuso de Confianza", Año 2, número 2, México 1978, p. 29

La conducta de este ilícito consiste en apropiarse de las cosas recibidas por título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, o bien, que el agente niegue haber recibido la cosa.

Se trata de una acción, por la cual el agente a través de un acto dispositivo se apropia o distrae la cosa recibida. La diferencia gramaticalmente, entre apropiarse o distraer sería, ⁽²⁾ que quien distrae piensa reponer la cosa, cantidad o efectos distraídos, mientras que el que se la apropia, no piensa en la devolución; -- sin embargo, del contenido del numeral invocado, se desprende que la acción de apropiarse en ambos casos es inegable.

Distraer es dar una aplicación diferente a la prevista, pero no hay en ningún caso distracción sino apropiación, pues primero se dispone de la cosa para después darle una aplicación diferente.

Respecto al elemento negativo de la definición de apropiación indebida (negar haberla recibido), cuando -- una persona, faltando a la verdad, niegue haber recibido de otra una cosa mueble por título que lo obligue a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente.

El apropiarse (en sentido estricto), distraer y -- negar haber recibido la cosa, son manifestaciones de la

(2) RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Ed: R.D. Sa.- edición, Madrid, 1982, p. 406

intención de apropiarse y sólo puede apropiarse o distraer mediante un hacer, es decir a través de una acción, ya que el hecho de que niegue haber recibido la cosa no significa que esfa realizando una conducta omisiva, puesto que la descripción típica del ilícito no refiere, el que negare a devolverla, pero si se desprende la disposición de la cosa.

La apropiación indebida, requiere de una actividad voluntaria para integrar la conducta del delito como elemento objetivo, luego entonces, cuando el acto de apropiación sea involuntario, existirá ausencia de conducta. Ahora bien, considerando aquellas circunstancias en que el agente obra sin voluntad, sólo sería posible que realizara la apropiación a través del hipnotismo.

Habrá tipicidad cuando la conducta se adecúa al tipo, o sea a los elementos que describe el artículo 535 de la ley punitiva española.

En este sentido, serán sujetos activos los depositarios de dinero, efectos o cualquier otra cosa, es decir, quienes tengan la tenencia de la cosa, en razón de un título legal, y se apropien de la misma.

La apropiación indebida requiere que la cosa esté en posesión del que después se la apropia.

Para Binding, ⁽³⁾ lo característico de la posesión penal consiste en ser adquirida por un acto volitivo que

(3) Ibidem. P. 401

expresa, coetáneamente, la voluntad de ejercitar un poder fáctico sobre la cosa y hacer imposible la actuación, al mismo tiempo, de otra voluntad de señorío sobre ella. Ni la mera tenencia ni la custodia o vigilancia son suficientes para fundamentar la posesión penal. El que tiene materialmente en sus manos la cosa porque le ha sido entregada por el dueño, vgr., para que la contemple, o porque le ha encomendado la vigilancia del equipaje que deja el viajero en el hall del hotel, no tiene todavía la posesión en el sentido penal, pues la voluntad de excluir de hecho a cualquier otra persona y de tener el señorío fáctico, la disponibilidad material de la cosa, es un elemento subjetivo que ha de añadirse al corpus para que surja aquella posesión. La voluntad de ejercer el dominio sobre la cosa no ha de entenderse como un animus sibi habendi, sino como la voluntad de manipular con la cosa disponiendo de ella.

El tipo básico de la apropiación indebida no necesita que medie relación de confianza alguna entre el autor y el sujeto pasivo; conceptualmente, basta con que el sujeto que se apropia de la cosa no tenga necesidad de desposeer de ella a nadie, y precisamente en la falta de lesión del terreno posesorio radica la menor gravedad respecto al hurto.

Son requisitos indispensables del delito: ⁽⁴⁾ .- -
1). Que el sujeto reciba, mediante acto, antecedente le-

(4) Diccionario Jurídico, Ed: Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 68

gítimo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en calidad de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que le obligue en su día a devolverlos, o -- rendir cuentas; 2). Una vez en su poder el dinero o los efectos sobre los que recae el delito, el agente, abusando de la confianza en él depositada, se apropia o distrae lo recibido o niega haberlo recibido, interviniendo ánimo de lucro en dicha operación; 3). Dicha actuación dolosa ha de causar un perjuicio ajeno, quebranto patrimonial cierto y determinado o susceptible de determinarse.

El sujeto pasivo será el que haya depositado o entregado la cosa, ya sea el propietario o al que se estaba obligado a devolverla. El dueño o poseedor ha tenido que confiar previamente la cosa al agente, transfiriéndole su posesión en virtud de alguno de sus títulos que de forma enunciativa enumera el artículo 535 del Código Penal de España.

El objeto material ha de ser una cosa ajena, porque en definitiva, éste es el común denominador del dinero y de los efectos que además, se mencionan en el tipo legal arriba señalado. La cosa mueble es la que puede -- ser movilizada. El concepto de ajenidad ha de determinarse con arreglo al derecho civil. Por efectos han de entenderse los títulos-valores. No basta, sin embargo, con que sean cosas muebles ajenas, sino que han de haber sido recibidas en depósito, comisión, administración y --

otro título que produzca obligación de entregarlas (a -- otra persona) o de devolverla (al que las entregó).

La apropiación indebida es un ilícito de enriquecimiento ilegítimo, resultado que se logra a través de esa apropiación, ocasionando un perjuicio en el patrimonio ajeno.

No es necesario que la persona que transfiere la posesión sea la misma perjudicada, puede serlo también el propietario o aquél a quien se está obligado a devolverla.

No habrá delito cuando por faltar adecuación de la conducta al tipo, los sujetos no reúnan las calidades, uno de poseedor y otro de propietario o titular de un de recho real sobre la cosa del pasivo; cuando el sujeto ac tivo no tenga la posesión por uno de los títulos a que alude el artículo 535, citado; cuando no exista perjuicio ajeno; y, cuando el objeto material no reúna la cali dad de mueble (y aunque no se señala, de ajeno).

En relación a la antijuridicidad, podemos decir que aunque la ley no lo mencione expresamente, es necesario el ánimo de aumentar el propio patrimonio antijurídicamente a costa del patrimonio ajeno, implícito en la in dole misma de la conducta que se castiga, lo cual constituye un elemento subjetivo del injusto. Si el provecho es injusto, la apropiación es antijurídica.

En atención al estudio realizado en el anterior capítulo, mencionaremos como causas de justificación al estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y consentimiento del ofendido. Respecto a este último, para que pueda operar como real causa de justificación, debe ser otorgado con anterioridad al acto de disposición. De lo contrario, la actividad es anti-jurídica; el consentimiento posterior a la disposición no es causa de extinción de la responsabilidad penal.

Maggiore, ⁽⁵⁾ opina que "todas las causas de justificación —mandato de ley, ejercicio de un derecho, orden de la autoridad, estado de necesidad y consentimiento del sujeto pasivo, con tal que sea anterior a la apropiación— excluyen el delito, como también la compensación (siempre que se trate de créditos homogéneos, líquidos y exigibles, según el artículo 1241, C.C.) y la *datio in solutum*".

En orden a la culpabilidad, el dolo ha de ir referido a la ajenidad de la cosa y exige el propósito de incorporarla al propio patrimonio. La creencia de que la cosa se invierte en el patrimonio ajeno excluye la responsabilidad criminal; por ejemplo, si se hacen pagos por cuenta del que había de recibirla, o se aplica a mejoras en los bienes de aquel a quien se tenía que devolverlo. ⁽⁶⁾

(5) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Ed: Jurídica Mexicana, 2a. Edición, México, 1964, pp. 122-123.

(6) RODRIGUEZ DEVESA, José María. Op Cit. p. 408

La inculpabilidad operará tratándose de error de hecho esencial, con las eximentes putativas ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, estado de necesidad y obediencia jerárquica.

II. EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN CUBA

"... Cuando se castiga a alguien no se hace por vengarse de nadie, el castigo no es la venganza contra ningún ciudadano; es la necesidad de defender a la sociedad, es la necesidad de defender al pueblo, defender al trabajador, a su familia, a sus hijos, a sus padres. Nadie siente placer al castigar a alguien. Hay que castigar a los irresponsables, sencillamente no queda otro remedio, y hay que castigar a los incorregibles, no queda otro remedio, hay que castigar a los que atentan contra los intereses, la tranquilidad y el bienestar del pueblo".

De esta forma Fidel Castro motiva la aplicación del Código Penal Cubano, y la Asamblea Nacional del Poder determina como objetivos del mismo:

Artículo 1.1. Este Código tiene como objetivos:

- Proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal;
- Salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes;
- Promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos;
- Contribuir a formar en todos los ciudadanos la con-

ciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista.

2. A estos efectos, especifica cuáles actos socialmente peligrosos son constitutivos de delito y cuáles conductas constituyen índices de peligrosidad y establece las sanciones y medidas de seguridad aplicables en cada caso.

Bajo estos lineamientos y con un sistema político diferente al nuestro, la legislación cubana también tipifica la conducta que entendemos como abuso de confianza, en el Título XIII: Delitos Contra los Derechos Patrimoniales, Capítulo IX: Defraudaciones, Sección Segunda, de nominándola "Apropiación Indebida".

Art. 335. 1. El que, con el propósito de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para otro, se apropie o consienta que otro se apropie de bienes que le hayan sido confiados, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

2. Si los bienes apropiados son de considerable valor, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años o multas de trescientas a mil cuotas o ambas.

3. Si el delito se comete por un conductor de vehículo de carga o de persona responsabilizada con la transportación de bienes, la sanción es de:

- a) Privación de la libertad de uno a tres años o multa - de trescientas a mil cuotas o ambas, en el caso del - apartado 1;
- b) Privación de libertad de cuatro a diez años en el caso del apartado 2.

4. Cuando los bienes apropiados sean de propiedad personal, sólo se procede si media denuncia del perjudicado. Si en este caso el denunciante desiste de su denuncia, por escrito y en forma expresa, antes del juicio, - se archivarán las actuaciones.

Conforme al contenido del anterior precepto, tenemos que la conducta en este delito se manifiesta mediante una acción conciente y voluntaria del agente al apropiarse de los bienes que le hayan sido confiados o consentir que otro lo haga; de tal forma que el consentimiento se traduce en una manifestación positiva de la -- conducta, por ello se excluye a la omisión como forma comisiva de este ilícito.

Sólo habrá ausencia de conducta en la apropiación indebida, en atención a su propia naturaleza, cuando el agente se encuentre bajo sugestión hipnótica, pues no resulta posible que lo haga como resultado del sueño, movimientos reflejos, vis mayor o vis absoluta, circunstancias que anteriormente fueron debidamente examinadas.

En relación a la tipicidad, ésta se presenta cuando el agente adecúa su conducta a lo descrito en el tipo

penal 335, apartado 1 del Código Penal Cubano, también - denominado Ley No. 62, cuyo verbo rector es el apropiarse o consentir (que otro lo haga), por lo que el sujeto activo será aquél que se apropie o consienta que otro se apropie de los bienes confiados, obteniendo para sí una ventaja o beneficio patrimonial, que debido a la propia conducta resultan ilegítimos, y en consecuencia, ocasiona un perjuicio para el propietario o para el que tenía derecho a que se le devolviera el bien.

Por lo tanto, para que se configure este delito, - se requiere que el sujeto activo previamente reciba el - bien mediante un acto legítimo que le otorgue la tenencia y no el dominio; que el bien quede fuera de la esfera de vigilancia del titular; que una vez con la posesión se apropie o consienta que otro lo haga; que mediante esa conducta obtenga una ventaja o beneficio patrimonial lo que como ya se mencionó, causaría un perjuicio a la persona que tiene derecho a disponer del bien.

El sujeto pasivo será entonces, quien confió y entregó el bien sólo con la posesión y no el dominio, el que resiente el perjuicio por la apropiación que realice el activo o que consienta que un tercero lo haga; debiendo aclarar que el perjuicio puede recaer en el propietario, en el que entregó el bien o en aquél que tenía el derecho a que se le devolviera.

Por lo que respecta al objeto material, el citado numeral sólo refiere "bienes" en una forma genérica, a -

diferencia de nuestro código que señala como objeto la cosa ajena mueble, de lo que se desprende que el delito puede recaer tanto en bienes muebles como inmuebles, al no determinarse calidad en el objeto material.

Como se acentó en el apartado anterior, habrá -- ausencia de tipicidad o atipicidad cuando los sujetos no reúnan las calidades, uno de poseedor precario del bien y el otro de propietario o titular de un derecho real sobre la cosa del pasivo.

Será antijurídica la conducta, cuando el acto de apropiación o el del consentimiento para que otro lo haga no se encuentre justificado por la ley, lo que constituye un actuar injusto, pues el agente detenta la posesión precaria del bien con la obligación de devolverlo a su propietario o al que tiene derecho a recibirlo; y además, aun cuando el artículo 335 no lo mencione, se requiere que con tal acción se ocasione un perjuicio; toda vez que el agente tiene el ánimo de aumentar su patrimonio en forma ilegítima valiéndose de esa apropiación lo que determina el elemento subjetivo del injusto.

La legislación penal cubana en su capítulo III señala como eximentes de responsabilidad penal, en sus artículos 20: La enfermedad mental, 21: El estado de necesidad, 23: El error, 25: El cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio, 26: El miedo insuperable.

En relación a lo anterior, debemos aclarar que -- por cuanto hace a la enfermedad mental ésta se refiere a la inimputabilidad del agente, lo que a su vez constituye un presupuesto de la culpabilidad y no una eximente de responsabilidad; y que por lo que hace el error, se trata de una causa de inculpabilidad como ya fue explicado; por lo que desde nuestro punto de vista, serán causas de justificación conforme a esta legislación:

- a). Legítma defensa
- b). Estado de necesidad
- c). Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio y obediencia debida.
- d). Miedo insuperable.

De acuerdo a nuestro criterio, sólo proceden como causas de licitud en el delito en análisis: el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y la obediencia debida (art. 25 apartados 1 y 2), por las circunstancias ya reseñadas en el abuso de confianza.

Art. 22. 1. Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente -- que amanece a su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sa

crificado sea de valor inferior que el salvado.

2. Si es el propio agente el que, por su actuar imprudente, provoca el peligro, o si se exceden los límites del estado de necesidad, el tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios, o, si las circunstancias del hecho lo justifican, eximirlo de responsabilidad.

3. No es apreciable el estado de necesidad si el agente tiene el deber de arrastrar el peligro que amenaza a su persona.

Art. 25. 1. Está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su derecho, profesión, cargo u oficio o en virtud de obediencia debida.

2. Se entiende por obediencia debida la que viene impuesta por una ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones del que lo ha ejecutado.

3. En caso de exceso en los límites de la obediencia al afrontar alguna de las situaciones anteriores, el tribunal puede aplicar la atenuación extraordinaria de la sanción.

La culpabilidad en la apropiación indebida, se manifiesta con la apropiación misma del bien o con el consentimiento para que otro lo haga, en razón al propósito-

del agente de obtener una ventaja o beneficio patrimonial ilegítimo, lo que se traduce en una acción necesariamente dolosa, puesto que el activo obra a sabiendas de su ilicitud y despliega su conducta con el ánimo de obtener un lucro indebido o ilegítimo, ocasionando con ello el correspondiente perjuicio patrimonial en el pasivo.

El elemento intelectual es esa voluntad encaminada a la apropiación del bien con fines de lucro; y en cuanto al momento consumativo la misma ley menciona en su artículo 15, apartado 2: "El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el agente ha actuado o ha omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca". En este delito la consumación será cuando el activo ejecute actos de dominio sobre el bien confiado o permita (consienta), que otro lo haga.

Por otra parte, el artículo 23 nos dice:

1. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos, o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando se trate de delitos cometidos por imprudencia,

y el error se deba a la imprudencia misma del agente.

De lo anterior se desprende como causa de inculpa**u**bilidad, el error de hecho con las consecuentes eximen**u**tes putativas, el estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y obediencia debida.

Finalmente el artículo 341, señala:

1. Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:
 - a). Los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;
 - b). Los hermanos y cuñados.
2. La extensión de responsabilidad establecida en este artículo no se aplica a los extraños que participen en el delito.

III. EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN ARGENTINA

El delito que en nuestra legislación denominamos abuso de confianza en la República de Argentina no tiene un nombre propio, aun cuando la doctrina de ese país lo conozca con el nombre de retención indebida.

El término abuso de confianza es utilizado como el aprovechamiento que hace el agente de una situación especial, que tiene su origen en una confianza depositada que da mayores facilidades para cometer el delito.

El Código Penal argentino señala en su artículo 172: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, **abuso de confianza** o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

La retención indebida, que mantiene semejanzas con el abuso de confianza, se desprende de la legislación penal argentina, en el Título 6o.: Delitos contra la propiedad. Capítulo 4o.: Estafas y otras defraudaciones:

Art. 173. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos espe

ciales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...)

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

La conducta en este delito consiste en negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo, dinero, -- efectos o cualquier cosa mueble; de ahí que la manifestación de voluntad se realice mediante la negativa de devolver o entregar, tratándose de un delito de comisión -- por omisión, pues sólo en virtud de la omisión que constituye incumplimiento a un mandato de hacer, derivado de un acto jurídico, se llega a la violación del deber jurídico de abstenerse contenido en la norma prohibitiva.

En relación a la ausencia de conducta, el código -- punitivo argentino en su artículo 34 señala:

No son punibles:

- 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya -- sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia del hecho imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus -- acciones.

2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

De lo anterior, se desprende que habrá ausencia de conducta cuando el agente, al momento del hecho delictuoso, se encuentre en estado de inconciencia, por lo que en relación al delito en estudio y conforme al artículo 78 de la misma legislación, esto será cuando el activo se encuentre bajo sugestión hipnótica; también cuando sea sujeto de amenazas de sufrir un mal grave e inminente (esto de acuerdo con la propia legislación argentina); sin que sea posible determinar una retención indebida por una fuerza física irresistible cuando el agente se niegue a entregar o devolver la cosa, sin embargo, podría darse en el caso de que no la restituyere a su debido tiempo. Por otro lado, en relación al sueño, sonambulismo y movimientos reflejos (estado de inconciencia), en atención a su misma naturaleza no pueden manifestarse como causas de ausencia de conducta en este ilícito.

Habrá tipicidad en la conducta cuando ésta se adecúe a los elementos descriptivos del tipo, o sea a los que enuncia el artículo 173 inciso 2o. del Código Penal Argentino.

De los elementos que se desprenden del numeral señalado, está una entrega previa de la cosa mueble, efectos o dinero, lo que tiene lugar por un acto no vicioso-

originado en una situación preexistente de confianza -- verdadera, no lograda mediante ardid. (7)

Esta indispensable entrega previa debe tener por otra parte un grado de autonomía tal, que otorgue un -- efectivo poder de hecho al agente sobre la cosa, el -- cual no existirá cuando ésta es simplemente manejada -- por el mismo dentro de la esfera de vigilancia del tute lar.

En la retención indebida la entrega previa se -- traduce en las especiales facilidades para la comisión del delito.

El sujeto pasivo es aquél que confió y entregó -- la cosa sin otorgar el dominio, sólo la posesión, a tra vés de algún título legal que produzca la obligación de que sea entregada o devuelta, pudiendo ser el propietario o al que se estaba obligado a devolverla.

El sujeto activo será precisamente, el que se -- niegue a entregar o devolver la cosa mueble, efectos o dinero, o no lo hiciere a tiempo; es quien realiza la -- conducta descrita en el tipo.

Respecto al objeto material, como ya se ha dicho, consistirá en dinero, efectos o cualquier cosa mueble, -- que por su propia naturaleza contienen derechos de ca-- rácter patrimonial, lo que ocasiona precisamente el per

(7) VILLEGAS B, Héctor. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. "Análisis Crítico de Jurisprudencia". Ed: Universidad Nacional de Córdoba, Año XXVIII, octubre-diciembre, Argentina, -- 1963, p. 446

juicio; en el entendido de que como en la legislación es pañola por efectos se entiende título o valores.

Habr^á atipicidad, cuando falte la calidad en los sujetos; en el pasivo, la de propietario o titular de un derecho real sobre la cosa; en el activo, la de poseedor precario a través de un título como se describe en el tipo en análisis; cuando la cosa no satisfaga la condición de mueble, cuando no se trate de dinero o efectos (aun-- que estos pueden quedar incluidos dentro del concepto cosa mueble como nuestro código).

Cuando el auto de retención, es decir, el negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo, no esté - justificado por la ley, será antijurídico. Por tanto, es esa conducta omisiva e injusta lo que constituye la antijuridicidad, dado que existe la obligación de entregar o devolver la cosa como lo describe el tipo delictivo. A - más de que dicha retención provoca un perjuicio a quien se le debía entregar o devolver dicha cosa, dinero o - - efectos.

En relación a las causas de justificación, del Código Penal Argentino, en su Título 5o. denominando Imputabilidad, se desprende:

Artículo 34. No son punibles: (...)

3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;
5. El que obrare en virtud de obediencia debida;
6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, -- siempre que concurrieren las siguientes circunstan-
cias:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedir
la o repelerla;
 - c) Falta de provocación por parte del que se defiende.
7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de
otro, siempre que concurren las circunstancias a) y -
b) del inciso anterior y en caso de haber precedido -
provocación suficiente por parte del agresor, la de -
que no haya participado en ella el tercero defensor.

Como puede apreciarse y en razón a las causas de-
licitud que se señalan en el estudio del abuso de con-
fianza en nuestra legislación, en el precepto anterior -
aparecen:

- a) Estado de necesidad
- b) Cumplimiento de un deber
- c) Ejercicio de un derecho
- d) Obediencia jerárquica

e) Legítima defensa.

Existirá estado de necesidad cuando la retención del bien es motivada por la situación de peligro en que se encuentra el agente y esa retención es necesaria para evitar un mal mayor e inminente.

Cuando el poseedor precario retiene la cosa en cumplimiento de un mandato legal, emanado de autoridad competente, o en ejercicio de un derecho declarado, o bien cuando la disposición es de un superior jerárquico (obediencia jerárquica), no existe antijuridicidad en su proceder; pues su conducta está justificada por la ley.

Por cuanto a la legítima defensa, no se presenta en este delito debido a la propia naturaleza de esta causa de justificación, la que ya fue debidamente estudiada.

La culpabilidad en el abuso de confianza conforme a nuestra legislación penal, se manifiesta cuando la disposición de la cosa ajena mueble se realice con la finalidad de apropiarse con ánimo de dominio; Soler⁽⁸⁾ al referirse al momento consumativo de la apropiación indebida explica: "Para no caer en un subjetivismo puro, debe entenderse a los hechos externos concretos, reveladores de la exigencia de *animus rem sibi habendi*", agregando más adelante: "Algunas leyes, a diferencia de la nuestra, consideran expresamente como punible el uso indebido. Esta circunstancia obliga a la doctrina extranjera a dis--

(8) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit., pp. 123-124

tinguir con muy poca objetividad y casuísticamente, según parezca que el hecho importe o no un acto de apropiación, lo cual resulta bastante dudoso, porque en unos casos el animus rem sibi habendi es declarado existente, - aunque se trate de una disposición transitoria de la cosa, mientras que en otros parece exigirse no sólo el acto de disposición sino la intención de quedarse con aquella en forma definitiva".

Eusebio Gómez, ⁽⁹⁾ por su parte, considera que la falta de restitución o la negativa a restituir en el - - tiempo debido, con violación de la obligación de entregar o devolver, constituye defraudación, siempre que la negativa esté inspirada en el propósito de apoderarse de la cosa que se tiene el deber de devolver, debiéndose dicha voluntad manifestarse en hecho materiales, claros, - objetivos y concretos que caractericen el animus rem sibi habendi, "así lo ha resuelto la C.N.P. (18-3-938, La Ley T. 11. p. 292). El fallo confirmó por sus fundamentos un auto del entonces juez de instrucción, Doctor Ure. En este fallo puede leerse lo siguiente; La negativa y - el retardo son, por sí solos, insuficientes para dar vida al delito, que, para considerarse integrado, requiere la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos compositores. La negativa es, para nuestra legislación, uno de los medios para consumar la apropiación misma, acertó este último en el que reside el elemento material de la-

(9) Ibidem.

infracción. Prueba de lo afirmado es que, cuando la negativa se funde en motivos legítimos de justificación no puede hablarse de la defraudación. Y, más aún, no toda negativa, aun ilícita, es imputable para el derecho penal. Para que tal negativa, que en esencia significa el incumplimiento de la obligación emergente del contrato, constituya la defraudación descrita en la norma legal -- precipitada, es necesario que aparezca acompañado determinada por el propósito definido, indudable, de apropiación en el agente, propósito éste, que debe resultar de hechos materiales, objetivos, concretos, que revelen el animus rem sibi habendi del sujeto activo, que traduzcan la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de terceros, considerándola como propia y disponiendo de ella como dueño y no como simple tenedor, como lo es el depositario (artículo 2462, del Código Civil). Y esa intervención del título es el momento característico del delito, que no existirá hasta tanto aquélla no se produzca. El elemento intelectual de la infracción en examen está dado precisamente por esa voluntad enderezada a la apropiación con fines de lucro".

En razón de lo anterior, la comisión del delito en estudio será dolosa, puesto que el agente tiene conciencia de su ilicitud y realiza la conducta con un fin determinado que es el animus de apropiación, lo que automáticamente excluye a la imprudencia o la culpa como formas de comisión de este injusto.

Por lo que toca a la inculpabilidad, la legislación penal argentina señala:

Art. 34. No son punibles:

1. El que no ha podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por un estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En la primera parte de este inciso, puede apreciarse que se refiere a los inimputables y como quedó señalado, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, es decir, la capacidad de querer y entender en el campo del derecho, la capacidad de obrar con responsabilidad.

En cuanto a la segunda parte del mismo inciso, se desprende como causa de inculpabilidad el error o la ignorancia de hecho.

Al respecto, diremos que doctrinariamente se hace una distinción entre ignorancia y error, ya que desde el punto de vista psicológico tienen proyecciones diversas. Mientras la ignorancia es el desconocimiento total de una circunstancia o de un objeto, el error supone un falso concepto sobre ellos. Pero aun cuando doctrinariamente exista la distinción conforme a la redacción del cita

do inciso, los dos conceptos se reúnen en uno solo. (10)

Para que el error de hecho pueda integrar una causa de inculpabilidad es necesario que sea esencial e invencible, como el caso del tenedor que retiene la cosa - creyéndola propia, o bien la entrega a un tercero, estimado que la devuelve a su propietario o aquél a quien está obligado a restituirla.

Asimismo, pueden presentarse eximentes putativas - en virtud de que el sujeto estime, por así creerlo falsamente, que su conducta es legítima, ya sea por un estado necesario putativo, un derecho o un deber putativos o -- por obediencia debida cuando la orden no es notoriamente ilícita.

Ahora bien, hemos venido hablando del delito de - retención indebida en Argentina (art. 173, inc. 2o.), en un estudio comparativo con el abuso de confianza de nuestra legislación, pero cabe señalar que en la ley penal - mexicana existe una figura delictiva también conocida como retención indebida.

El artículo 384 reputa como abuso de confianza -- "la legítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho o no la entrega a la

(10) Ibidem. p. 126

autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

El delito señalado en el anterior precepto, se -- configura en razón de la ilícita posesión de la cosa retenida, pero para que esa posesión sea ilícita se requiere primeramente que exista la tenencia, que se de la negativa a devolver la cosa, que el agente sea requerido, o bien se niegue a entregarla a la autoridad, ya que la ilegítima posesión debe ser necesariamente aquella que se tiene sobre la cosa con ánimo de dueño, pues la acción no consiste en la negativa a devolver, sino en el hecho de ejercer dominio sobre ella como si fuera dueño; en este orden de ideas en la legislación argentina con relación al ilícito en estudio éste se configura con la negativa a devolver o entregar la cosa, ocasionando con ello un perjuicio, sin que sea necesario para su integración el requerimiento al agente por parte del que tiene derecho o que se vea obligado a entregarla a la autoridad; aun cuando también opera el ánimo de apropiarse de la cosa, como se expuso oportunamente.

CONCLUSIONES

El término abuso de confianza fue utilizado por nuestra legislación como una circunstancia agravante de cualquier delito, como lo señalaba el artículo 405 del Código Penal de 1871 y que se refería a que el delincuente se aprovechaba de la confianza que en él se tenía, para cometer el delito. Pero en la misma ley punitiva en su artículo 407 se describe como un tipo específico, el cual después de diversas modificaciones queda señalado como actualmente lo tenemos en el numeral 382.

Por otro lado, aunque gramaticalmente el término abuso de confianza signifique: "la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar a otro que le ha dado crédito o esperanza firme que se tiene de una persona o cosa", nosotros entendemos como tal lo mencionado en el referido precepto 382 que 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 (...)".

El delito de abuso de confianza, difiere de las legislaciones cubanas, española y argentina, pues en las dos primeras se le conoce como apropiación indebida y en la tercera como retención indebida; es un ilícito que atenta en contra de las personas en su patrimonio, cuya-

conducta se manifiesta a través de una acción consistente en disponer de una cosa ajena mueble, de la que fue otorgada su tenencia y no el dominio, causando con ello un perjuicio al que confió la cosa a aquél que tenía derecho a que se le devolviera.

Son elementos de este delito:

- 1). Que exista una cosa ajena mueble que por algún título legal le sea otorgada a una persona su tenencia y no el dominio por lo que, estará obligado a devolver la cuando se le requiera;
- 2). Que una vez otorgada la tenencia, la cosa quede fuera de la esfera de vigilancia del propietario o de quien confió la misma;
- 3). Que el agente (poseedor precario) ejecute actos de dominio sobre el bien, es decir, que se conduzca como si fuera el propietario de él, ya sea para sí o para una tercera persona;
- 4). Que con lo anterior, ocasione un perjuicio en el patrimonio del pasivo que será quien confió la cosa o aquel que tenía derecho a que se le devolviera.

De lo anterior, también aparece que el bien jurídico tutelado es el patrimonio y que el objeto material deberá de reunir las calidades de ajeno y mueble.

Cabe señalar, que en relación al resultado se trata de un delito material, pues para su integración se re

quiere de un resultado objetivo o material como lo es el perjuicio en el patrimonio del pasivo. Por cuanto al daño que causa, se trata de un ilícito de lesión, pues al momento de consumarse causa un daño directo y efectivo - en el interés jurídicamente protegido que es el patrimonio. En atención a su duración, es instantáneo porque la consumación tiene lugar en el instante mismo en que el agente dispone para sí o para otro con perjuicio de alguien de la cosa ajena mueble. Es esencialmente de acto único, pues no permite la actividad típica fraccionada - en varios actos; teniendo por ello, naturaleza unisubsistente. Y en relación al número de sujetos que intervienen en su ejecución, se trata de un delito unisubjetivo, ya que el artículo 382 de nuestro Código Penal vigente - describe que será sujeto activo el que disponga para sí o para otro, del bien confiado, es decir, el poder precario.

El elemento subjetivo del injusto, es precisamente la disposición ilícita de la cosa ajena mueble con la cual se ocasiona un perjuicio, también injusto, al pasivo; de tal manera que si no existe el perjuicio, no se podrá tener a la conducta como antijurídica, ello en - atención al contenido del citado precepto 382 de nuestra ley punitiva.

Finalmente, la conducta descrita en el referido - precepto se manifiesta en forma dolosa, ya que el poseedor precario o el agente, tiene conciencia de que la dis

posición de la cosa es injusta y además realiza, está ocasionando, como ya señalamos, el multicitado perjuicio; por lo que en atención a las diversas especies de dolo (las de mayor importancia práctica) este ilícito se realizará mediante dolo directo, ya que el resultado coincide con el propósito del agente.

Del estudio comparativo de las legislaciones española, cubana y argentina, se desprende, que si bien es cierto que en cuanto a denominación difiere el abuso de confianza con lo señalado por esas legislaciones; también lo es que se trata del mismo delito, como lo señalan los artículos 535 del Código Penal español, 335, del cubano; y, 173 inciso 2 del argentino. Pues de un correspondiente análisis, aparecen elementos comunes como son: que el bien jurídico tutelado sea el patrimonio; que el agente se le haya confiado un bien o una casa de la que sea poseedor precario, teniendo la obligación de devolverla; que una vez en su poder el bien o la cosa disponga, se apropie o distraiga de la misma, es decir que ejecute actos como su propietario, con lo que provocará un perjuicio ajeno, un quebranto patrimonial pasivo.

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

1. A. CAMPOS, Alberto. Derecho Penal. Libro de la parte general. Ed: Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, 403 pp.
2. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. # 4 y 5, Año XXVII, Octubre-Diciembre, Ed: Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de - Publicaciones, Argentina, 1963.
3. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Mexicano, Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Ed: Porrúa, S.A., 10° edición, México, - 1976, 337 pp.
4. CASTELLANOS TENA, Fernando. Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis de Derecho Penal. Ed: Universidad - Nacional Autónoma de México, México, 1965.48 pp.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. - Parte General. Ed: Porrúa, S.A., 16° edición, México, 1991, 986 pp.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. - Ed: Antigua librería Robledo de José Porrúa e Hijos, 2° edición, Vol. 1, México, 194 pp.
7. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl.- Código Penal Anotado. Ed: Porrúa, S.A., México, 1986.

8. CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Mexicano. - Parte General. Ed: Tecnos, 2° edición, Madrid, 1981, 480 pp.
9. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1, Vol. 1, Revisado por TERAN CAMARGO HERNANDEZ. Ed: Bosch Casa Cultural, 18 edición, Barcelona, 1980, 488 pp.
10. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 9 de Marzo de 1946, tomo CLV, Número 8.
11. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 15 DE Enero de 1951, tomo CLXXXIV, Número 12.
12. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 30 de diciembre de 1975.
13. DIARIO DE LA FEDERACION. 29 de Diciembre de 1981.
14. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 13 de Enero de 1982.
15. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. 15 de Enero de 1982.
16. Diccionario Jurídico. Ed: Espasa-Calpe, Madrid, 1991, 1010 pp.
17. FLORES MARGADANT, S. Guillermo. Introducción a la -- Historia del Derecho Mexicano. Ed: Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, 268 pp.