



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

EL ABUSO DE CONFIANZA EN RELACION  
CON LOS ADMINISTRADORES DE  
BIENES AJENOS



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
EMILIO DOMINGUEZ MERCHAND

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1993

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

I N D I C E

Dedicatorias .....	II
Indice .....	VII
Prólogo .....	X
Capítulo I. GENERALIDADES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA...	1
A) Reseña histórica del delito .....	2
B) Definición y elementos constitutivos .....	11
C) Características que lo diferencian de otros delitos patrimoniales .....	29
D) Requisitos de procedibilidad en relación a este ilícito ..	40
E) Puntos de vista del autor .....	59
Capítulo II. DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE ESTE DELITO ..	65
A) La posesión precaria del bien .....	66
B) La rendición de cuentas de lo administrado .....	75
C) El requerimiento formal de los bienes .....	86
D) Puntos de vista del autor .....	91
Capítulo III. DE LA TEORÍA DEL DELITO EN RELACIÓN A ESTE ILÍCITO .....	94
A) Generalidades acerca del delito .....	95
B) Escuelas Penales acerca del delito .....	103
C) De la clasificación del delito .....	106
D) De la teoría del delito .....	117
E) Puntos de vista del autor .....	135

Capítulo IV. DE LOS ADMINISTRADORES DE BIENES AJENOS .....	146
A) Reflexiones acerca del artículo 388 del Código Penal vigente .....	147
B) Elementos que integran este tipo .....	153
C) Similitudes y divergencias entre el abuso de confianza y el fraude .....	158
D) La necesidad de contemplar el artículo 388 dentro del capítulo II del Código Penal vigente .....	165
E) Puntos de vista del autor .....	169
Capítulo V. CONCLUSIONES .....	173
A) Conclusiones .....	174
BIBLIOGRAFIA .....	179

## PROLOGO

El desarrollo, económico, político y social de México, exige que el derecho penal se desarrolle paralelamente, alcanzando una evolución que permita mejorar las condiciones de derecho para los ciudadanos mediante una mejor impartición de justicia.

Es por lo anterior que la hipótesis que formulo en este trabajo, se basa en el desarrollo del derecho penal, donde a mi juicio el tipo del artículo 368 del Código Penal para el Distrito Federal, debe pasar a formar parte del segundo capítulo del título vigésimo segundo de dicho ordenamiento, el cual corresponde al delito de abuso de confianza.

La hipótesis planteada nos presenta la interrogante si el tipo del artículo 368 del Código Penal para el Distrito Federal, debe o no pasar al segundo capítulo del título vigésimo segundo, en atención los principios, presupuestos, características y elementos constitutivos del delito.

El tema tratado en esta obra es de interés para los estudiosos del derecho y abogados postulantes, porque llama la atención si efectivamente los principios, presupuestos, características y elementos constitutivos del delito tipificado en el artículo 368, corresponde al orden o clasificación que tiene dentro del Código Penal para el Distrito Federal.

Este trabajo no está dirigido exclusivamente a observar el caso concreto que trata sobre el abuso de confianza, sino también nos invita a reflexionar si en el Código Penal para el Distrito Federal, existen otros casos similares, para ser revisados o al menos, que cada uno de nosotros realice una revisión de los casos concretos que en la vida profesional se nos presentan.

Considero que la realización de este trabajo es una modesta aportación para el derecho penal, tratando de lograr un cambio en el orden de las disposiciones penales, las cuales sirvan para mejorar la impartición de justicia, mediante la aplicación correcta del derecho penal.

EMILIO DOMÍNGUEZ MEROZANO

## **CAPITULO I**

### **GENERALIDADES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.**

**RESEÑA HISTORICA DEL DELITO.- DEFINICION Y ELEMENTOS  
CONSTITUTIVOS.- CARACTERISTICAS QUE LO DIFERENCIAN DE OTROS  
DELITOS PATRIMONIALES.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN RELACION  
A ESTE ILICITO.- PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR.**

## CAPITULO I

### GENERALIDADES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

#### A) RESEÑA HISTORICA DEL DELITO

El delito de abuso de confianza, es una figura delictiva recientemente creada por el Derecho Penal Moderno, al consagrarlo como un delito especial autónomo, con elementos propios que lo distinguen de los demás delitos patrimoniales, los cuales están determinados en el Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Como antecedentes históricos en relación a este delito, se tienen tanto al Código de Manú como al Levítico, pero se considera que encuentra sólo su individualidad, como delito autónomo, en la ley francesa de 29 de septiembre de 1791. (1) Con posterioridad dicha ley sufrió modificaciones, ampliando los casos tipificados, según se comprueba en la ley de 25 Brumario del año VIII. Las legislaciones actuales consideran que su verdadero antecedente histórico, en relación con el denominado abuso de confianza o apropiación indebida, se encuentra en la codificación francesa.

A este delito en la antigüedad no se le conocía legalmente distinción con el furtum, por atenderse a un rasgo común, apropiación injusta del bien ajeno. En realidad poco importaba que el resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consentida de la cosa o por el abuso de la posesión material.

1. Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, México, 1989, pág. 131.

En el Derecho Romano, según Mommsen, en materia de *furtum*: "Se reputaba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer."

El Derecho Romano no captó la diferencia entre los delitos de robo y abuso de confianza, y tampoco ciertamente la diferencia de dichos delitos con el fraude o estafa. A estos últimos se les denominó como "Estalionatos".

La antigua Jurisprudencia francesa continuó la tradición romana: Muvart de Vouglans (2) decía: "El robo no se comete solamente por la sustracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etc. Los robos de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena."

---

2. González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Decimotava Edición, México, 1982, pág. 225.

Es en la Ley francesa de 29 de septiembre de 1791 cuando se establece la distinción entre el abuso de confianza y los demás delitos patrimoniales, sancionándolo con la degradación cívica. En el Código Napoleónico de 1810 se encuentra la verdadera creación del delito de abuso de confianza, el que posterior a las reformas de 28 de abril de 1832 y de 13 de mayo de 1863, le dieron mayor alcance, para llegar a su definitiva redacción, que como afirma Demetrio Sodi, (3) fue la que sentó las bases del actual delito de abuso de confianza, con la siguiente redacción: "Que el que en perjuicio del dueño, poseedor o detentador, distrajera o disipare efectos, dinero, mercancías, billetes, cartas de pago o cualquiera otro documento que produzca o lleve consigo una obligación o descargo que se le hubiere entregado en depósito o por virtud de un empleo asalariado, con cargo de devolverlos o presentarlos, o de aplicarlos a un uso determinado, sufrirá las penas señaladas en el artículo 406."

El Fuero Real impuso la obligación de pagar las cosas que teniéndose encomendadas, se hacía disposición de ellas, no siendo considerado este acto como robo.

Acogandose a la tradición romana, el Código Español de 1822 no precisa el abuso de confianza, refiriéndose sólo a la

---

3. De P. Moreno, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1944, pág. 168.

disposición fraudulenta de los bienes que le son entregados al tutor, curador o albacea, con motivo del cargo, así como la apropiación de depósito, castigándose con el valor equivalente del bien y arresto de diez días a dos meses. El Código de 1850 toma en cuenta el delito de abuso de confianza y lo coloca entre las estafas y se sanciona como hurto. En el Código de 1870 se le siguió considerando dentro de las estafas pero con mayor amplitud.

El artículo 535 del Código Español establece: "A los que con perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaran haberla recibido."

La legislación italiana llama al delito apropiación indebida, establece su persecución por querrela necesaria y dentro de él reglamenta, además de la aprobación de las cosas recibidas con obligación de restituir o de 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 "artículos 417, 418 y 420 del Código Italiano". (4)

---

4. Idem. pág. 227.

El Código Argentino incluye al delito de abuso de confianza, también llamado de apropiación indebida, dentro del grupo de las defraudaciones y su artículo 173, inciso 2o. establece: "El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver."

Como se pueda apreciar en el Código Argentino se comprende tanto la retención indebida como la administración fraudulenta, pudiendo además incluirse en él la apropiación de la cosa perdida o de la parte de tesoro correspondiente al propietario del suelo sin observar las prescripciones del Código Civil, la apropiación de una cosa ajena por aquel que tiene su tenencia en virtud de un error o un caso fortuito, y la venta de la prenda o su apropiación, sin las formalidades legales, por parte del acreedor prendario, casos estos últimos regulados en los incisos 2o. y 3o. del artículo 175 del mismo Código. (5)

En la legislación mexicana aparece por primera vez el delito de abuso de confianza en el Código de 1871, en los artículos 405 al 412 del Capítulo IV correspondiente al Título Primero del Libro Tercero, denominado "Delito contra la Propiedad".

---

5. Ob. Cit. pág. 135.

El artículo 407 estableció: "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato, u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia."

El citado artículo sufrió reformas el 26 de mayo de 1884 y el 5 de septiembre de 1896, y dada la Exposición de Motivos de los Trabajos de Revisión del Código de 1871, reunida en 1912, en relación al artículo 407, Miguel S. Macedo 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, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio; expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: cosa ajena

mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio; expresión más genérica, que comprende no sólo los contratos, sino también cualquier acto." (6)

En el Código de 1929 se incluyó al delito de abuso de confianza en el Capítulo IV, artículos 1144 al 1150 del Título Vigésimo, denominado "Delitos contra la Propiedad".

Tanto en el Código de 1929 como en el de 1931, se consideraron acertadas las modificaciones realizadas por los trabajos de revisión, quedando la redacción original de 1931, en su artículo 382, de la siguiente manera: "Se aplicará prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio."

El citado artículo 382, fue reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945 (Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1946), el cual dio al precepto su actual redacción: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de

---

6. S. Macado, Miguel, Trabajos de Revisión del Código Penal, Tomo IV, pág. 556.

cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le sancionará..."

Nuevamente fue reformado el artículo 382 por decreto de 29 de diciembre de 1950 (Diario Oficial de la Federación de 15 de enero de 1951), en esta ocasión se modificaron las sanciones para quedar como sigue: "El abuso de confianza cuyo monto no exceda de quinientos pesos se sanciona con prisión hasta de un año y multa hasta de quinientos pesos. Si excede dicha cantidad, pero no de veinte mil pesos, la pena corporal podrá ser de prisión de uno a seis años y multa de quinientos a cinco mil pesos; y si excede de la última cantidad, será sancionable con prisión de seis a doce años y con multa de cinco mil a diez mil pesos".

Las siguientes reformas del artículo 382 se referían principalmente a las sanciones que se debían de aplicar, y se efectuaron por decreto de 29 de diciembre de 1975 (Diario Oficial de 30 de diciembre de 1975), por decreto de 26 de diciembre de 1981 publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1981.

El Título Vigésimo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, denominado acertadamente, "Delitos en contra de las personas en su patrimonio" enumera los siguientes capítulos: I. Robo, II. Abuso de Confianza, III. Fraude, III bis. Extorsión.

IV. De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso. V. Despojo de cosas inmuebles o de aguas. VI. Daño en propiedad ajena.

La redacción del artículo 382 que rige hasta nuestros días, es la siguiente: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excede de esta cantidad pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y multas de 100 hasta 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario." (7)

Los artículos 383, 384 y 385 del mismo ordenamiento, establecen conductas ilícitas, que son sancionadas conforme a las penas impuestas al delito de abuso de confianza.

---

7. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésima novena Edición, México, 1991, pág. 126.

## B) DEFINICION Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Se han realizado varias definiciones sobre el delito de abuso de confianza, sin embargo es indudable que como antecedentes de éstas, lo son las observaciones de Miguel S. Macedo, que se encuentran en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas al Código de 1871, como resultado de los trabajos de revisión de 1912.

El maestro Ricardo Abarca, (8) define al delito de abuso de confianza como la disposición de dinero, cosas o valores ajenos, que el acusado tuvo en su poder sin adquirir derecho para disponer de ellos.

Garraud señala: el delito existe siempre que un individuo que posea a título precario la cosa ajena, se apropie de la cosa o por lo menos se conduzca a sabiendas respecto de ella, como propietario, en perjuicio de su verdadero dueño, poseedor o detentador.

Carrara define al delito de abuso de confianza, como la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño, por un título no translativo de dominio o para un uso determinado.

---

8. Abarca, Ricardo, El Derecho Penal en México, Editorial Jus, Volumen III, México, pág. 130.

El ilustre maestro González De La Vega, cita al delito de abuso de confianza como la acción perjudicial del patrimonio ajeno, en la disposición indebida, cambio ilícito de destino, del bien mueble confiado previamente al agente en precaria tenencia. (9)

El maestro Ricardo Abarca en su definición destaca los términos dinero y valores, apartándolas de las cosas en general, consideramos que los términos dinero y valores bien pueden quedar implícitos dentro de la palabra cosas.

Garraud en su definición emplea la palabra apropiar, con lo que le da la calidad de propietario o de dueño al individuo que sólo tiene la cosa en precaria tenencia, quien la posee y disfruta para sí, sin embargo la palabra disponer se refiere además a la acción de gravar o enajenar la cosa.

En la definición del insigne maestro Carrara, se le aplica el mismo señalamiento hecho a la definición de Garraud, no obstante en la definición de Carrara se puede observar además el carácter doloso en la comisión del delito.

---

9. ob. cit. pág. 161.

La definición legal del delito de abuso de confianza, se establece en el artículo 382 del Código Penal vigente para el Distrito Federal 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..."

Además de la anterior definición se consideran delitos asimilables al abuso de confianza en atención a la pena, los señalados en los siguientes artículos del mismo ordenamiento:

Artículo 383.- "Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder como depositario judicial, o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de esta;

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

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

Artículo 384.- "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme la ley".

Artículo 385.- "Se considera como abuso de confianza y se sancionará con seis meses a seis años de prisión y multa hasta de cien veces el salario a quien disponga indebidamente o se niegue sin justificación a entregar un vehículo recibido en depósito de autoridad competente relacionado con delitos por tránsito de vehículos, habiendo sido requerido por la autoridad que conozca o siga conociendo del caso".

La ley define al delito de abuso de confianza, por medio de un conjunto de circunstancias que son llamadas elementos constitutivos o integradores del delito, si falta cualquiera de estos elementos en un caso concreto, ya no existe éste delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicando el principio de estricta legalidad del delito, contenido en el artículo 14 de la Constitución de la República Mexicana, ha establecido jurisprudencia constante sobre que la falta de un elemento constitutivo destruye la especie delictiva.

Son tres los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza:

a) Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato que no transfiera el dominio;

b) Que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y

c) Que se haya dispuesto de la cosa.

En el primer elemento se puede observar que la cosa mueble se entrega, transmitiendo la posesión de la misma, pudiendo ser esto por la simple confianza que se le tiene a la persona o bien mediante la celebración de un contrato que no transmita el dominio de la cosa.

En relación al párrafo anterior, me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA.- Reside esencialmente en la disposición de la cosa ajena mueble (cum animo domini) que se ha recibido en precaria tenencia por contrato o por acto no translativo de dominio.  
De ahí que si un mecánico recibe piezas metálicas o dinero para su compra, con el fin de transformarlas en partes ajustables que formaron una nueva subantralladora y posteriormente el agente se niega a entregar a

quien le ordena el trabajo, es inconcuso que su conducta se adecuó a la descripción del tipo, por disponer para sí de las piezas del arma con ánimo de dueño en perjuicio patrimonial del ofendido.

Directo 2026/1960. Enrique Velarde Valois. Resuelto el 10 de agosto de 1960, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca.

1a. Sala.- Boletín 1960, pág. 443."

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

Directo 2086/1961. Antonio Caballos Peral. Resuelto el 8 de septiembre de 1961, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Fernando Castellanos Tena.

1a. Sala.- Boletín 1961, pág. 585, SEXTA EPOCA, Vol. LI, Segunda Parte, Pág. 9."

"ABUSO DE CONFIANZA.- Lo consume un individuo, al violar la confianza en él depositada por una persona que le estuvo entregando cheques para que los cobrara y el dinero lo conservara a su disposición, al negarse a devolver el numerario, por disponer de lo que no era suyo, ya que recibió los cheques por actos que le dieron la tenencia, pero no el dominio del dinero.

Directo 3510/1962. Juan Mercado Padilla. Resuelto el 17 de abril de 1963, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. González de la Vega. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca.

1a. Sala.- Boletín 1963, pág. 161."

El abuso de confianza se puede cometer también, cuando se viola un contrato cualquiera que transfiera la posesión del objeto mueble, aun cuando ese contrato no se haya celebrado con las formalidades establecidas por la ley civil.

En relación a la entrega de la cosa, me permito transcribir la siguiente ejecutoria sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA, CONFIGURACION DEL DELITO DE.- Si bien es cierto que el artículo 323 del Código Penal del Estado de Michoacán, al describir el abuso de confianza, señala como elemento del delito que se haya transmitido la tenencia de la cosa, tal disposición no debe interpretarse en sentido restrictivo, estimando que la transmisión deba hacerse precisamente por el ofendido, pues el delito se configura aún cuando el dinero o los objetos los recibe el autor de la infracción de una tercera persona, como sucede cuando el comisionista obtiene no del comitente, sino de terceros, cantidades pertenecientes a éste y dispone de ellas, puesto que la entrega le ha sido hecha en virtud del contrato de comisión mercantil.

Amparo directo 7764/1966. Sacramento Romero Andrade. Diciembre 7 de 1966. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. SALA.- Informe 1967, Pág. 21."

Esta ilícito requiera como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido.

Transmitir la tenencia implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión, y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito. Sólo puede estimarse que se ha transmitido a ésta dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la transmitió.

La transmisión de la tenencia no necesariamente ha de provenir de manera inmediata del sujeto pasivo, pues puede emanar de un decreto judicial, de un acto administrativo o de una orden de pago o de entrega dada directamente por el que luego resulta ofendido.

En relación al párrafo anterior, me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

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

Directo 3831/1958. Eduardo Valdez León. Resuelto el 29 de septiembre de 1958, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón, Srto. Lic. Raúl Cuevas.

1a. Sala.- Boletín 1958, pág. 581."

"ABUSO DE CONFIANZA, CUERPO DEL DELITO.- Si de las constancias de autos se concluye que el acusado, en su calidad de depositario judicial dispuso de los bienes materia del depósito, se integra al cuerpo del delito que la ley equipara al abuso de confianza, según legislación del Estado de Durango.

Directo 2827/1959. Rodimiro Simental. Resuelto el 17 de agosto de 1959, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Chávez Sánchez. Srio. Lic. Fernando Castellanos."

La posibilidad de comisión del delito de abuso de confianza subsiste en tanto que perdura la transmitida tenencia de la cosa mueble de ajena propiedad.

En los contratos no toda extralimitación del agente es constitutiva del delito de abuso de confianza. Garraud señala: "Se comete una confusión cuando se busca al delito en una simple violación del contrato o acto transmisor de la tenencia, porque el abuso de confianza no es sino una violación del Derecho de propiedad".

Las simples violaciones contractuales efectuadas por el que tiene la cosa, cuando no dan por resultado un movimiento de disposición para sí o para otro, no son constitutivas de abuso de confianza, es decir, no incurrir en sanciones penales, sino en sanciones de índole civil, como pueden ser rescisión, resarcimiento o ejecución.

Considerando que es imposible hacer una enumeración completa de los contratos o actos no translativos de dominio, que pueden dar lugar a la comisión del abuso de confianza, se limitará a señalar los principales: arrendamiento, comisión mercantil, comodato, compraventa, prenda, prestación de servicios, modalidad rescisoria del contrato de compraventa de bienes muebles, mandato, administración de sociedades y asociaciones civiles. depósito, tutela, secuestro, albaceazgo y sindicatura.

En el arrendamiento.- El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2,398 dice: "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto".

El artículo 2,400 del Código Civil señala: "Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales", y el artículo 2,425 que establece "El arrendatario está obligado: "I.- .... II.- ...; III.- A servirse de la cosa solamente para el uso convenido o conforme a la naturaleza y destino de ella".

En el arrendamiento el delito de abuso de confianza solamente puede cometerse cuando el objeto o cosa dada en arrendamiento sea un bien mueble.

El arrendatario que se extralimita en sus derechos sobre la cosa incurrirá en las sanciones penales del abuso de confianza, cuando esa extralimitación se manifieste en la forma de disponer u obrar sobre la cosa cum animo domini, sea para venderla, gravarla o empeñarla o sea para retenerla como si fuera su dueño, sin embargo cuando hay un incumplimiento de un contrato en sus obligaciones, ya sea porque el arrendatario, vencido el plazo, continúe gozando el bien o cuando subarriende no obstante falta la autorización del dueño o cuando se use la cosa para un fin distinto de lo pactado en el contrato, siempre y cuando no lleven incluido el ánimo de apropiación, ameritarán simples sanciones de carácter civil.

En el mandato.- El artículo 2.546 del Código Civil establece: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

Dentro de sus grandes variedades, puede traer como consecuencia la recepción precaria de bienes por el mandatario para destinarlos a ciertos usos o con obligación restitutoria. En estos casos, como el mandato no es traslativo de dominio, los actos de disposición indebida serán constitutivos del delito de abuso de confianza cuando se integren todos sus elementos.

El artículo 2,572 señala: "El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión; así como los de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyó en mora". El ilustre maestro González de la Vega a este respecto dice: (10) "Con el anterior precepto se ha dado lugar a la ingenua interpretación de que si el mandatario dispone de las sumas no es acreedor a la represión penal, puesto que el Código Civil se limita a señalar la sanción privada de pago de los intereses y de las cantidades en que resulte alcanzado. Nada autoriza semejante criterio porque no existe delito patrimonial que al mismo tiempo no entrañe una violación de los derechos civiles; en otras palabras, cualquier tipo de delito que afecte al patrimonio de las personas amerita dos diversas categorías de sanciones, la propiamente penal y la de reparación del daño, y dentro de ésta la restitución o la indemnización en su caso, más los daños."

En la comisión del delito de abuso de confianza en un contrato de mandato, se requiere para poder considerar responsable al sujeto activo del ilícito, primero: que se tenga por concluido el mandato, segundo: se realice la liquidación de cuentas y tercero: se le requiera para que haga entrega del saldo en su contra y no lo entregue.

---

10. ob. cit. pág. 236.

A este respecto se transcribe la siguiente jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Segunda Sala, y dos ejecutorias sustentadas por la Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO.- Para que a un mandatario se le pueda considerar como responsable del delito de abuso de confianza, se necesita que, al concluir el mandato, hecha la liquidación de cuentas y requerido para que haga entrega del saldo de su cuenta no lo verifique.

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

JURISPRUDENCIA 3 (Quinta Epoca), Pág. 5. Volumen 10. Sala Segunda Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965. JURISPRUDENCIA 3, Pág. 18; en el Apéndice de fallos 1917-1954, JURISPRUDENCIA 6, Pág. 24."

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

Amparo directo 2954/1965. J. Jesús Gómez Reyes. Octubre 21 de 1965. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Mario G. Rebollo F.

1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen C. Segunda Parte, Pág. 16."

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

Amparo directo 7164/66. Sacramento Romero Andrade. Diciembre 7 de 1966. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. Sala.- Sexta Época. Volumen CXIV, Segunda Parte. Pág. 16."

En la tutela, albaceazgo y sindicatura.- Los tutores, albaceas o síndicos reciben los bienes para su guarda y administración con obligación de restituir. La disposición que realicen sobre los bienes muebles conformará el delito de abuso de confianza.

En el segundo elemento se entiende que la confianza debe ser adquirida por otros fines, causas o motivos diferentes al de disponer de lo ajeno, es decir el origen de la confianza se desarrolla por circunstancias que no tienen relación con la disposición de lo ajeno.

El tercer elemento es la disposición para sí o para otro, en otras palabras: "Ejercitar en las cosas muebles facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas".

El maestro González De La Vega señala: "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 su propietario, sea para apropiárselo en forma de ilícita retención -disponer para sí- o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona -disponer para otro-". (11)

El maestro Pavón Vasconcelos dice al respecto: "Disponer de una cosa es apropiarse de la misma con ánimo de dominio". (12)

En el mismo sentido el maestro Jiménez Huerta dice: "Disponer de una cosa ajena, tanto significa como apropiársela, esto es, como hacerse dueño de ella de propia autoridad".

En el Código Penal mexicano se utiliza la frase "disposición para sí o para otro", en el Código francés dice "distraindre o dissiper", en el español se habla de las acciones de apropiarse o destruir, el de Suecia se refiere a las operaciones de cambiar,

---

11. Idem. pág. 227.

12. ob. cit. pág. 160.

separar o de cualquiera otra manera destruir la propiedad de que se es datentador, y por último, el Código italiano, con mayor claridad, menciona la "apropiación indebida".

En relación a la disposición o apropiación del bien recibido en simple tenencia se transcribe la siguiente ejecutoria sustentada por los Tribunales Colegiados de Circuito:

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

Amparo en revisión 215/74. Jaime Espinoza Mandujano. agosto 29 de 1974. Ponente: Magistrado Renato Sales Gasque. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villahermosa).

Tribunales Colegiados. Séptima Época, Volumen 68, Sexta Parte, página 15.

Tribunales Colegiados Informe 1974, Tercera Parte, página 332.

La disposición del bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza, siempre que, por supuesto, estén reunidas las demás condiciones jurídicas de la infracción.

Resulta importante fijar el momento de consumación del delito de abuso de confianza, especialmente para determinar el término legal de su prescripción.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 399 bis, establece:

"Artículo 399 bis.- . . .

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395."

El artículo 107 del Código Penal, señala:

"Artículo 107.- Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia.

Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio."

Reunidos todos los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, y posteriormente el sujeto activo y el ofendido celebran un convenio sobre la forma de reparar el daño, su naturaleza jurídica como acto ilícito no puede ser desvirtuada.

En relación a lo anterior se transcribe la siguiente jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Segunda Sala:

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

Quinta Epoca:		Págs.
Tomo XLII	Contreras López A.	3499
Tomo LV	Solis José	920
Tomo LXXXIV	Valdés Valdez Manuel	1615
Tomo CXI	Martínez Flores I.	167
Tomo CXV	Toca 1730-48	771

JURISPRUDENCIA 2 (Quinta Epoca), Pág. 3, Volumen 10, Sala Segunda Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965. JURISPRUDENCIA 2, Pág. 15; en el Apéndice de fallos 1917-1954, JURISPRUDENCIA 5, Pág. 21."

### C) CARACTERISTICAS QUE LO DIFERENCIAN DE OTROS DELITOS PATRIMONIALES

Los delitos de abuso de confianza, robo y fraude tienen como característica común el tutelar el patrimonio de las personas, la distinción radica en la distinta forma de agresión a ese bien jurídico, según la figura delictuosa de que se trata, la agresión patrimonial será distinta.

El abuso de confianza, el robo y el fraude son delitos que en sus móviles y en sus efectos tienen la más profunda analogía.

Los citados delitos coinciden en sus resultados porque todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. Es decir los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción.

Como se dijo anteriormente la forma de la agresión al bien jurídico es lo que marca la diferencia entre los delitos de abuso de confianza, robo y fraude, variando la forma de los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno.

Si se trata del abuso de confianza la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión derivada.

En el robo la acción ilícita lo es el apoderamiento de la cosa sin el consentimiento de la víctima; este apoderamiento, en las formas primitivas y brutales del delito, se logra empleando violencias física o moral, o por la habilidad en la maniobra para apoderarse de la cosa o por su furtividad.

Con relación al fraude, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de una actitud engañosa asumida por ésta.

Las principales diferencias entre el delito de abuso de confianza y el delito de robo son las siguientes:

En el delito de robo, el elemento material consiste en el apoderamiento y en el delito de abuso de confianza en la disposición. (13)

El bien jurídico protegido en el robo es la posesión y propiedad, y en el abuso de confianza la propiedad.

---

13. Porta Petit Candaudap, Celestino, Robo Simple, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1984, pág. 157.

En el delito de robo no se requiere ningún presupuesto del delito. En cambio, el delito de abuso de confianza requiere la "tenencia" o sea, la "posesión derivada".

El sujeto activo en el delito de robo puede ser cualquiera, es decir, es "común" o "indiferente". En tanto que en el abuso de confianza, es "propio", "especial" o "exclusivo", porque sólo puede ser el que tiene la posesión derivada.

En el delito de robo existe el arrepentimiento post factum, así lo establece el artículo 375 del Código penal vigente para el Distrito Federal, y en el delito de abuso de confianza no.

El artículo 375 del Código penal dice: "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia."

En el delito de robo el núcleo del tipo radica en el verbo apoderarse, y en el delito de abuso de confianza se establece el verbo disponer.

De lo anterior se obtiene otra diferencia entre el robo y el abuso de confianza, ya que el que roba no tiene la cosa y se apodera de ella, lo que no sucede en el abuso de confianza, en el que el autor tiene la cosa por voluntaria entrega que de ella se le hace y dispone de ésta.

En el robo la cosa puede tener un valor económico o afectivo, y en el abuso de confianza el valor es únicamente económico.

El sujeto pasivo en el robo es el titular del bien jurídico tutelado y en el abuso de confianza es el que da la posesión derivada.

No obstante lo anterior el delito de robo y el de abuso de confianza tienen analogías, de las cuales se mencionarán algunas de ellas:

Están reglamentados en el Código Penal en su título vigésimo segundo denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio.

En ambos delitos el elemento material está constituido por un hecho, abarcando una conducta, un resultado material y un nexo causal.

En ambos se presenta el aspecto negativo de la conducta.

Ambos delitos están compuestos por elementos material, normativo y subjetivo del injusto.

En ambos delitos el objeto material es una cosa, (que puede ser sólida, líquida o gaseosa).

En ambos delitos la cosa es un bien mueble.

En ambos delitos la cosa es ajena.

En ambos delitos se requiere que no haya consentimiento.

Se requiere en estos delitos el elemento subjetivo del injusto: ánimo de dominio.

Se exige en ambos delitos la ilegitimidad: "sin derecho".

Se puede dar la atipicidad en el delito de robo y en el de abuso de confianza por:

- a) Falta de bien jurídico.
- b) Falta de objeto material.
- c) Falta de ajeneidad de la cosa (ser propia)
- d) Falta del elemento subjetivo del injusto (ánimo de dominio).
- e) Existir consentimiento.

Estos delitos son dolosos.

El delito continuado se puede presentar en ambos delitos.

Dentro de las diferencias que existen entre el abuso de confianza y el fraude se citan las siguientes:

Para la existencia del fraude, el engaño debe ser anterior al lucro o provecho que se obtenga por virtud de él, y debe ser causa del mismo.

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

Entre el delito de abuso de confianza y el delito de fraude el elemento esencial de distinción, es si el dolo existía con anterioridad o no a la entrega de la cosa. Si existía con anterioridad, seguramente se trata del delito de fraude, por el contrario si apareció con posterioridad a la entrega de la cosa, seguramente se trata del delito de abuso de confianza. (14)

---

14. Arroyo Alba, Francisco, Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude, U.N.A.M. Imprenta Universitaria, Primera Edición, México, 1962, pág. 68.

En el delito de fraude el bien es transmitido a cambio de otra contraprestación, falsa o parcialmente verdadera o en virtud de un convenio recíproco, aun cuando sea una supuesta contraprestación, situación que no sucede en el delito de abuso de confianza, porque la transmisión del bien es para tal o cual fin, es decir un encargo concreto donde existe una relación de subordinación.

La esencia del delito de abuso de confianza consiste en la disposición y la esencia del delito de fraude consiste en el engaño.

El delito de abuso de confianza sólo puede cometerse sobre bienes muebles, en cambio el delito de fraude puede atacar indistintamente a bienes muebles e inmuebles.

En relación a lo anterior, me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que, mientras en el primero el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el segundo la cosa se obtenida empleando el engaño, o aprovechándose del error en que la víctima se encontraba; medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto, o el lucro propuestos.

Número del amparo: 2319/56/1. Quejoso: José Vázquez García. 11 de octubre de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Luis Chico Goerne. Secretario: José M. Ortega.

1a. Sala.- Informe 1956, pág. 21. Quinta Epoca, Tomo CXXX, pág. 157."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS (COMISIONISTAS).- Si un empleado de la ofendida recibe mercancía para su venta en comisión sin que la obtenga como consecuencia de engaño o aprovechamiento de error, sino en su calidad de agente vendedor de la empresa que contrató sus servicios, al pignorar la mercancía que se le entrega para su venta y distraer de su destino objetos muebles de los cuales disfrutaba la tenencia, más no el dominio, configura el delito de abuso de confianza, sin que importe la circunstancia de que el acusado llene con nombres y datos supuestos o falsos las tarjetas en que debe anotar las ventas reales, ya que tal circunstancia no determina la entrega de la mercancía ni el lucro obtenido, sino que dicha maniobra tiene como finalidad la ocultación del delito, por lo que el engaño derivado de esos hechos, es posterior a la comisión del abuso de confianza y no constituye fraude.

Amparo directo 6290/1962. José Vázquez Palacios. Octubre 27 de 1965. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Agustín Mercado Alarcón.

1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen C, Segunda Parte, pág. 17."

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

Amparo directo 2381/1965. Armando Aburto Hernández. julio 29 de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A.

1a. Sala.- Sexta Época. Volumen XCVII, Segunda Parte, pág. 30.

1a. Sala.- Informe 1965, pág. 20. "ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE". Texto idéntico, tesis 26, pág. 9, de nuestro volumen ACTUALIZACION I PENAL."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE (SU DIFERENCIACION) AGUASCALIENTES.- Si bien es cierto que el quejoso, antes de disponer del dinero, elaboró falsamente un cheque, también lo es, que esa falsificación no la hizo para hacer que mediante esos engaños se le entregara la suma de que dispuso, puesto que la tenía con anterioridad lícitamente en razón de su cargo como cajero, sino que al falsificar el cheque, sólo preparaba con la debida anticipación, la documentación necesaria para ocultar el delito y así, no obtuvo la posesión del dinero mediante el referido engaño, ni su intención de disponer del numerario fue anterior a su entrega, por lo que debe considerarse que en el caso el delito que se cometió: fue el de abuso de confianza.

Amparo directo 2189/67. J. Jesús García González. abril 24 de 1968. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. Sala.- Informe 1968, pág. 21."

No obstante lo anterior el delito de fraude y el de abuso de confianza tienen analogías, de las cuales se mencionarán algunas de ellas:

Están reglamentados en el Código Penal en su título vigésimo segundo denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio.

En ambos delitos el elemento material está constituido por un hecho, abarcando una conducta, un resultado material y un nexa causal.

En ambos se presenta el aspecto negativo de la conducta.

Ambos delitos están compuestos por elementos material, normativo y subjetivo del injusto.

En ambos delitos la cosa es ajena.

En ambos delitos se requiere que no haya consentimiento.

Se requiere en estos delitos el elemento subjetivo del injusto: ánimo de dominio.

Se exige en ambos delitos la ilegitimidad: "sin derecho".

Estos delitos son dolosos.

El delito continuado se puede presentar en ambos delitos.

#### D) REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD CON RELACION A ESTE ILICITO

El requisito de procedibilidad en relación al delito de abuso de confianza es aquél que se debe cubrir para poder ejercitar la acción penal en contra del abusario.

El requisito de procedibilidad del delito de abuso de confianza, es la querrela, el artículo 399 bis. del Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Artículo 399 bis.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a los que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 393."

La querrela es definida por el maestro Rafael de Pina como el "acto procesal de parte (o del Ministerio Público) mediante el que se ejerce la acción penal." (15)

---

15. De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., Decimoquinta Edición, México, 1988, pág. 407.

El maestro Guillermo Colín Sánchez considera a la querrela como un requisito de procedibilidad y lo conceptúa como "un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido." (16)

En el delito de abuso de confianza no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estime necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para este delito, sin la manifestación de la voluntad del que tiene ese derecho.

En México el ofendido no interviene en forma directa en el proceso penal, sin embargo el artículo 9o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que "La persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño."

Los ofendidos por el delito de abuso de confianza son todos aquellos que por cualquier motivo han resentido en su patrimonio algún daño consecutivo a la disposición indebida.

---

16. Colín Sánchez, Guillermo, Comentarios de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, México, 1989, pág. 265.

El legislador ha considerado que en determinados casos debe hacerse una valoración diferente en orden a la perseguibilidad de los delitos, al estimar que algunos bienes jurídicos que resultan afectados, o algunas formas en que la conducta se manifiesta, tienen una mayor importancia para la víctima o su causahabiente y por ello impone al Ministerio Público la obligación de esperar la manifiesta voluntad de la víctima o de su causahabiente, para poder ejercitar la acción penal.

En el delito de abuso de confianza, que si bien afecta al patrimonio de las personas, por su especial forma de presentación requiere de la voluntad de la víctima o del titular del derecho afectado para su posible persecución.

De lo anterior puede quedar la querrela entendida como la manifestación de voluntad de la víctima del hecho típico o del titular del derecho afectado, para que se persiga por parte del Ministerio Público el hecho particular de que se trate.

Es importante aclarar que la querrela no equivale en ninguna forma a la acción penal y que ésta es siempre un derecho cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público, mientras que la querrela es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, y su titular es el ofendido.

Hasta el año de 1965 resulto de especial interés la cuestión de si los mandatarios de las personas físicas y representantes legales y mandatarios de las personas morales podían querellarse por los delitos de abuso de confianza perpetrados en contra de sus mandantes y representadas. Este interés especial surgió por el hecho de que en las resoluciones de algunos tribunales entronizó la tesis de que para perseguir los delitos de abuso de confianza perpetrados en perjuicio de personas físicas o morales, "la querrela debe presentarse por quien tenga poder especialísimo al efecto y otorgado, de consiguiente, con posterioridad a cuando la víctima conoció el delito con especificación concreta de éste y de las personas acusadas ...".

La tesis citada carecía de bases jurídicas en nuestro ordenamiento positivo y desorganizaba anárquicamente los institutos de la representación y del mandato. Pues, en primer lugar, era una artificiosa creación convicta de irrealidad privatística, pues el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2553, sólo reconoce los poderes generales y los especiales, y en los generales "basta que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna", conforme a lo que establecen los artículos 2554 y 2587 del Código Civil.

En segundo lugar era un paralogismo inaceptable, sostener, como se hizo en alguna resolución judicial, que "un poder general civil no es apto para deducir acciones penales ni formular querellas de carácter penal en nombre del mandante .... porque tal poder sólo es válido para asuntos civiles y porque la materia penal se rige por los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, que son de derecho público y no por el Código Civil que es de derecho privado", pues el mandato y la representación jurídica de las personas físicas y morales es materia estrictamente privatística regida exclusivamente por las leyes civiles y mercantiles, sin que cambie su naturaleza propia, al hecho de que la representación o el mandato se ponga en función en un asunto penal.

En tercer lugar aunque se aceptase que no tiene ningún valor jurídico un mandato otorgado en los términos del Código Civil para ejercerlo en el ámbito penalístico, ni en el Código Penal ni en el de Procedimientos penales había el más mínimo argumento para sostener la tesis del "poder especialísimo otorgado ... con posterioridad a cuando la víctima conoció el delito, con especificación concreta de éste y de las personas acusadas ...", pues, por el contrario, por lo que respecta a la jurisdicción común en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales se establecía con gran liberalidad que "cuando para la persecución

de los delitos se haga necesaria la querrela .... si a nombre de la persona ofendida comparece alguna otra, bastará para tener por formulada la querrela, que no haya oposición de la parte ofendida", y por lo que atañe a la jurisdicción federal, en el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales se estatua que para la presentación de querrelas se admitirá la intervención de apoderado jurídico que "tenga poder con cláusula especial o instrucciones concretas de sus mandantes para el caso". Resulta pues, que en ninguno de los Códigos que normaban los procedimientos penales había referencia alguna a ese poder especialísimo que arbitrariamente se exigía en dicha tesis. Por el contrario, en el Distrito y Territorios Federales se disponía con toda claridad que en tanto no hubiere oposición de la persona ofendida, bastaba la querrela presentada por cualquier persona a nombre de aquélla, esto es, se hacía referencia a las reglas privatistas que reglan el mandato y la representación jurídica, y en el Federal se hacía expresa mención al "poder con cláusula especial", o sea, al oriundo del Derecho Privado. (17)

Resultaba tan arbitraria y caprichosa la citada tesis judicial y tan profunda e inexplicable el arraigo en las resoluciones de los tribunales, que se consideró necesario modificar por decreto de fecha 2 de enero de 1965, publicado en

---

17. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, La Tutela Penal del Patrimonial, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1977, pág. 130.

el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de ese mismo año el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, y por decreto de fecha 8 de noviembre de 1965, publicado el 6 de diciembre de ese mismo año el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Es importante aclarar que en la actualidad no existen en los Estados Unidos Mexicanos, Territorios Federales, por lo que ahora la legislación se denomina Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sin embargo dichas modificaciones se mantienen hasta nuestros días y a continuación se transcriben:

Artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales.-

"No se admitirá intervención de apoderado jurídico para la presentación de denuncias, salvo en el caso de personas morales que podrán actuar por conducto de apoderado general para pleitos y cobranzas. Las querellas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sean necesarios acuerdo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas del mandante".

Artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- "Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquellas legalmente.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo".

En relación a lo anterior me permito transcribir la siguiente ejecutoria sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

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

Amparo directo 7307/1962. Jaime Ortega Rodríguez. Enero 20 de 1966. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Mario G. Rebolloso F.

1a. Sala.- Sexta Época. Volumen CIII. Segunda Parte, pág. 34."

El derecho de querrela se extingue:

- a) Por muerte del agraviado.
- b) Por perdón.
- c) Por desistimiento.
- d) Por muerte del responsable, y
- e) Por prescripción.

a) Por corresponder al agraviado el derecho de querrellarse, si éste muere ese derecho se extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercitó y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir el delito.

En el supuesto de que muera el representante del particular, o de una persona moral con facultades para querrellarse, el derecho no se extingue, debido a que la titularidad del derecho corresponde al ofendido y no al representante, en quien sólo se han delegado facultades para hacerlo valer.

Es posible que siendo varios los querellantes uno de ellos muera, en este caso la querrela debe subsistir.

b) El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo cometió. (18)

Quando esto sucede bastará que así lo manifieste el ofendido, sin que sea necesaria la explicación del porqué de su determinación. En la práctica, cuando ocurre, generalmente, los ofendidos manifiestan que se desisten de la querrela "por convenir así a sus intereses".

Las personas facultadas para otorgar el perdón son las siguientes:

- 1.- El ofendido.
- 2.- El legítimo representante y
- 3.- El tutor especial.

El artículo 93 del Código Penal para el Distrito federal establece:

Artículo 93.- "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

---

18. Ob. cit., pág. 272.

Quando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor."

Por la naturaleza especial de los delitos que se persiguen por querrela como el abuso de confianza, el perdón o consentimiento del ofendido determina la cesación del procedimiento o la ejecución de la pena, extinguiéndose en consecuencia, el derecho de querrela, porque si ha habido capacidad para querrellarse, es lógico que en uso de la misma, se pueda perdonar.

Cuentan con la misma facultad todos los que han sido reconocidos ante la autoridad como legítimos representantes o mandatarios autorizados con poder especialísimo y cláusula especial. A este respecto es importante aclarar que la facultad otorgada al representante o mandatario para presentar querrela no tenga como limitante la facultad para otorgar perdón y/o desistirse de la acción, para que pueda ser procedente.

Es frecuente que se otorgue el perdón sin tener facultades, por faltas de capacidad legal, como en el caso de los menores, en esas condiciones, quien acredite legalmente ser el que ejerce la patria potestad puede otorgarlo, y a falta de éste, el órgano jurisdiccional designará un tutor especial.

En virtud de no estar previsto legalmente el procedimiento a seguir para tal designación, el juez podrá hacerla recaer sobre cualquier persona apta para ello.

El perdón en general, puede otorgarse en cualquier estado de la averiguación previa, durante el proceso y en algunos casos, en ejecución de sentencia.

c) El desistimiento produce, como efecto principal, hacer cesar toda intervención de autoridad, en consecuencia, presentado durante la averiguación previa o en el curso de la instrucción procesal, y una vez satisfechos los requisitos legales, al dictarse la resolución respectiva, produce efectos plenos, de tal manera que, no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

d) Si muere el ofensor se extingue el derecho de querrela por falta de objeto y finalidad, y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o aun en la ejecución de sentencia.

e) La prescripción se entiende como la auto limitación que el Estado se impone para perseguir o sancionar los delitos por razón del tiempo transcurrido.

La prescripción extingue el derecho de querrela y a continuación se citarán los preceptos legales que se ocupan de la prescripción en relación al delito de abuso de confianza, establecidos en el Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 100.- "Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos."

Artículo 101.- "La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción.

La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso."

Artículo 107.- "Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia.

Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio."

Tomando como base lo anterior, en relación al delito de abuso de confianza, la acción penal prescribe en un año después de que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente.

Sin embargo, si la parte ofendida no tiene conocimiento del delito y del delincuente, la acción penal prescribe en el término de tres años.

Artículo 109.- "Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable."

La misma ley ha establecido las causas que pueden interrumpir el curso de la prescripción en los siguientes artículos:

Artículo 110.- "La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia."

Artículo 111.- Las prevenciones contenidas en el artículo anterior, no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la aprehensión del inculcado."

A continuación se expondrán algunos ejemplos que se pueden suscitar con relación a lo anterior:

Quando hay conocimiento por parte del ofendido del delito y del autor del mismo, puede ocurrir:

I.- Si el titular de la querrela sabe del delito y su autor y se querrela dentro de los seis meses siguientes al agotamiento del hecho, su actividad interrumpe el curso de la prescripción.

II.- El titular de la querrela sabe del delito y su autor dentro de los primeros seis meses del agotamiento de la conducta, pero se querrela fuera de esos primeros seis meses a partir del conocimiento. en este caso, la querrela no interrumpe el curso de la prescripción, que será en su término total de un año, contado a partir del conocimiento.

III.- El titular de la querrela sabe del delito y su autor fuera de los primeros seis meses, pero antes del año y formula la querrela dentro del año, pero fuera de los primeros seis meses. Tampoco aquí habrá interrupción de la prescripción, y el mismo debe ser considerado como de un año en total, entre tanto que el cómputo se inicia a partir del día de conocimiento.

IV.- El Ministerio Público deduce ante los tribunales la acción penal, con base en una querrela formulada dentro de los primeros seis meses del agotamiento del hecho. La prescripción en este caso se ve interrumpida en su curso y se siguen las reglas relativas al término medio aritmético de la sanción probable.

A este respecto el artículo 105 establece la regla general para establecer el término que debe considerarse para que opere la prescripción.

Artículo 105.- "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años."

V.- Con base en una querrela del titular el Ministerio Público deduce la acción dentro del término de un año, pero si la querrela no ha interrumpido el curso de la prescripción, tampoco la acción del Ministerio Público producirá ese efecto.

Quando no hay conocimiento por parte del ofendido del delito y del autor del mismo, pueda ocurrir:

I.- Si el titular de la querrela ignora el delito y su autor habiendo transcurrido un año del agotamiento del hecho, la querrela que formule dentro de los primeros dieciocho meses interrumpe la prescripción, no así la que formule fuera de este lapso.

II.- La acción del Ministerio Público deducida ante los tribunales dentro de los primeros dieciocho meses remite el problema de la prescripción a la fórmula de los delitos de oficio en orden a su perseguibilidad y consecuentemente al término medio aritmético de la pena probable.

III.- La acción deducida por el Ministerio Público fuera de los primeros dieciocho meses no interrumpe el curso de la prescripción, que en su total es de tres años. En estos casos, sólo la aprehensión legal del inculcado podrá ser causa de interrupción.

En estos ejemplos que se mencionan debe insistirse en que el inicio del curso de la prescripción es a partir del agotamiento del hecho, ya que si se pretendiera tomar como base inicial el conocimiento del ofendido o de la víctima titulares de la querrela, se desnaturalizaría la esencia misma de la prescripción, que busca la seguridad jurídica. Por ello, en estos casos en los que el titular de la querrela ignora inicialmente el delito y su autor es más importante aceptar que el inicio del curso de la prescripción es a partir del agotamiento del delito, pues en otra forma el término máximo de tres años se prolongaría indefinidamente, lo que no es idea del legislador.

## E) PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

Como se sabe el delito de abuso de confianza, es una figura delictiva recientemente creada por el Derecho Penal Moderno, al consagrarlo como un delito especial autónomo, con elementos propios que lo distinguen de los demás delitos patrimoniales.

Es en la Ley francesa de 29 de septiembre de 1791 cuando se establece la distinción entre el abuso de confianza y los demás delitos patrimoniales.

Pero es en el Código Napoleónico de 1810 es donde se encuentra la verdadera creación del delito de abuso de confianza, el que posterior a las reformas de 26 de abril de 1832 y de 13 de mayo de 1863, le dieron mayor alcance, lo que sentó las bases del actual delito de abuso de confianza.

En la legislación mexicana aparece por primera vez el delito de abuso de confianza en el Código de 1871, en los artículos 405 al 412 del Capítulo IV correspondiente al Título Primero del Libro Tercero, denominado "Delito contra la Propiedad".

Actualmente el delito de abuso de confianza se encuentra regulado en el Código Penal para el Distrito Federal en su Título vigésimosegundo denominado "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio", Capítulo II, que comprende los artículos 382, 383, 384 y 385.

En atención a la definición del delito de abuso de confianza considero que la señalada por el maestro González De la Vega se apega más a la definición legal contemplada en el Código Penal, quien cita al delito de abuso de confianza como "la acción perjudicial del patrimonio ajeno, en la disposición indebida, cambio ilícito de destino, del bien mueble confiado previamente al agente en precaria tenencia".

La ley define al delito de abuso de confianza, por medio de un conjunto de circunstancias que son llamadas elementos constitutivos o integradores del delito, si falta cualquiera de estos elementos en un caso concreto, ya no existe este delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicando el principio de estricta legalidad del delito, contenido en el artículo 14 de la Constitución de la República Mexicana, ha establecido jurisprudencia constante sobre que la falta de un elemento constitutivo destruye la especie delictiva.

Son tres los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza:

a) Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio;

b) Que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y

c) Que se haya dispuesto de la cosa.

Este ilícito requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido.

En el segundo elemento se entiende que la confianza debe ser adquirida por otros fines, causas o motivos diferentes al de disponer de lo ajeno, es decir el origen de la confianza se desarrolla por circunstancias que no tienen relación con la disposición de lo ajeno.

El tercer elemento es la disposición para sí o para otro, en otras palabras: "Ejercitar en las cosas muebles facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas".

La disposición para bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza, siempre que, por supuesto, estén reunidas las demás condiciones jurídicas de la infracción.

Resulta importante fijar el momento de consumación del delito de abuso de confianza, especialmente para determinar el término legal de su prescripción.

Para efectos de este trabajo es importante resaltar las diferencias que existen entre el delito de abuso de confianza y el fraude.

Los citados delitos coinciden en sus resultados porque importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece.

La agresión al bien jurídico es lo que marca la diferencia entre los delitos de abuso de confianza y fraude, variando la forma de los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno.

Si se trata del abuso de confianza la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión derivada.

Con relación al fraude, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de una actitud engañosa asumida por éste.

Para la existencia del fraude, el engaño debe ser anterior al lucro o provecho que se obtenga por virtud de él, y debe ser causa del mismo.

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

Entre el delito de abuso de confianza y el delito de fraude el elemento esencial de distinción, es si el dolo existía con anterioridad o no a la entrega de la cosa. Si existía con anterioridad, seguramente se trata del delito de fraude, por el contrario si apareció con posterioridad a la entrega de la cosa, seguramente se trata del delito de abuso de confianza.

La esencia del delito de abuso de confianza consiste en la disposición y la esencia del delito de fraude consiste en el engaño.

El requisito de procedibilidad en relación al delito de abuso de confianza es la querrela, la cual se debe cubrir para poder ejercitar la acción penal en contra del abusario.

En el delito de abuso de confianza no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estime necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para este delito, sin la manifestación de la voluntad del que tiene ese derecho.

En el delito de abuso de confianza, que si bien afecta al patrimonio de las personas, por su especial forma de presentación requiere de la voluntad de la víctima o del titular del derecho afectado para su posible persecución.

De lo anterior puede quedar la querrela entendida como la manifestación de voluntad de la víctima del hecho típico o del titular del derecho afectado, para que se persiga por parte del Ministerio Público el hecho particular de que se trate.

Es importante aclarar que la querrela no equivale en ninguna forma a la acción penal y que ésta es siempre un derecho cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público, mientras que la querrela es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, y su titular es el ofendido.

## CAPITULO II

DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE ESTE DELITO.

LA POSESION PRECARIA DEL BIEN.- LA RENDICION DE CUENTAS DE LO ADMINISTRADO.- EL REQUERIMIENTO FORMAL DE LOS BIENES.- PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR.

## CAPITULO II

### DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE ESTE DELITO

#### A) LA POSESION PRECARIA DEL BIEN

La posesión del bien en el delito de abuso de confianza, se entiende como la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto al de la mera detentación material.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, nos dice que la diferencia que existe entre un poseedor precario y el poseedor derivado "radica en que este último recibe la cosa a virtud de un acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma; en cambio el precarista la tiene ante su alcance puramente material a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa e inmediatamente sobre el objeto". (19)

En los mismos términos señala el maestro Celestino Porte Petit Candaup al decir "mientras que el poseedor derivado que dispone del bien, comete el delito de abuso de confianza, el precarista lo que ejecuta es un robo". (20)

---

19. Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, México, 1969, pág. 139.

20. Porte Petit Candaup, Celestino, Robo Simple, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1984, pág. 15.

En relación a lo anterior se tienen como ejemplos los siguientes: El doméstico tiene dentro de su esfera material los útiles de su trabajo, pero sin que sobre los mismos haya recaído un acto jurídico que lo tenga como objeto directo inmediato. En igual condición se encuentra el dependiente en relación con las mercancías que vende a los compradores. Es decir, cuando la cosa mueble está dentro de la esfera material de una persona como consecuencia de un acto jurídico cuyo objeto sea distinto al de la cosa en sí, no tendrá una posesión derivada sino una posesión precaria.

El dependiente es un precarista en relación con las mercancías porque aun cuando las tenga dentro de su alcance material, ello sucede a virtud del contrato laboral correspondiente, situación similar ocurre con el doméstico.

Los empleados de las negociaciones mercantiles encargados únicamente de recibir el dinero con el que se paga la mercancía recibida por los compradores no son poseedores derivados en el sentido técnico, si reciben el dinero lo hacen a virtud de la naturaleza de su empleo pero no porque se les dé un poder sobre la cosa.

Cuello Calón considera "que la apropiación suocne que al culpable se halle en posesión de la cosa, en virtud de un acto de transmisión del dueño, mediante el cual este haya expresado su ánimo de despojarse de tal posesión". (21)

Situación que puede suceder si por ejemplo el sujeto pasivo entrega la cosa al maletero para que la traslade a su domicilio, mientras tal pasajero dirigiéndose por otro rumbo, va a atender un negocio, en ese caso la cosa ha salido de la esfera de poder y vigilancia del pasajero, de tal manera que si el maletero dispone de la cosa ya no está cuebrantando una posesión ajena, ya que la posesión se le ha dado al trasportador de la cosa y cometerá el delito de abuso de confianza o, tal vez, el delito de fraude.

Es importante determinar en que medida son sinónimos tenencia y posesión, para lo cual es conveniente dar lectura a los artículos 790, 791, 793 y 798 del Código Civil para el Distrito Federal que a continuación se transcriben:

Artículo 790.- "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793.

Posee un derecho el que goza de él."

---

21. Ob. cit., pág. 141.

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

Artículo 793.- "Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de ésta en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor."

Artículo 798.- "La posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído."

De lo anterior se desprende que existen dos clases de posesión, la originaria y la derivada. La ley se refiere a la

posesión derivada bajo la expresión de tenencia, dado que el poseedor precario recibe del dueño el derecho de retener la cosa temporalmente pero no puede ejercer sobre ella ningún acto de dominio, al contrario de lo que sucede en aquella posesión o poder de hecho que se ejerce en concepto de dueño.

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

No se debe confundir la simple detentación de la cosa con la posesión que sobre ella tiene el sujeto activo, como situación previa y necesaria al acto de disposición integrante del delito; lo consiste en la entrega material sino el traslado de la posesión de la cosa, ya que mientras subsista la vigilancia del titular, su recepción no dejará de ser una simple detentación, un contacto o acceso que no puede, por sí, otorgarle al sujeto activo poder alguno respecto de la cosa.

Es acertado lo anterior, puesto que no habrá posesión y consiguientemente no podrá hablarse de transmisión de la tenencia de la cosa, mientras ésta se mantenga dentro de la esfera de poder del dueño, ya por estar bajo su vigilancia directa o ejercida a través de un tercero, bajo su vigilancia, o bien en su esfera de actividad, sin que el acceso a la misma por parte del sujeto activo signifique renuncia del propietario al poder de hecho y de derecho que como dueño tiene sobre la misma.

La entrega de la maleta al cargador, a quien se encomienda su traslado, bajo la mirada del dueño, no implica traslación de la posesión.

La teoría desarrollada por el maestro Sebastián Soler dice "el propietario o poseedor de una cosa proyecta su poder dentro de determinada esfera sobre el objeto y sobre el espacio que ocupa porque todo está comprendido dentro de una esfera global de actividad, cuyos alcances están señalados por límites muchas veces de puro valor simbólico", por ejemplo una persona posee todos los objetos que tiene en su casa aún en los rincones más apartados aunque nunca concorra a esos lugares o aún cuando nunca los tenga en sus manos, es decir dentro de determinada esfera que en el presente caso se limita por el inmueble mismo.

Existe un límite de la posesión que es esa vinculación directa de vigilancia y de poder sobre la cosa y cuando ese límite es rebasado, ya no existe la posesión. Ese límite se encuentra en la cosa perdida o abandonada. Cuando una cosa se encuentra en cualquiera de estas condiciones ya ha salido de la esfera de vigilancia y de poder del propietario y por ende ya no la está poseyendo.

En atención a lo anterior me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de La Nación en su Primera Sala.

**"ABUSO DE CONFIANZA. PRESUPUESTO TÉCNICO DEL.-**

El presupuesto técnico del abuso de confianza es una posesión derivada y no puede ser catalogada como tal la de un velador, aun en el caso de que sus servicios los preste dentro de un almacén o bodega, puesto que su presencia ahí obedece a las necesidades propias de su empleo y es por ello que las cosas muebles que ahí se encuentran no pueden ser jurídicamente calificadas como poseídas en forma derivada por quien cuida el establecimiento.

Amparo directo 8740/1964. Gerónimo González López. Resuelto el 29 de marzo de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Alberto González Blanco. Srío. Lic. Javier Alba Muñoz.

1a. Sala.- Sexta Época, Volumen XCIII, Segunda Parte, pág. 9.

1a. Sala Informe 1965, pág. 19."

**"ABUSO DE CONFIANZA. PRESUPUESTO TÉCNICO DEL.-**

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

Amparo directo 3884/1980. Jerónimo Navarro  
Alonso. Resuelto el 2 de octubre de 1980. 5  
votos. Ponente: Mtro. Fernando Castellanos  
Tena.

1a. Sala.- Séptima Época. Volumen Semestral  
139-144, Segunda Parte, pág. 9.

1a. Sala Informe 1980, Segunda Parte, Tesis 3,  
pág. 3."

## B) LA RENDICION DE CUENTAS DE LO ADMINISTRADO

Se ha convertido en algo común afirmar que a todo mandatario, por el hecho de serlo, se le debe exigir previamente la rendición de cuentas antes de querellarse en su contra por el delito de abuso de confianza.

La rendición de cuentas y la exigencia para su satisfacción se encuentra relacionada en la siguiente jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su primera sala:

"ABUSO DE CONFIANZA DEL MANDATARIO.- Para que a un mandatario se le pueda considerar como responsable del delito de abuso de confianza, se necesita que, al concluir el mandato, hecha la liquidación de cuentas y requerido para que haga entrega del saldo de su cuenta no lo verifique.

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

Jurisprudencia 3 (Quinta Epoca), Pág. 5  
Primera Sala, Segunda Parte Apéndice 1917-  
1975, anterior apéndice 1917-1965  
jurisprudencia 3, pág. 18; en el apéndice de  
fallos 1917-1954 jurisprudencia 6, pág. 24 (En  
nuestra actualización Penal, tesis 20,  
pág.7)."

El maestro González de la Vega nos señala que las tesis que se citan en dicha jurisprudencia no expresan lo que se ha transcrito ya que, sin duda, el encargado de hacer la compilación, lo hizo de manera equivocada. (22)

En ejemplo de lo anterior dice: la ejecutoria dictada en el amparo promovido por Angel Peláez y publicado en el tomo LXI página 3343, se menciona que el quejoso había realizado gastos por cuenta de la compañía y cobrado las comisiones que le correspondían. De manera expresa la sentencia dice: "si bien es cierto que en el acta levantada con motivo de la purificación de cuentas que hizo la compañía, se asienta que algunas de las cantidades que cobro Peláez en el ejercicio de su encargo no fueron remitidas, también lo es que de la propia acta no se desprende que haya dispuesto de ellas fraudulentamente, pues como lo indica Peláez, aún no se hace una liquidación definitiva y, por tanto no puede asegurarse, como lo hace la acusadora que en realidad exista algún faltante, siendo necesario que se le tomen cuentas para que justifique lo que hizo con ese dinero, ya que teniendo también el carácter de ajustador para el pago de los accidentes de los automóviles asegurados, pudo por este concepto, como lo afirma, haber invertido cantidades que no se han precisado, inversiones que resultarían en beneficio de la querellante".

---

22. Ob. cit., pág. 327.

Resulta aún más precisa la ejecutoria dictada en relación al amparo promovido por Flores Arcau Narciso, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene lo siguiente: "En este caso, puede estimarse configurado el delito de abuso de confianza y resulta improcedente la excepción de rendición de cuentas en los términos de la ley civil, porque tal excepción, aun cuando oponible en este juicio penal, sólo es procedente cuando existen partidas de Debe y Haber entre mandante y mandatario, tan frecuentes en las relaciones comerciales, y donde es posible la compensación que, de verificarse, hace inexistente el delito; pero cuando no hay cuentas que hacer y el mandatario no puede justificar la existencia de un crédito legítimo a su favor, la sola oponibilidad de la excepción de que se trata, constituya, por la insubsistencia del derecho a la compensación, la prueba más segura del dolo y del beneficio ilícito".

Es importante resaltar que la citada jurisprudencia de la Corte, no tiene el alcance que pretende dársele, ya que, dicha jurisprudencia, de acuerdo con las tesis que la forman, sólo es aplicable cuando existan partidas de Debe y Haber entre mandante y mandatario, y no simplemente, como lo sostienen algunas resoluciones, que por el sólo otorgamiento del poder, queda obligado el mandante a pedir rendición de cuentas antes de formular querellas.

En atención a lo anterior, a continuación citaré los siguientes criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, relativos a la no exigibilidad del juicio civil de rendición de cuentas.

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

Amparo en revisión 252/1973. Manuela de Jesús Espino. Ac. : 21 de 1973. Ponente: Mtro. Renato Sales Gasque.

Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villa Hermosa).

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

Amparo directo 7164/1966. Sacramento Romero Andrade. Diciembre 7 de 1966. Unanimidad 5 votos.- Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva. Primera Sala. Sexta Epoca. Volumen CXIV. Segunda Parte. Página 16.

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

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

En conclusión la rendición de cuentas se debe realizar cuando en el delito de abuso de confianza existan partidas de debe y haber, es decir en aquellas situaciones donde el sujeto activo del delito haya tenido a su cargo dichas partidas y dispuesto de ellas.

El ilustre maestro González de la Vega expone que resulta "absurdo que se exija rendición de cuentas a los Consejeros, Administradores, Directores o Gerentes de Sociedades Anónimas, o Sociedades Mercantiles o Civiles, como si los tribunales penales

ignorasen la naturaleza jurídica de dichos cargos y pretendieran que además de la contabilidad de la empresa, exista otra contabilidad para cada uno de dichos funcionarios empresariales".

Señala también que "una de las Salas del Tribunal, después de reconocer que el inculpado había ejecutado los hechos de disposición que se le imputaban, lo absolvió fundado en que, dado que se había acreditado su carácter de Administrador Unico de una empresa y por lo tanto mandatario de la misma, no se había pedido previamente que rindiera cuentas". (23)

Dicho razonamiento se fundaba en lo dispuesto por el artículo 142 y 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que señalan:

Artículo 142 L.G.S.M.- "La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad".

Artículo 143 L.G.S.M.- "Cuando los administradores sean dos o más, constituirán el consejo de Administración.

Salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado, y a falta de éste el que le siga en el orden de la designación.

---

23 Idem, pág. 331.

Para que el consejo de administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el presidente del consejo decidirá con voto de calidad.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo, por unanimidad de sus miembros tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas en sesión de consejo, siempre que se confirme por escrito."

En el artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se establece la responsabilidad de los administradores.

Artículo 157 L.G.S.M.- "Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen."

Las personas físicas, pueden actuar por sí o por sus representantes; la persona moral, sólo puede actuar a través de sus órganos, que son parte integrante de la sociedad.

Las personas morales y las personas físicas que se dedican al comercio, tienen la obligación de llevar y mantener conforme al artículo 33 del Código de Comercio, un sistema de contabilidad adecuado, ajustándose a las disposiciones de los artículos del 34 al 46 del Código de Comercio.

Por lo anterior los consejeros y administrador único de la sociedad, en el ejercicio de sus funciones, no tienen por qué llevar, además de la contabilidad de la sociedad, una contabilidad propia, pues esto resulta contrario a la lógica y la razón, por ello no se les puede pedir rendición de cuentas, pues las cuentas las lleva el negocio y no el consejo de administración o el administrador único.

El artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la sociedad por medio de sus administradores rendirán un informe anual a la asamblea de accionistas, pero dicho informe ni es rendición de cuentas, ni su aprobación o rechazo es requisito para formular querrelas en su contra, ni su aprobación los libera de responsabilidad penal, pues dicho informe puede contener datos falsos.

Artículo 176 L.G.S.M.- "La falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172, será motivo para que la asamblea general de accionistas

acuerde la remoción del administrador o consejo de administración, o de los comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido."

En el artículo 176 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se habla de la remoción de los administradores, por falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el artículo 172 del mismo ordenamiento, sin embargo se refiere al informe contable de la sociedad, y no de un informe contable particular de consejeros o administradores, como suponen los que pretenden que, ante un acto o actos de disposición de los administradores o consejeros, deben exigirseles previa rendición de cuentas.

La misma situación ocurre con los directores y gerentes de la sociedad, sólo que éstos no son órganos, sino factores del negocio.

Los artículos 145 y 146 de la Ley general de Sociedades Mercantiles disponen:

Artículo 145 L.G.S.M.- "La asamblea general ordinaria de accionistas, el consejo de administración o el administrador podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas. Los nombramientos de los gerentes serán revocables en cualquier tiempo por el administrador o consejo de administración o por la asamblea general de accionistas."

Artículo 146 L.G.S.M.- "Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran; no necesitarán de autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que se les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución."

El artículo 309 del Código de Comercio regula lo referente a los factores en los siguientes términos, a quienes se les puede otorgar o no mandato para el ejercicio de sus funciones:

Artículo 309 C.C.- "Se resutarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.

Se reputaran dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.

Todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores y dependientes."

El maestro González de la Vega termina diciendo "de aquí resulta el absurdo, de que si no tienen otorgado el mandato formal ante notario, como a los factores de comercio, no se les exigirá la previa rendición de cuentas, pero si para el mejor desempeño de sus labores, aun cuando no sea necesario, se les otorga mandato, deberá, según algunas resoluciones de los Tribunales, exigirse previa rendición de cuentas, aun cuando, no tienen cuentas que rendir, pues las cuentas son las de las empresas y no del director, gerente o factor".

Estoy de acuerdo con el comentario del maestro González de la Vega, y en conclusión también considero que no es jurídico el pretender que a los mandatarios se les exija previa rendición de cuentas antes de formular una querrela en su contra, salvo que existan cuentas de debe y haber entre mandante y mandatario, comitente y comisionista, etcétera; situación que se había expuesto con anterioridad en este trabajo.

### C) EL REQUERIMIENTO FORMAL DE LOS BIENES

El fundamento legal del requerimiento formal de los bienes se encuentra en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 384.- "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

El Código Penal Exige en estos casos para la integración típica del delito de abuso de confianza, que la ilegítima retención de la cosa sea completada con un requerimiento formal de devolución realizado por quien a ella tenga derecho, ya sea por medio de interpelación judicial o notarial para que se devuelva la cosa.

Si el requerido responde al requerimiento formal de entrega de la cosa al propietario de ella o a la autoridad, la retención anterior resulta sin trascendencia, sin embargo, si no responde, su contumacia demuestra en forma eficazmente indiciaria, que quiere apropiarse la cosa o disponer de ella; o que lo último ya lo ejecutó.

Transcurrido el término señalado en el requerimiento formal de entrega de la cosa, nace el delito de abuso de confianza.

En relación a lo anterior, me permito transcribir la siguiente ejecutoria sustentada por el Tribunal Colegiado del Primer Circuito:

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

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

Si el sujeto activo del delito, se apropia o dispone de una parte de las cosas que se le transmitieron en tenencia, también se configura el delito de abuso de confianza, aunque naturalmente, en este caso el delito se limite a la parte apropiada.

Quien habiendo recibido en depósito la cantidad de cuatro mil pesos y sólo restituye dos mil pesos, comete un delito de abuso de confianza por la cantidad faltante.

Debe advertirse la posibilidad de que el tenedor de la cosa no la devuelva en ejercicio del derecho de retención, que de acuerdo con el Código Civil sólo lo tiene el mandatario conforme al artículo 2579 y el acreedor pignoraticio artículo 2876 fracción II.

Artículo 2579 C.C.- "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores."

Artículo 2876 C.C.- "El acreedor está obligado:

I. A conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia;

II. A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos."

Es importante señalar que no tienen derecho a retener legítimamente la cosa cuya tenencia les ha sido previamente transferida, ni el comodatario, ni el depositario, pero para que tal retención adquiera relevancia típica en materia penal, es requisito previo que el ofendido requiera formalmente al tenedor o poseedor para que se le devuelva y éste no lo haga o no la entregue a la autoridad para que disponga de la misma conforme a la ley.

En relación a lo antes expuesto, me permito transcribir la siguiente ejecutoria sustentada por el Tribunal Colegiado del Primer Circuito:

"ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Establecido mediante prueba plena que el querellante es legítimo propietario de los inmuebles relacionados con la causa, por haberlos adquirido en remate judicial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 887 del Código Civil, le pertenecen los frutos civiles de los mismos. No obstante, indebidamente han sido retenidos por el procesado, apoderado de la anterior propietaria de esos inmuebles, negándose a entregar las rentas devengadas a pesar de haber sido requerido para ello judicialmente, por lo que su conducta encuadra plenamente dentro de la hipótesis prevista por el artículo 384 del Código Penal. Sostiene el procesado que retiene legítimamente las rentas, por haber promovido la nulidad de las ventas que obtuvo el querellante en el remate judicial, así como en el interdicto de retener la posesión. Sin embargo, ambas circunstancias no privan de eficacia a las pruebas con las cuales quedó plenamente establecido que el

querellante adquirió la propiedad de aquellos inmuebles. Establece el artículo 2226 del Código Civil, que: "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad. . . "A su vez, el artículo 2227 del mismo Código establece que la nulidad relativa siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". Así pues, cualquiera que sea la nulidad que en la especie invoque el hoy quejoso, debe considerarse que las compraventas mencionadas producen hasta el momento todos sus efectos, entre tanto no se resuelva sobre la nulidad de las mismas, y, por ende, debe entregarse al ofendido las rentas que legalmente le pertenecen y que en ejercicio de sus derechos le ha reclamado formalmente.

Amparo en Revisión 79/1973. J.F.T. septiembre 26 de 1973. Unanimidad de votos. Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito."

En conclusión, para proceder en contra del agente, es necesario que se verifique el requerimiento formal para la devolución del saldo de la cuenta, y una vez hecho el requerimiento, se establezca la negativa de restitución por parte del mandatario, ya que sería violatorio de garantías el auto de formal prisión dictado, sin haberse llenado el requisito previo del requerimiento formal. Por tanto el momento consumativo del delito depende del hecho de no entregarse o de no restituirse el saldo de la cuenta una vez hecho el requerimiento formal.

## D) PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

La posesión del bien en el delito de abuso de confianza, se entiende como la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto al de la mera detentación material.

No se debe confundir la simple detentación de la cosa con la posesión que sobre ella tiene el sujeto activo, como situación previa y necesaria al acto de disposición integrante del delito; no consiste en hacer la entrega material sino el traslado de la posesión de la cosa, ya que mientras subsista la vigilancia del titular, su recepción no dejará de ser una simple detentación, un contacto o acceso que no puede, por sí, otorgarle al sujeto activo poder alguno respecto de la cosa.

Es acertado lo anterior, puesto que no habrá posesión y consiguientemente no podrá hablarse de transmisión de la tenencia de la cosa, mientras ésta se mantenga dentro de la esfera de poder del dueño, ya por estar bajo su vigilancia directa o ejercida a través de un tercero, bajo su vigilancia, o bien en su esfera de actividad, sin que el acceso a la misma por parte del sujeto activo signifique renuncia del propietario al poder de hecho y de derecho que como dueño tiene sobre la misma.

La rendición de cuentas se debe realizar cuando en el delito de abuso de confianza existan partidas de debe y haber, es decir en aquellas situaciones donde el sujeto activo del delito haya tenido a su cargo dichas partidas y dispuesto de ellas.

No es jurídico el pretender que a los mandatarios se les exija previa rendición de cuentas antes de formular una querrela en su contra, salvo que existan cuentas de debe y haber entre mandante y mandatario, comitente y comisionista, etcétera.

Para la integración típica del delito de abuso de confianza, es necesario que la ilegítima retención de la cosa sea completada con un requerimiento formal de devolución realizado por quien a ella tenga derecho, ya sea por medio de interpelación judicial o notarial para que se devuelva la cosa.

Si el requerido responde al requerimiento formal de entrega de la cosa al propietario de ella o a la autoridad, la retención anterior resulta sin trascendencia, sin embargo, si no responde, su contumacia demuestra en forma eficazmente indiciaria, que quiere apropiarse la cosa o disponer de ella; o que lo último ya lo ejecutó.

Transcurrido el término señalado en el requerimiento formal de entrega de la cosa, nace el delito de abuso de confianza.

Para proceder en contra del agente, es necesario que se verifique el requerimiento formal para la devolución del saldo de la cuenta, y una vez hecho el requerimiento, se establezca la negativa de restitución por parte del mandatario, ya que sería violatorio de garantías el auto de formal prisión dictado, sin haberse llenado el requisito previo del requerimiento formal. Por tanto el momento consumativo del delito depende del hecho de entregarse o de no restituirse el saldo de la cuenta una vez hecho el requerimiento formal.

### CAPITULO III

DE LA TEORIA DEL DELITO EN RELACION A ESTE ILICITO.

GENERALIDADES ACERCA DEL DELITO.- ESQUELAS PENALES ACERCA DEL  
DELITO.- DE LA CLASIFICACION DEL DELITO.- DE LA TEORIA DEL  
DELITO.- PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR.

### CAPITULO III

#### DE LA TEORIA DEL DELITO EN RELACION A ESTE ILICITO

##### A) GENERALIDADES ACERCA DEL DELITO

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

El concepto más antiguo del delito lo caracteriza como conducta contraria a la norma social y por ende, a los sentimientos colectivos.

El concepto del delito en el derecho romano era el ataque a los intereses del Estado o de la colectividad, pero no se consideraba que el daño a los intereses de un particular comprometía los intereses sociales, de manera que sólo originaba la acción del ofendido en un doble sentido, ya sea para obtener un lucro a costa del que había obrado ilícitamente, o bien para obtener la reparación del daño causado.

Varios autores en diferentes épocas han tratado de elaborar una definición del delito en general, que tenga validez universal para todos los tiempos y lugares, sin embargo como el delito está relacionado con las costumbres y formas de ser de cada pueblo, no ha sido posible elaborar esa definición, porque

en los lugares donde determinadas conductas se consideraban delitos, en otros lugares no eran considerados como tales y viceversa, aunado a que con el paso del tiempo las costumbres y formas de ser de los pueblos cambian, y aquellos delitos que eran considerados como tales dejaban de serlo y al contrario conductas no delictuosas se han erigido en delitos.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo señala (24) "... el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas. Lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico, lo que más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio".

El Código Penal de 1871 definía al delito en su artículo cuarto en los siguientes términos "la infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

La anterior definición es un concepto que presenta las características esenciales del delito como son la antijuricidad, voluntariedad, acción u omisión que viola la norma.

---

24. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Limón, Reposición, México, 1937, pág. 125.

La comisión que a principios de siglo revisó este código para su reforma, justamente observaba que el delito no viola la ley penal, sino por el contrario, provoca su aplicación.

El Código de 1929 establecía la siguiente definición de delito "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Esta definición se origina a partir de la teoría de Binding de las Normas, que son protección de derechos y bienes jurídicos, los cuales lesionan el delito, pero es insuficiente, porque, como observan los mismos tratadistas alemanes, no todos los delitos violan derechos, pues muchos de ellos violan bienes jurídicos, además, ya la teoría distingue los delitos de daño de los delitos de peligro, en éstos no puede decirse que exista la violación del derecho o bien jurídico ajeno, sino solamente la amenaza.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal establece en el primer párrafo de su artículo séptimo la definición legal del delito en los siguientes términos "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El licenciado Alfonso Teja Zabre, miembro de la comisión que formuló el anteproyecto del código, en la exposición de motivos que precede a la Edición Botas, en 1931, expresa que una de las principales orientaciones de la comisión fue la de hacer la ley clara, práctica y sencilla.

No obstante lo anterior es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinadas en sus atributos esenciales.

El penalista alemán Ernesto Belling, (25) define al delito como "la acción típica antijurídica, culpable, sancionada con una pena adecuada, y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad".

El maestro Luis Jiménez de Asúa define al delito como el "acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad". (26)

Para Julio Calón delito es la "acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (27)

Edmundo Mezger dice que el delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable". (28)

---

25. Jiménez de Asúa, Luis, La Teoría Jurídica del Delito, Universidad Nacional del Litoral, República de Argentina, 1958, pág. 19.

26. Idem, pág. 20.

27. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Vigésimoséptima Edición, México, 1989, pág. 129.

28. Idem, pág. 129.

El ilustre maestro Fernando Castellanos Tena, se adhiere a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad. (29)

Considera que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad o del delito, pero no un elemento esencial.

Por lo anterior para el maestro Castellanos delito es "la acción, típica, anti-jurídica y culpable".

Con relación a lo señalado con antelación considero que los elementos esenciales del delito que señala el Maestro Castellanos Tena, son acertados y aplicables a nuestra época y costumbres, por lo que me apego a sus consideraciones.

En atención a los sujetos activo y pasivo del delito se puede señalar que la responsabilidad criminal es individual, es decir, que los únicos posibles sujetos activos de delito y susceptibles de medidas represivas son los seres humanos considerados en forma individual, o sea las personas físicas.

Lo anterior se estima obvio en el derecho penal sustantivo, según se desprende de la redacción de los artículos 13 y 14 del Código penal para el Distrito Federal, que establecen:

---

29. Iden, pág. 130.

Artículo 13.- "Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."

Artículo 14.- "Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

- I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo."

En los artículos citados se pueda observar que ligan la responsabilidad a la concepción, preparación o ejecución del delito o al auxilio por concierto previo o posterior, en la inteligencia de que si varios delinquentes toman parte en la realización, todos ellos serán responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente.

De esta manera queda sin efecto toda ulterior posibilidad de considerar, dentro del derecho positivo mexicano, las entidades o personas morales como posibles sujetos activos.

Sin embargo, es importante resaltar que el artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal, faculta a la jurisdicción penal para suspender o disolver a las personas morales cuando se estime necesario para la seguridad pública, debido a que se hayan cometido ciertos delitos por sus miembros o representantes con los medios proporcionados por las mismas personas morales:

Artículo 11.- "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de

cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

## B) ESCUELAS PENALES ACERCA DEL DELITO

Para los clásicos, el concepto del delito es la teoría básica del Derecho Penal.

Francisco Carrara quien es el principal exponente de la escuela clásica, define al delito 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". (30)

Consideró que el delito no era un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del derecho.

Frank señaló que el delito era la violación de un derecho.

Tarda añadió que el delito era la violación de un derecho y un deber.

Pessina dijo que el delito era la negación del derecho.

Qudot, que el delito era la acción contraria a la ley moral y a la justicia.

---

30. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Vigésimoséptima Edición, México, 1989, pág. 125.

De los anteriores conceptos se observa como aparecen en ellos, la violación de intereses, la violación de la norma, la protección del derecho y la ley como expresión de la justicia absoluta.

Los clásicos trataron de construir una teoría del delito, violación de la ley, paralela de la teoría civilista del acto jurídico; en consecuencia, técnicamente consideraron el delito 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.

Los autores señalan que la técnica del Derecho Penal clásico no ha sido superada, la escuela alemana moderna se ajusta a ella utilizando sus conceptos.

El positivismo pretendió desplazar al delito para colocar al delincuente como centro de todo el fenómeno jurídico penal, ha tenido que enmarcar sus teorías dentro de la técnica clásica, atribuyendo una influencia jurídica al concepto de peligrosidad, pero haciendo pasar este concepto bajo la forma de figuras delictivas.

El positivismo pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

El sabio jurista del positivismo, Rafael Garófalo, define el delito natural como la "violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (31)

Ferri objeta que la piedad y la probidad no son los únicos sentimientos cuya violación constituye delito natural, sino también el sentimiento de pudor, de la religión, del patriotismo, que el delito, antes que violación de sentimientos, aparece como violación de las condiciones de existencia social y que debe añadirse el móvil antisocial a la definición del delito.

Concluye Ferri diciendo que el delito natural viola el minimum de ética social, pero que este concepto no es suficiente para comprender también el delito civil, por lo que prefiere considerar el delito, como violación del minimum de disciplina social expresado por la ley, de manera que pueda ser un ilícito moral y un ilícito jurídico, pero basta que sea esto último, para que este sancionado con una pena.

---

31. Idem, pág. 126.

## C) DE LA CLASIFICACION DEL DELITO

El maestro Fernando Castellanos Tena, realiza una clasificación del delito, la cual considero acertada, aplicable a nuestra legislación e importante para la elaboración del presente trabajo, por lo que a continuación se expone:

El maestro Castellanos señala que el delito se clasifica en función de su gravedad, según la forma de la conducta del agente, por el resultado, por el daño que causan, por su duración, por el elemento interno o culpabilidad, en delitos simples y complejos, en delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, en delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, por la forma de su persecución, en delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos, y desde el punto de vista legal. (32)

En función de su gravedad existen dos clasificaciones, la primera que distingue los delitos de las faltas; y la segunda que habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

En la anterior división se consideran crímenes a los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; a los delitos, como las conductas contrarias a los derechos de propiedad; y por último las faltas o contravenciones, que son las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

---

32. Ob. cit., Pág. 135.

En los Códigos Penales de México carecen de importancia estas distinciones, porque sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes, y en lo relativo a las faltas, éstas se aplican a disposiciones de carácter administrativo, aplicadas por esas mismas autoridades.

Sin embargo, aplicando la clasificación citada, el abuso de confianza, se encuadraría en lo concerniente a los delitos, por tratarse de un delito en contra de las personas en su patrimonio.

Según la forma de la conducta del agente, los delitos pueden ser por acción y de omisión.

Los de acción son aquellos que se cometen mediante un comportamiento positivo (hacer).

En los de omisión el comportamiento se convierte en un no hacer.

Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, y los de acción violan una ley prohibitiva.

El delito de abuso de confianza se clasifica dentro de los delitos de acción, pues se requiere una acción positiva del sujeto activo del delito para que se produzca, el cual consiste en la disposición de un bien mueble ajeno en forma ilícita.

Por el resultado los delitos pueden ser formales y materiales, los primeros denominados también delitos de simple actividad o de acción, y a los segundos delitos de resultado.

En los delitos formales el tipo penal se agota con el simple movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario que se produzca un resultado externo (falso testimonio, portación de arma prohibida y otros).

Los delitos materiales son en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material (robo, homicidio y otros).

El delito de abuso de confianza queda ubicado dentro de los delitos materiales, toda vez que es necesario para su realización que el agente disponga para sí o para otro de un bien mueble del cual se le haya otorgado la tenencia y no el dominio.

Por el daño que causan a la víctima, o sea en razón del bien jurídico, se dividen en delitos de lesión o de peligro, los primeros son aquellos que al consumarse causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada (homicidio, fraude y otros), los segundos no causan daño a esos intereses, pero los ponen en peligro (abandono de persona o la omisión de auxilio).

Por el daño que causa a la víctima, el delito de abuso de confianza se clasifica dentro de los delitos de lesión, porque se causa un daño directo y efectivo en intereses protegidos por la norma violada, que en este caso es el patrimonio de las personas.

Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, permanente o continuo y continuado.

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, en sus fracciones I, II y III establece:

"El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

El delito de abuso de confianza puede ser instantáneo, porque en el momento de su consumación se hayan realizado todos sus elementos constitutivos, o bien puede ser continuado si con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal, como es el caso de un administrador de bienes ajenos que dispone en forma diaria de una cantidad de dinero, con el objeto de que no sea notorio, del cual le hayan otorgado la tenencia y no el dominio.

Por el elemento interno o culpabilidad se dividen los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales.

El artículo 8 del Código Penal vigente para el Distrito Federal señala:

Artículo 8.- "Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales;

II.- No intencionales o de imprudencia;

III.- Preterintencionales."

En el artículo 9 del Código Penal vigente para el Distrito Federal establece:

Artículo 9.- "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o 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."

De lo anterior el delito de abuso de confianza queda clasificado dentro de los delitos intencionales, porque el sujeto activo conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley.

En razón de su estructura o composición los delitos se dividen en simples y complejos, los primeros son aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio, es decir la acción determina una lesión jurídica inescindible, los delitos complejos en cambio son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, en forma separada (robo simple y robo en casa habitación).

En base a lo anterior el delito de abuso de confianza queda clasificado en los delitos simples, por no existir en el Código Penal agravantes sobre este ilícito.

En atención al número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se dividen también en unisubsistentes y plurisubsistentes, los primeros son aquellos que se forman por un solo acto, y los segundos se forman por varios actos.

Los delitos plurisubsistentes comportan en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas.

El delito de abuso de confianza queda considerado como delito unisubsistente, en virtud de poder ejecutarse en un solo acto conforme al tipo.

Los delitos se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos, en atención a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

Por ejemplo, el delito de peculado es un delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público, y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, sin embargo es posible su realización por dos o más.

Por el contrario el adulterio es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo.

Por la forma de su persecución los delitos pueden ser por querrela de parte ofendida o de oficio.

En la actualidad se sigue conservando la querrela de parte ofendida por considerar, que en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos perseguibles de oficio son aquellos en los que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

En los delitos que se persiguen por querrela necesaria el ofendido puede otorgar el perdón al sujeto activo del delito, situación que no sucede cuando el delito se persigue de oficio.

El delito de abuso de confianza es de los pocos delitos del Código Pena. para el Distrito Federal que se persiguen por querrela necesaria.

En razón de la materia los delitos se clasifican en comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

Los delitos comunes son aquellos que constituyen la regla general, los que se formulan en leyes dictadas por legislaturas locales, con excepción del Distrito Federal, el cual por carecer de legislación local, el Congreso de la Unión legisla en materia común, equiparándose con la legislatura local de las Entidades Federativas.

Los delitos federales son aquellos dictados por leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los delitos oficiales son aquellos que cometen los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

En lo que respecta a los delitos del orden militar afectan exclusivamente a la disciplina del Ejército.

En relación a los delitos políticos, los autores señalan que no han sido definidos en forma satisfactoria, sin embargo el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

Artículo 144.- "Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos."

De lo anterior se desprende que el abuso de confianza, materia del presente trabajo, queda clasificado dentro de los delitos del orden común.

La clasificación legal de los delitos se contempla en el Código Penal para el Distrito Federal y en cada uno de los Códigos Penales de cada una de las Entidades Federativas.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el Libro Segundo, distribuye los delitos en veintitrés títulos, que a continuación se citan:

I.- Delitos contra la seguridad de la Nación, II.- Delitos contra el derecho Internacional III.- Delitos contra la humanidad. IV.- Delitos contra la seguridad pública. V.- Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia. VI.- Delitos contra la autoridad. VII.- Delitos contra la salud. VIII.- Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres. IX.- Revelación de secretos. X.- Delitos cometidos por servidores públicos. XI.- Delitos cometidos contra la administración de justicia. XII.- Responsabilidad profesional. XIII.- Falsedad. XIV.- Delitos contra la economía pública. XV.- Delitos sexuales. XVI.- Delitos contra el estado civil y bigamia. XVII.- Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones. XVIII.- Delitos contra la paz y seguridad. XIX.- Delitos contra la vida y la integridad corporal. XX.- Delitos contra el honor. XXI.- Privación de la libertad y de otras garantías. XXII.- Delitos en contra de las personas en su patrimonio. XXIII.- Encubrimiento.

El legislador de 1931 realizó la división de los delitos tomando en cuenta el bien jurídico protegido.

El abuso de confianza está comprendido en el título vigésimo segundo denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio, capítulo II.

#### D) DE LA TEORIA DEL DELITO

El maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, señala que "la teoría del delito es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito". (33)

En atención a lo anterior, es importante presentar las características del delito en general, en relación al abuso de confianza.

Es conveniente observar los elementos esenciales del delito, incluyendo aquellos que no lo son, en relación al delito de abuso de confianza.

Los elementos esenciales y los que no lo son, comprenden tanto aspectos positivos como negativos, es decir la actividad y falta de ésta, la tipicidad y la ausencia de tipo, la antijuricidad y las causas de justificación, la inmutabilidad y las causas de inimputabilidad, la culpabilidad y las causas de inculpabilidad, condicionalidad objetiva, falta de condicionalidad objetiva y, la punibilidad y las excusas absolutorias.

---

33. Raúl Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición Mexicana, México, 1986, pág. 333.

La conducta tiene gran importancia, pues sin este elemento, el delito no se podría configurar.

El maestro Castellanos dice que "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (34)

Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta.

Sin embargo, cuando el delito tiene un resultado material, es decir una alteración en el mundo exterior, se estará hablando de un hecho humano, aunque también los fenómenos naturales son hechos.

El profesor Forte Petit "distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad (o en los de simple omisión), carentes de un resultado material". (35)

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, es decir, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito.

---

34. Ob. cit., pág. 148.

35. Ob. cit., pág. 149.

En relación al abuso de confianza, la conducta 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, conforme lo establece el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal.

La palabra disposición, es equivalente a apropiación, actuar como propietario de la cosa, situación que expresa la actividad típica y determina el momento consumativo del delito de abuso de confianza.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, y sin éste elemento, no se puede configurar.

En la 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 se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

El maestro Castellanos Tera explica lo siguiente, "no debe confundirse el tipo con la 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". (36)

---

36. Ob. cit., pág. 167.

También define a la tipicidad diciendo que "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".

Para Celestino Porte Petit la tipicidad "es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*".

Si no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa.

La tipicidad en el abuso de confianza se presenta cuando la conducta se adecúa a los elementos descriptivos del tipo, es decir, que se adecúe a los elementos que se describen en lo establecido por la ley.

La atipicidad en el abuso de confianza, se observa cuando no se adecúa la conducta al tipo, por ejemplo cuando el sujeto activo no tiene la calidad de poseedor precario, o bien si el que aparece como propietario o titular del bien mueble carece de un derecho real sobre la cosa, o porque no se satisfaga el carácter de ajeneidad, o carezca de la condición de mueble la cosa.

Otro elemento esencial del delito, lo es la antijuricidad, normalmente lo antijurídico se considera contrario a Derecho.

Según Cuello Calón, "la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal". (37)

Sebastián Soler dice que "no basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho".

Porta Petit señala que "una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".

---

37. Ob. cit., pág. 178.

La ausencia de antijuricidad puede ocurrir cuando la conducta típica esté en aparente oposición del Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, establece las circunstancias excluyentes de responsabilidad, que a la letra dice:

Artículo 15.- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;

II.- Padecer el inculcado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;

III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista el medio practicable y menos perjudicial a su alcance;

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho;

VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente;

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX.- (Derogada.)

X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

Los artículos 16 y 17 del Código Penal para el Distrito Federal establecen:

Artículo 16.- "Al que exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones III, IV, V y VII del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia".

Artículo 17.- "Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio".

La antijuricidad en el abuso de confianza opera cuando el acto de disposición de la cosa ajena mueble no se encuentra justificada por la ley, o sea que en la especie no concurre ninguna causa de justificación.

Las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad establecidas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, serán procedentes en el abuso de confianza, dependiendo del caso concreto de que se trate.

Algunos autores señalan que la imputabilidad queda comprendida dentro de la culpabilidad, otros sostienen que es independiente, y finalmente hay quienes consideran que es un presupuesto de la culpabilidad.

El maestro Porte Petit señala "que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, si no un presupuesto general del mismo"

Carranca Trujillo dice "será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".

El maestro Castellanos afirma que la imputabilidad es, "el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacita para responder del mismo". (38)

---

38. Ob. cit., pág. 218.

En relación a la inimutabilidad, que constituye el aspecto negativo de la imutabilidad, se puede decir que termina con las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental del sujeto activo del delito, y lo incapacita para responder del mismo.

En el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción II establece "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II.- Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente:

La culpabilidad es otro elemento esencial para constituir el delito, sin éste no podría configurarse el mismo.

Para el maestro Jiménez de Asúa "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Cuello Calón señala "se considera culpable la conducta cuando a causa de las relaciones psicicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".

El profesor Porta Petit define a la culpabilidad "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".

El maestro Castellanos Tena establece que la culpabilidad "es el nexo intelectual y emocional del sujeto con su acto". (39)

El mismo maestro castellanos Tena señala que en la definición del profesor Porte Petit, sólo se comprendería la culpabilidad dolosa, sin embargo el maestro Castellanos hace la aclaración de la posible comisión del delito culposo o no intencional, donde por su naturaleza misma no es posible querer el resultado, y en consecuencia manifiesta su propia definición de la culpabilidad, con la cual estoy de acuerdo.

En relación a lo anterior los artículos 8 y 9 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen:

Artículo 8.- "Los delitos pueden ser:

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

---

39. Ob. cit., pág. 234.

Artículo 9.- "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepta 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 causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

En relación al abuso de confianza, la culpabilidad se manifiesta al disponer, es decir apropiarse de manera intencional o dolosa una cosa ajena de la cual sólo se le transmite la tenencia y no el dominio y para un fin determinado.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

En la inculpabilidad se hallan ausentes los elementos de la culpabilidad, o sea el conocimiento y la voluntad del sujeto activo del delito, así también se puede decir que no habrá culpabilidad si falta algún otro elemento esencial del delito, o bien falta la imputabilidad del agente, toda vez que el delito sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

En mi opinión la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues la culpabilidad no puede presentarse sin la imputabilidad y sin la culpabilidad no se forma la figura del delito, y por lo tanto la imputabilidad es en forma indirecta indispensable para configurar el delito.

El maestro Castellanos dice "en estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos".

En relación al abuso de confianza, el error opera como causa de inculpabilidad si reúne las condiciones señaladas de ser esencial e invencible, como podría ser el caso de un tenedor que dispone de la cosa por considerarla propia, o bien col tenedor que entrega la cosa a un tercero, considerando que la devolverá a su propietario.

Las condiciones objetivas no se consideran elementos esenciales del delito.

El maestro Castellanos Tena define a las condiciones objetivas, como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación". (40)

En algunas descripciones legales se pueden observar, pero serán caracteres o partes integrantes del tipo, si no aparecen en el tipo entonces constituirán meros requisitos ocasionales. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.

Son muy raros los delitos que tienen penalidad condicionada.

Como ejemplo de condicionabilidad objetiva lo es la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; se puede observar cómo este requisito no afecta en nada la naturaleza del delito.

Para Guillermo Colín Sánchez, existe identidad entre las cuestiones prejudiciales, las condiciones objetivas y los requisitos de procedibilidad.

---

40. Ob. cit., pág. 278.

Bajo el supuesto anterior, la condición objetiva en el abuso de confianza, se presenta en el previo requerimiento formal de la cosa, que se debe hacer al sujeto activo del delito, para poder proceder en su contra.

Se puede apreciar lo mismo que en el ejemplo anterior, la condicionalidad objetiva no afecta en nada la naturaleza del delito.

La Punibilidad es el merecimiento de una pena en base a una conducta determinada.

La conducta del sujeto activo del delito será punible cuando se hace acreedor a una pena.

El maestro Castellanos señala que a la punibilidad se le pueden dar varias acepciones, la primera es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Ignacio Villalobos en relación a la punibilidad expresa que "la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia

ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad". (41)

Carrancà y Trujillo al hablar de las excusas absolutorias afirma "que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena".

De lo anterior se desprende que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito: si faltan las excusas absolutorias, que son el aspecto negativo de la punibilidad, el delito permanece inalterable.

Para el abuso de confianza, la punibilidad se presenta en razón de la sanción. El artículo 382 del código Penal para el Distrito Federal, establece la siguiente penalidad: "prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excede de esta cantidad pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y multas de 100 hasta 180 veces el salario.

---

41. Ob. cit., pág. 279.

Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario".

Como se observa la punibilidad se refiere al merecimiento de una pena, y su aspecto negativo lo son las excusas absolutorias, es decir el no merecimiento de la pena, sin embargo esto no quiere decir que el delito no haya reunido sus elementos esenciales para su configuración, por tal motivo la punibilidad no afecta la naturaleza del delito.

## E) PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

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

Varios autores en diferentes épocas han tratado de elaborar una definición del delito en general, que tenga validez universal para todos los tiempos y lugares, sin embargo como el delito está relacionado con las costumbres y formas de ser de cada pueblo, no ha sido posible elaborar esa definición, porque en los lugares donde determinadas conductas se consideraban delitos, en otros lugares no eran considerados como tales y viceversa, aunado a que con el paso del tiempo las costumbres y formas de ser de los pueblos cambian, y aquellos delitos que eran considerados como tales dejaban de serlo y al contrario conductas no delictuosas se han erigido en delitos.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal establece en el primer párrafo de su artículo séptimo la definición legal del delito en los siguientes términos "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinadas en sus atributos esenciales.

Considero que los elementos esenciales del delito que señala el maestro Castellanos Tena, son acertados y aplicables a nuestra época y costumbres, al decir que el delito es la acción, típica, anti-jurídica y culpable.

En atención a los sujetos activo y pasivo del delito se puede señalar que la responsabilidad criminal es individual, es decir, que los únicos posibles sujetos activos de delito y susceptibles de medidas represivas son los seres humanos considerados en forma individual, o sea las personas físicas.

De esta manera queda sin efecto toda ulterior posibilidad de considerar, dentro del derecho positivo mexicano, las entidades o personas morales como posibles sujetos activos.

No obstante hay que resaltar que el artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal, faculta a la jurisdicción penal para suspender o disolver a las personas morales cuando se estime necesario para la seguridad pública, debido a que se hayan cometido ciertos delitos por sus miembros o representantes con los medios proporcionados por las mismas personas morales.

Los clásicos trataron de construir una teoría del delito, violación de la ley, paralela de la teoría civilista del acto jurídico: en consecuencia, técnicamente consideraron el delito 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.

Los autores señalan que la técnica del Derecho Penal clásico no ha sido superada. La escuela alemana moderna se ajusta a ella utilizando sus conceptos.

El positivismo pretendió desplazar al delito para colocar al delincuente como centro de todo el fenómeno jurídico penal, ha tenido que enmarcar sus teorías dentro de la técnica clásica, atribuyendo una influencia jurídica al concepto de peligrosidad, pero haciendo pasar este concepto bajo la forma de figuras delictivas.

El positivismo pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural; resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Resulta acertado, según mi punto de vista, la clasificación que realiza el maestro Fernando Castellanos Tena, sobre el delito.

El delito se clasifica en función de su gravedad, según la forma de la conducta del agente, por el resultado, por el daño que causan, por su duración, por el elemento interno o culpabilidad, en delitos simples y complejos, en delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, en delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, por la forma de su persecución, en delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos, y desde el punto de vista legal.

En atención a la primera clasificación, el abuso de confianza, se encuadraría en lo concerniente a los delitos, por tratarse de un delito en contra de las personas en su patrimonio.

El delito de abuso de confianza se clasifica dentro de los delitos de acción, pues se requiere una acción positiva del sujeto activo del delito para que se produzca, el cual consiste en la disposición de un bien mueble ajeno en forma ilícita.

Por el resultado, el delito de abuso de confianza queda ubicado dentro de los delitos materiales, toda vez que es necesario para su realización que el agente disponga para sí o para otro de un bien mueble del cual se le haya otorgado la tenencia y no el dominio.

Por el daño que causa a la víctima, el delito de abuso de confianza se clasifica dentro de los delitos de lesión, porque se causa un daño directo y efectivo en intereses protegidos por la norma violada, que en este caso es el patrimonio de las personas.

Por su duración, el delito de abuso de confianza puede ser instantáneo, porque en el momento de su consumación se hayan realizado todos sus elementos constitutivos, o bien puede ser continuado si con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal, como es el caso de un administrador de bienes ajenos que dispone en forma diaria de una cantidad de dinero, con el objeto de que no sea notorio, del cual le hayan otorgado la tenencia y no el dominio.

Por el elemento interno o culpabilidad, el delito de abuso de confianza queda clasificado dentro de los delitos intencionales, porque el sujeto activo conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley.

En razón de su estructura o composición, el delito de abuso de confianza queda clasificado en los delitos simples, por no existir en el Código Penal agravantes sobre este ilícito.

En atención al número de actos integrantes de la acción típica, el delito de abuso de confianza queda considerado como delito unisubsistente, en virtud de poder ejecutarse en un solo acto conforme al tipo.

Los delitos se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos, en atención a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

El abuso de confianza es un delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto, sin embargo es posible su realización por dos o más.

Por la forma de su persecución, el delito de abuso de confianza es de los pocos delitos del Código Penal para el Distrito Federal que se persiguen por querrela necesaria.

En razón de la materia los delitos se clasifican en comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

El abuso de confianza, materia del presente trabajo, queda clasificado dentro de los delitos del orden común.

La clasificación legal de los delitos se contempla en el Código Penal para el Distrito Federal y en cada uno de los Códigos Penales de cada una de las Entidades Federativas.

Los elementos esenciales del delito y los que no lo son, comprenden tanto aspectos positivos como negativos, es decir la actividad y falta de ésta, la tipicidad y la ausencia de tipo, la antijuricidad y las causas de justificación, la imputabilidad y las causas de inimputabilidad, la culpabilidad y las causas de inculpabilidad, condicionalidad objetiva, falta de condicionalidad objetiva y, la punibilidad y las excusas absolutorias.

En relación al abuso de confianza, la conducta 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, conforme lo establece el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal.

La palabra disposición, es equivalente a apropiación, actuar como propietario de la cosa, situación que expresa la actividad típica y determina el momento consumativo del delito de abuso de confianza.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, y sin éste elemento, no se puede configurar.

La tipicidad en el abuso de confianza se presenta cuando la conducta se adecúa a los elementos descriptivos del tipo, es decir, que se adecúe a los elementos que se describen en lo establecido por la ley.

La atipicidad en el abuso de confianza, se observa cuando no se adecúa la conducta al tipo, por ejemplo cuando el sujeto activo no tiene la calidad de poseedor precario, o bien si el que aparece como propietario o titular del bien mueble carece de un derecho real sobre la cosa, o porque no se satisfaga el carácter de ajeneidad, o carezca de la condición de mueble la cosa.

Otro elemento esencial del delito, lo es la antijuricidad, normalmente lo antijurídico se considera contrario a Derecho.

La antijuricidad en el abuso de confianza opera cuando el acto de disposición de la cosa ajena mueble no se encuentra justificada por la ley, o sea que en la especie no concurre ninguna causa de justificación.

Las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad establecidas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, serán procedentes en el abuso de confianza, dependiendo del caso concreto de que se trata.

Algunos autores señalan que la imputabilidad queda comprendida dentro de la culpabilidad, otros sostienen que es independiente, y finalmente hay quienes consideran que es un presupuesto de la culpabilidad.

En relación a la inimputabilidad, que constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, se puede decir que termina con las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental del sujeto activo del delito, y lo incapacita para responder del mismo.

La culpabilidad es otro elemento esencial para constituir el delito. Sin éste no podría configurarse el mismo.

En relación al abuso de confianza, la culpabilidad se manifiesta al disponer, es decir apropiarse de manera intencional o dolosa una cosa ajena de la cual sólo se le transmite la tenencia y no el dominio y para un fin determinado.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

En la inculpabilidad se hallan ausentes los elementos de la culpabilidad, o sea el conocimiento y la voluntad del sujeto activo del delito, así también se puede decir que no habrá culpabilidad si falta algún otro elemento esencial del delito, o bien falte la imputabilidad del agente, toda vez que el delito sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

En mi opinión la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues la culpabilidad no puede presentarse sin la imputabilidad y sin la culpabilidad no se forma la figura del delito, y por lo tanto la imputabilidad es en forma indirecta indispensable para configurar el delito.

En relación al abuso de confianza, el error opera como causa de inculpabilidad si reúne las condiciones señaladas de ser esencial e invencible, como podría ser el caso de un tenedor que dispone de la cosa por considerarla propia, o bien del tenedor que entrega la cosa a un tercero, considerando que la devolverá a su propietario.

Las condiciones objetivas no se consideran elementos esenciales del delito.

En algunas descripciones legales se pueden observar, pero serán caracteres o partes integrantes del tipo, si no aparecen en el tipo entonces constituirán meros requisitos ocasionales. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.

Son muy raros los delitos que tienen penalidad condicionada.

La Punibilidad es el merecimiento de una pena en base a una conducta determinada.

Para el abuso de confianza, la punibilidad se presenta en razón de la sanción. El artículo 382 del código Penal para el Distrito Federal, establece la penalidad para el que cometa el delito de abuso de confianza.

La punibilidad se refiere al merecimiento de una pena, y su aspecto negativo lo son las excusas absolutorias, es decir el no merecimiento de la pena, sin embargo esto no quiere decir que el delito no haya reunido sus elementos esenciales para su configuración, por tal motivo la punibilidad no afecta la naturaleza del delito.

#### CAPITULO IV

##### DE LOS ADMINISTRADORES DE BIENES AJENOS.

REFLEXIONES ACERCA DEL ARTICULO 388 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.-  
ELEMENTOS QUE INTEGRAN ESTE TIPO.- SEMEJANZAS Y DIVERGENCIAS  
ENTRE EL ABUSO DE CONFIANZA Y EL FRAUDE.- LA NECESIDAD DE  
CONTEMPLAR EL ARTICULO 388 DENTRO DEL CAPITULO II DEL CODIGO  
PENAL VIGENTE.- PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR.

## CAPITULO IV

### DE LOS ADMINISTRADORES DE BIENES AJENOS

#### A) REFLEXIONES ACERCA DEL ARTICULO 388 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

El artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, está ubicado en el título vigésimo segundo denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio, en el tercer capítulo relativo al fraude, que comprende del artículo 386 al 389 bis.

En el segundo capítulo del mismo título, se establece el abuso de confianza, que comprende del artículo 382 al 385.

El delito tipificado en el artículo 388 considerado como uno de los delitos equiparables al delito de fraude, considero que contiene las mismas características del abuso de confianza, por esto y en atención al principio de legalidad, formulo la hipótesis de que el contenido del artículo 388, deba reubicarse dentro del segundo capítulo relativo al abuso de confianza.

El artículo 388 establece:

Artículo 388.- "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándose indebidamente, se le impondrán las penas para el delito de fraude".

Es conveniente examinar el delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, para sustentar la hipótesis planteada.

En su primera parte el artículo 388 establece "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos...", es decir se refiere a un administrador de bienes o mandatario, al cual se le encarga la administración de bienes donde existen movimientos de "debe y haber", y éste con el fin de obtener un lucro ilícito perjudica al titular de esos mismos bienes.

Es importante destacar que la persona encargada de administrar esos bienes, tiene la posesión de los mismos, dicha posesión o tenencia de los bienes lo convierten en poseedor precario, o sea que se le trasmite la tenencia y no el dominio de esos bienes. los cuales obtiene de buena fe, es decir en su calidad de administrador, lo que significa que el administrador no utiliza engaños para obtener la posesión precaria de los bienes, sino la confianza que en él se deposita en su carácter de profesional, permite al titular de los bienes entregarle la tenencia de los mismos para su administración, toda vez que así se desprende de lo que establece el artículo 388.

El artículo 388 al establece "al que por cualquier motivo", está haciendo alusión, a la causa que genera la conducta: "con ánimo de lucro perjudique al titular de los bienes". La causa puede ser cualquiera, y si la redacción omite las palabras "por cualquier motivo", la naturaleza del delito tipificado no sufre alteración.

En su segunda parte el artículo 388 establece "... alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándose indebidamente, se le impondrán las penas para el delito de fraude".

El administrador tiene la posesión de los bienes de los cuales le otorgan la tenencia y no el dominio, con el objeto de administrarlos, y en su labor de administrador altera las cuentas o condiciones de los contratos, hace aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, oculta o retiene valores o empleándose indebidamente, en realidad el agente trata de ocultar la disposición de los bienes por medio de esta serie de movimientos o de uno sólo, ya que no realiza estos movimientos para obtener la posesión de los bienes.

Es importante señalar que se trata exclusivamente de bienes muebles, tal y como se desprende del artículo 388, ya que son bienes donde surgen movimientos de "debe y haber".

El sujeto activo del delito no obtendrá algún lucro, si solamente realiza los movimientos y no dispone de los bienes muebles, por lo tanto esos movimientos tienen como finalidad el ocultamiento de las disposiciones realizadas por el agente.

La última parte del artículo 388 es la que señala la penalidad, la cual es la misma que se aplica para el que comete el delito de fraude, establecido en el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario."

En atención a lo anterior me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que, mientras en el primero el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el segundo la cosa es obtenida empleando el engaño, o aprovechándose del error en que la víctima se encontraba; medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto, o lucro propuestos.

Amparo 2319/1956/1. Quejoso: José Vázquez García. 11 de octubre de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ministro: Luis Chico Goerne.- Secretario: José M. Ortega.

1a. Sala.- Informe 1956, pág. 21, QUINTA EPOCA, Tomo CXXX, Pág. 157."

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

Directo 2086/1961. Antonio Ceballos Peral. Resuelto el 8 de septiembre de 1961, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Fernando Castellanos Tena.

1a. Sala.- Boletín 1961, pág. 565, SEXTA EPOCA, Vol. LI, Segunda Parte. Pág. 9."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE (SU DIFERENCIACION) AGUASCALIENTES.- Si bien es cierto que el quejoso, antes de disponer del dinero, elaboró falsamente un cheque, también lo es, que esa falsificación no la hizo para hacer que mediante esos engaños se le entregara la suma de que discuso, puesto que la tenía con anterioridad lícitamente en razón de su cargo como cajero, sino que al falsificar el cheque, sólo creó con la debida anticipación, la documentación necesaria para ocultar el delito y así, no obtuvo la posesión del dinero mediante el referido engaño, ni su intención de disponer del numerario fue anterior a su entrega, por lo que debe considerarse que en el caso el delito que se comitió: fue el de abuso de confianza.

Amparo directo 2189/67. J. Jesús García González. abril 24 de 1968. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. Sala.- Informe 1968, pág. 21."

## B) ELEMENTOS QUE INTEGRAN ESTE TIPO

Al igual que en el abuso de confianza, el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, se puede definir por medio de un conjunto de circunstancias que son llamadas elementos constitutivos o integradores del delito, si falta cualquiera de estos elementos en un caso concreto, ya no existe éste delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicando el principio de estricta legalidad del delito, contenido en el artículo 14 de la Constitución de la República Mexicana, ha establecido jurisprudencia constante sobre que la falta de un elemento constitutivo destruye la especie delictiva.

Tomando en consideración, que las características del artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, son las mismas que las del abuso de confianza, los elementos constitutivos son los mismos.

Los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza son tres, los cuales se aplican al delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, que son:

a) Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio;

b) Que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y

c) Que se haya disuelto de la cosa.

Conforme a lo señalado con anterioridad, el agente recibe para su administración bienes ajenos, de los cuales le transmite la posesión y no el dominio, en razón de confianza, pudiendo ser un profesional en la administración, o bien mediante la celebración de un contrato que igualmente no transmita el dominio de los bienes ajenos.

Este ilícito requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida al abusario a título de simple tenencia y no de dominio: la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido, que en este caso es la administración de la cosa.

Transmitir la tenencia implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión, y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito. Sólo puede estimarse que se ha transmitido a éste dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la transmitió.

La confianza obtenida en el delito establecido en el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, se origina en el momento en el cual se le trasmite al agente la cosa para su administración, es por ello que la confianza es alcanzada con fines distintos del disponer de lo ajeno.

La transmisión de la tenencia no necesariamente ha de provenir de manera inmediata del sujeto pasivo, pues puede emanar de un tercero o representante legal.

La posibilidad de comisión del delito de abuso de confianza subsiste en tanto que perdura la transmitida tenencia de la cosa mueble de ajena propiedad.

El tercer elemento del abuso de confianza es la disposición de la cosa. Ésto se desprende del artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que "con ánimo de lucro el agente perjudique al titular de los bienes, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o emoleándose indebidamente", es decir, para que exista un lucro en favor del agente, éste tiene que disponer de los bienes o cosas de las cuales se le ha transmitido la tenencia y no el dominio, cambiando el objeto de esa tenencia, que es la administración de la cosa.

En relación a lo anterior, cabe señalar que los movimientos como alterar las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes, etcétera, no tienen otra finalidad, que ocultar la disposición realizada por el sujeto activo del delito, causándole un perjuicio al titular de la cosa en su patrimonio.

En relación a la disposición o apropiación del bien recibido en simple tenencia se transcribe la siguiente ejecutoria sustentada por los Tribunales Colegiados de Circuito:

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

Amparo en revisión 215/74, Jaime Escobedo Mandujano, agosto 29 de 1974. Ponente: Magistrado Renato Sales Gasque. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito (Villahermosa).

Tribunales Colegiados, Séptima Época, Volumen 68, Sexta Parte, página 15.

Tribunales Colegiados Informe 1974, Tercera Parte, página 332.

La disposición del bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza, siempre que, por supuesto, estén reunidas las demás condiciones jurídicas de la infracción.

### C) SEMEJANZAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL ABUSO DE CONFIANZA Y EL FRAUDE

Como se habia señalado con anterioridad el abuso de confianza y el fraude tienen como característica común el tutelar el patrimonio de las personas, su divergencia consiste en la forma de agresión a ese bien jurídico, en atención a la figura delictuosa de que se trate, la agresión patrimonial será distinta.

El resultado de ambos delitos coinciden porque en ellos importan un perjuicio a la víctima al causarle una disminución en su patrimonio, y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. Es decir los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción.

Como se dijo anteriormente la forma de la agresión al bien jurídico es lo que marca la diferencia entre los delitos de abuso de confianza y fraude, variando la forma de los procedimientos empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno.

En el abuso de confianza la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión derivada.

Con relación al fraude, como regla general, la apropiación se inicia por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de una actitud engañosa asumida por éste.

De las semejanzas que se presentan entre el delito de abuso de confianza y el fraude se citan las siguientes:

Están reglamentados en el Código Penal en su título vigésimo segundo denominado delitos en contra de las personas en su patrimonio.

En ambos delitos el elemento material está constituido por un hecho, abarcando una conducta, un resultado material y un nexo causal.

En ambos se presenta el aspecto negativo de la conducta.

Ambos delitos están conuestos por elementos material, normativo y subjetivo del injusto.

En ambos delitos la cosa es ajena.

En ambos delitos se requiere que no haya consentimiento.

Se requiere en estos delitos el elemento subjetivo del injusto: ánimo de dominio.

Se exige en ambos delitos la ilegitimidad: "sin derecho".

Estos delitos son dolosos.

El delito continuado se presenta en ambos delitos.

Las principales divergencias entre el delito de abuso de confianza y el fraude son las siguientes:

Para la existencia del fraude, el engaño debe ser anterior al lucro o provecho que se obtenga por virtud de él, y debe ser causa del mismo.

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

Entre el delito de abuso de confianza y el delito de fraude el elemento esencial de distinción, es si el dolo existía con anterioridad o no a la entrega de la cosa. Si existía con anterioridad, seguramente se trata del delito de fraude, por el contrario si apareció con posterioridad a la entrega de la cosa, seguramente se trata del delito de abuso de confianza. (42)

En el delito de fraude el bien es transmitido a cambio de otra contraprestación, falsa o parcialmente verdadera o en virtud de un convenio recíproco, aun cuando sea una supuesta contraprestación, situación que no sucede en el delito de abuso de confianza, porque la transmisión del bien es para tal o cual fin, es decir un encargo concreto donde existe una relación de subordinación.

La esencia del delito de abuso de confianza consiste en la disposición y la esencia del delito de fraude consiste en el engaño.

El delito de abuso de confianza sólo puede cometerse sobre bienes muebles, en cambio el delito de fraude puede atacar indistintamente a bienes muebles e inmuebles.

---

42. Ob. cit., pág. 68.

En relación a lo anterior, me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que, mientras en el primero el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el segundo la cosa se obtenida empleando el engaño, o aprovechándose del error en que la víctima se encontraba: medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto, o el lucro propuestos.

Número del amparo: 2319/56/1. Quejoso: José Vázquez García. 11 de octubre de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Luis Chico Goerne. Secretario: José M. Ortega.

1a. Sala.- Informe 1956, pág. 21, Quinta Época, Tomo CXXX, pág. 157."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE, DIFERENCIAS (COMISIONISTAS).- Si un empleado de la ofendida recibe mercancía para su venta en comisión sin que la obtenga como consecuencia de engaño o aprovechamiento de error, sino en su calidad de agente vendedor de la empresa que contrató sus servicios, al pignorar la mercancía que se le entrega para su venta y distraer de su destino objetos muebles de los cuales disfrutaba la tenencia, más no el dominio, configura el delito de abuso de confianza, sin que importe la circunstancia de que el acusado llene con nombres y datos supuestos o falsos las tarjetas en que debe anotar las ventas reales, ya que tal circunstancia no determina la entrega de la mercancía ni el lucro obtenido, sino que dicha maniobra tiene como finalidad la ocultación del delito, por lo que el engaño derivado de esos hechos, es posterior a la comisión del abuso de confianza y no constituye fraude.

Amparo directo 6290/1962. José Vázquez Palacios. Octubre 27 de 1965. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Agustín Mercado Alarcón.

1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen C, Segunda Parte, pág. 17."

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

Amparo directo 2381/1965. Armando Aburto Hernández, julio 29 de 1965. Unanimidad de 4 s. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A.

1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen XCVII, Segunda Parte, pág. 30.

1a. Sala.- Informe 1965, pág. 20. "ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE". Texto idéntico, tesis 26, pág. 9, de nuestro volumen ACTUALIZACION I PENAL."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE (SU DIFERENCIACION) AGUASCALIENTES.- Si bien es cierto que el quejoso, antes de disponer del dinero, elaboró falsamente un cheque, también lo es, que esa falsificación no la hizo para hacer que mediante esos engaños se le entregara la suma de que dispuso, puesto que la tenía con anterioridad lícitamente en razón de su cargo como cajero, sino que al falsificar el cheque, sólo preparaba con la debida anticipación, la documentación necesaria para ocultar el delito y así, no obtuvo la posesión del dinero mediante el referido engaño, ni su intención de disponer del numerario fue anterior a su entrega, por lo que debe considerarse que en el caso el delito que se cometió: fue el de abuso de confianza.

Amparo directo 2189/67. J. Jesús García  
González. abril 24 de 1968. Unanimidad 5  
votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. Sala.- Informe 1968, pág. 21."

D) LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ARTICULO 388 DENTRO DEL CAPITULO II DEL CODIGO PENAL VIGENTE

Es necesario reubicar el delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en virtud de contener los presupuestos, características y elementos esenciales del delito de abuso de confianza.

Actualmente el citado delito se contempla en el capítulo III, correspondiente al fraude, y la necesidad de reubicarlo en el capítulo II, obedece a la impartición de justicia conforme a derecho y espero sirva de apoyo el estudio que se ha realizado en el presente trabajo de tesis.

En atención al principio de legalidad y lograr mejorar al derecho penal mexicano, es necesario que dicha reubicación se lleve a cabo.

La propuesta es que el delito tipificado en el artículo 388 del Código penal para el Distrito Federal, ubicado en el capítulo III, sea reubicado al capítulo II, donde se contempla el delito de abuso de confianza.

Es importante presentar los principales fundamentos que me permiten realizar la propuesta citada en el párrafo anterior.

Del multicitado artículo 368, se desprende que el administrador tiene la posesión de bienes ajenos donde surgen movimientos de "debe y haber", de los cuales le transmitieron la tenencia y no el dominio, es decir su función es administrar los bienes ajenos en beneficio del titular de los mismos.

El administrador recibe la cosa lícitamente - sin emplear engaños, aprovechar errores, maquinaciones o artificios, su actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición.

Es en el ejercicio de la administración de los bienes ajenos, de los cuales tiene la posesión el agente, que con ánimo de lucro perjudica al titular de los mismos, causando un detrimento en su patrimonio.

El detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo del delito, consiste en que el administrador tiene la posesión de los bienes de los cuales le otorgaron la tenencia y no el dominio, con el objeto de administrarlos, y en su labor de administrador altera las cuentas o condiciones de los contratos, hace aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, oculta o retiene valores o empleándose indebidamente, en realidad el agente trata de ocultar la disposición de los bienes por medio de esta serie de movimientos o bien de uno sólo, ya que él cuenta con la posesión de los bienes con antelación a la serie de movimientos que realiza.

Se trata exclusivamente de bienes muebles, tal y como se desprende del artículo 368, ya que son bienes donde surgen operaciones de "debe y haber".

El sujeto activo del delito no obtendrá algún lucro, si únicamente realiza los movimientos y no dispone de los bienes muebles, por lo tanto esos movimientos tienen como finalidad el ocultamiento de las disposiciones realizadas por el agente.

En el abuso de confianza la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión derivada, situación que se presenta cuando el administrador realiza las disposiciones, en lugar de continuar con la administración de los bienes ajenos.

En relación a lo anterior, me permito transcribir las siguientes ejecutorias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Primera Sala:

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que, mientras en el primero el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el segundo la cosa se obtiene engañando al encaño, o aprovechándose del error en que la víctima se encontraba; medios sin los cuales no hubiera alcanzado ese objeto, o el lucro propuestos.

Número del amparo: 2319/56/1. Quejoso: José Vázquez García. 11 de octubre de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Luis Chico Goerne. Secretario: José M. Ortega.

1a. Sala.- Informe 1956, pág. 21. Quinta Epoca, Tomo CXXX, pág. 157."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE (SU DIFERENCIACION) AGUASCALIENTES.- Si bien es cierto que el quejoso, antes de disponer del dinero, elaboró falsamente un cheque, también lo es, que esa falsificación no la hizo para hacer que mediante esos engaños se le entregara la suma de que discuso, puesto que la tenía con anterioridad lícitamente en razón de su cargo como cajero, sino que al falsificar el cheque, sólo preparaba con la debida anticipación, la documentación necesaria para ocultar el delito y así, no obtuvo la posesión del dinero mediante el referido engaño, ni su intención de disponer del numerario fue anterior a su entrega, por lo que debe considerarse que en el caso el delito que se cometió: fue el de abuso de confianza.

Amparo directo 2169/67. J. Jesús García González. abril 24 de 1968. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. Sala.- Informe 1968, pág. 21."

## E) PUNTOS DE VISTA DEL AUTOR

El delito tipificado en el artículo 388 considerado como uno de los delitos equiparables al delito de fraude, considero que contiene los mismos presupuestos, características y elementos esenciales del abuso de confianza, es por ésto y en atención al principio de legalidad, que el contenido del artículo 388, debe reubicarse en el segundo capítulo del título vigésimo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, relativo al abuso de confianza.

Después de examinar el delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, para sustentar la hipótesis planteada, resulta:

El administrador de bienes o mandatario, al cual se le encarga la administración de bienes donde existen movimientos de "debe y haber", obtiene un lucro ilícito al disponer de esos bienes, perjudicando al titular de los mismos.

Al administrador se le transmite la tenencia y no el dominio de los bienes donde se originan movimientos de "debe y haber", los cuales obtiene de buena fe, es decir en su calidad de administrador, lo que significa que el administrador no utilizó engaños para obtener la posesión de los bienes, sino debido a la confianza en él depositada.

El administrador tiene la posesión de los bienes de los cuales le otorgaron la tenencia y no el dominio, con el objeto de administrarlos, y en su labor de administrador altera las cuentas o condiciones de los contratos, hace aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, oculta o retiene valores o empleándose indebidamente, en realidad el agente trata de ocultar la disposición de los bienes por medio de esta serie de movimientos o de uno sólo, ya que no realiza estos movimientos para obtener la posesión de los bienes.

Se trata exclusivamente de bienes muebles, tal y como se desprende del artículo 388, ya que son bienes donde surgen movimientos de "debe y haber".

El sujeto activo del delito no obtendrá algún lucro, si solamente realiza los movimientos y no dispone de los bienes muebles, por lo tanto esos movimientos tienen como finalidad el ocultamiento de las disposiciones realizadas por el agente.

Los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza son tres, los cuales se aplican al delito tipificado en el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal, que son:

a) Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio:

b) Que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y

c) Que se haya dispuesto de la cosa.

El sujeto activo del delito recibe para su administración la cosa, de la cual le transmiten la posesión y no el dominio, en razón de confianza, o bien mediante la celebración de un contrato que igualmente no transmita el dominio de la cosa.

La confianza se origina en el momento en el cual se le transmite al agente la cosa para su administración, es por ello que la confianza es alcanzada con fines distintos del disponer de lo ajeno.

Para que exista un lucro en favor del agente, éste dispone de la cosa de la cual se le ha transmitido la tenencia y no el dominio, cambiando el objeto para lo cual le transmitieron la tenencia de la cosa.

El abuso de confianza y el fraude tienen como característica común el tutelar el patrimonio de las personas, su divergencia consiste en la forma de agresión a ese bien jurídico, en atención a la figura delictuosa de que se trata, la agresión patrimonial será distinta.

En el abuso de confianza la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión derivada.

Con relación al fraude, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de una actitud engañosa asumida por ésta.

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

Actualmente el citado delito se contempla en el capítulo III, correspondiente al fraude, y la necesidad de reubicarlo en el capítulo II, obedece a la impartición de justicia conforme a derecho y espero sirva de apoyo el estudio que se ha realizado en el presente trabajo de tesis.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES

## CAPITULO V

### A) CONCLUSIONES

I.- El delito de abuso de confianza, es una figura delictiva, considerada como un delito especial autónomo, con elementos propios que lo distinguen de los demás delitos patrimoniales.

Este ilícito requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido.

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

III.- La esencia del delito de abuso de confianza consiste en la disposición y la esencia del delito de fraude consiste en el engaño.

IV.- El requisito de procedibilidad en relación al delito de abuso de confianza es la querrela, la cual se debe cubrir para poder ejercitar la acción penal en contra del abusario.

V.- La posesión del bien en el delito de abuso de confianza, es la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto al de la mera detentación material.

VI.- La rendición de cuentas se debe realizar cuando en el delito de abuso de confianza existan partidas de debe y haber, es decir en aquellas situaciones donde el sujeto activo del delito haya tenido a su cargo dichas partidas y dispuesto de ellas.

VII.- Para la integración típica del delito de abuso de confianza, es necesario que la ilegítima retención de la cosa sea completada con un requerimiento formal de devolución realizado por quien a ella tenga derecho, ya sea por medio de interpolación judicial o notarial para que se devuelva la cosa.

Transcurrido el término señalado en el requerimiento formal de entrega de la cosa, nace el delito de abuso de confianza.

VIII.- El delito tipificado en el artículo 388 considerado como uno de los delitos equiparables al delito de fraude, a mi juicio contiene los mismos presupuestos, características y elementos esenciales del abuso de confianza, es por ésto y en atención al principio de legalidad, que el contenido del artículo 388, debe reubicarse en el segundo capítulo del título vigésimo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, relativo al abuso de confianza.

IX.- El administrador de bienes o mandatario, al cual se le encarga la administración de bienes donde existan movimientos de "debe y haber", obtiene un lucro ilícito al disponer de esos bienes, perjudicando al titular de los mismos.

X.- Al administrador se le trasmite la tenencia y no el dominio de los bienes donde se originan movimientos de "debe y haber", los cuales obtiene de buena fe, es decir en su calidad de administrador, lo que significa que el administrador no utilizó engaños para obtener la posesión de los bienes, sino debido a la confianza en él depositada.

XI.- El administrador tiene la posesión de los bienes de los cuales le otorgaron la tenencia y no el dominio, con el objeto de administrarlos, y en su labor de administrador altera las cuentas o condiciones de los contratos, hace aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, oculta o retiene valores o empleándose indebidamente, en realidad el agente trata de ocultar la disposición de los bienes por medio de esta serie de movimientos o de uno sólo, ya que no realiza estos movimientos para obtener la posesión de los bienes.

XII.- Se trata exclusivamente de bienes muebles, tal y como se desprende del artículo 388, ya que son bienes donde surgen movimientos de "debe y haber".

XIII.- El sujeto activo del delito no obtendrá algún lucro, si solamente realiza los movimientos y no dispone de los bienes muebles, por lo tanto esos movimientos tienen como finalidad el ocultamiento de las disposiciones realizadas por el agente.

XIV.- Los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza son tres, los cuales se aplican al delito tipificado en el artículo 368 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales son: primero que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio, segundo que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno y tercero que se haya dispuesto de la cosa.

XV.- El artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal se contempla en el capítulo III, correspondiente al fraude, y la necesidad de reubicarlo en el capítulo II, obedece a la impartición de justicia conforme a derecho, y espero que la aportación del análisis que se ha realizado en el presente trabajo de tesis, sirva de apoyo.

## BIBLIOGRAFIA

Abarca, Ricardo. El Derecho Penal en México. Editorial Jus, Volumen III. México. pp. 220.

Arroyo Alba, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude. U.N.A.M. Imrenta Universitaria. Primera Edición. México, 1962, pp. 150.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Limón. Reimpresión. México, 1937. pp. 356.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. S.A., Vigésimoséptima Edición, México, 1989. pp. 259.

Colln Sánchez, Guillermo. Comentarios de Derecho Penal. Editorial Porrúa. S.A., Sexta Edición. México, 1989. pp. 345.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 13a. Edición, 1962, pp. 205.

De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, Primera Edición. México, 1944, pp. 620.

De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., Decimoquinta Edición, México, 1988, pp. 509.

González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Decimoctava Edición, México, 1982, pp. 457.

Jiménez de Asúa, Luis, La Teoría Jurídica del Delito, Universidad Nacional del Litoral, República de Argentina, 1958, pp. 161.

Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, La Tutela Penal del Patrimonio, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1977, pp. 250.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, México, 1989, pp. 214.

Porta Petit Candaudo, Celestino, Robo Simple, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1984, pp. 155.

S. Macedo, Miguel, Trabajos de Revisión del Código Penal, Tomo IV, pp. 556.

Machorro Narvaez, Paulino. Derecho Penal Especial, Editorial Artes Gráficas, Segunda Edición, México, 1986, pp. 185.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición Mexicana, México, 1986, pp. 356.