

626  
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ABUSO  
DE CONFIANZA PREVISTO EN EL ARTICULO 384  
DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
HILDA XOCHITL ORTIZ VAZQUEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
EXAMENES Y TITULACIONES

1994

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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

CD. UNIVERSITARIA, 20 DE SEPTIEMBRE DE 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION  
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.  
P R E S E N T E .

LA C. HILDA XOCHITL ORTIZ VAZQUEZ, HA -  
ELABORADO EN ESTE SEMINARIO A MI CARGO Y BAJO LA DIRECCION  
DEL LIC. CARLOS J. M. DAZA GOMEZ, SU TESIS PROFESIONAL IN-  
TITULADA; "ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ABUSO DE CON-  
FIANZA PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE"  
CON EL OBJETO DE OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO -  
EN DERECHO.

LA ALUMNA HA CONCLUIDO LA TESIS DE REFEREN-  
CIA LA CUAL LLENA A MI JUICIO LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN -  
EL ARTÍCULO 8, FRACCION V, DEL REGLAMENTO DE SEMINARIOS PA-  
RA LAS TESIS PROFESIONALES, POR LO QUE OTORGO LA APROBACION  
CORRESPONDIENTE PARA TODOS LOS EFECTOS ACADEMICOS.

A T E N T A M E N T E .

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE  
DERECHO PENAL

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO A DIOS  
NUESTRO SEÑOR.

GRACIAS A MI ESPOSO LIC LUIS MARTIN HERRERA BAZAN POR TODO SU  
APOYO, COMPRESION Y SOBRE TODO POR SU AMOR.

CON AMOR DEDICO ESTE TRABAJO A MIS PADRES , A MIS HERMANOS  
Y SOBRINAS:

GUILLERMO ORTIZ PETRIZ (O.E.P.D.)  
ROSA VAZQUEZ VIUDA DE ORTIZ  
MARIA DEL ROCIO JULIA ORTIZ VAZQUEZ  
GUILLERMO ORTIZ VAZQUEZ  
MARISELA ORTIZ VAZQUEZ  
ERIKA MARISOL GONZALEZ ORTIZ  
ROCIO GONZALEZ ORTIZ  
REYNA JOSELYN ORTIZ RUIZ

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y A LA  
FACULTAD DE DERECHO.

CON AGRADECIMIENTO A MI MAESTRO CARLOS J.M. DAZA GOMEZ.

GRACIAS PIERROT, COLOMBINA, JEKKA, CHIQUITA, DAHNNNA, FITO Y  
MARSHAL POR SU AMOR.

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA PREVISTO  
EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

INDICE GENERAL.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| ANTECEDENTES LEGISLATIVOS..... | 1  |
| A) CODIGO PENAL DE 1835.....   | 3  |
| B) CODIGO PENAL DE 1871.....   | 6  |
| C) CODIGO PENAL DE 1929.....   | 12 |
| D) CODIGO PENAL DE 1931.....   | 16 |

CAPITULO II.

|   |    |
|---|----|
| ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE ABUSO<br>DE CONFIANZA.....                              | 22 |
| A) PERJUICIO.....   | 23 |
| B) DISPONIBILIDAD.....  | 26 |
| C) COSA.....  | 29 |
| D) AJENA.....   | 33 |
| E) MUEBLE.....  | 36 |
| F) TENENCIA.....  | 40 |
| G) DOMINIO.....   | 46 |
| H) EL TIPO DE ABUSO DE CONFIANZA PREVISTO EN EL<br>ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE..... | 50 |

### CAPITULO III.

#### ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

|   |     |
|---|-----|
| A) DIVERSOS CONCEPTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA<br>PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE<br>..... | 60  |
| B) CONDUCTA.....  | 63  |
| C) AUSENCIA DE CONDUCTA.....  | 79  |
| D) TIPICIDAD.....   | 98  |
| E) ATIPICIDAD.....  | 105 |
| F) ANTIJURICIDAD.....   | 109 |
| G) CAUSAS DE JUSTIFICACION.....   | 117 |
| H) CULPABILIDAD.....  | 125 |
| I) INCULPABILIDAD.....  | 139 |
| J) PUNIBILIDAD.....   | 147 |
| K) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....  | 153 |

### CAPITULO IV.

#### APARICION DEL DELITO.

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| A) ITER CRIMINIS.....       | 167 |
| B) TENTATIVA.....           | 178 |
| C) CONCURSO DE DELITOS..... | 187 |
| D) PARTICIPACION.....       | 191 |

### CAPITULO V.

#### DERECHO COMPARADO.

|   |     |
|---|-----|
| A) DIVERSAS LEGISLACIONES ESTATALES DE MEXICO.... | 204 |
| B) DIVERSAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.....        | 218 |
| C) JURISPRUDENCIA.....                            | 224 |
| CONCLUSIONES.....                                 | 235 |
| BIBLIOGRAFIA.....                                 | 240 |

## **INTRODUCCION.**

Este trabajo tiene como finalidad hacer un estudio en relación al artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, que habla de la conducta, relativa a la ilegítima retención de una cosa, por una persona a la cual se le ha transmitido la tenencia de la misma más no la posesión, y por lo tanto debiera entregarla a su legítimo dueño o a quien demuestre tener derecho para solicitar le sea devuelta la cosa, esto es a través de un requerimiento formal, negandose a devolverla, o bien no la entregue a la autoridad para que dicha autoridad disponga de la misma conforme a la ley. Primeramente tocare lo referente al elemento histórico, no sólo lo referente al artículo 384 del Código comentado, sino también en general al derecho penal en México, desde el Código de 1835 hasta el Código de 1931 que es el que nos rige actualmente en esta materia; en segundo término, los elementos que integran el tipo penal previsto en el artículo 384 del Código mencionado en el capítulo tercero, se hará un análisis de los elementos constitutivos del delito de acuerdo a la teoría del delito; en el cuarto capítulo, hablare de lo relativo al Iter Criminis, o sea la vida del delito; y por último en el capítulo quinto lo referente a la forma en que otros Estados

de la República y legislaciones extranjeras. describen este tipo penal en comparación con el código en estudio en este trabajo.

## CAPITULO I.

### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Nuestro pais nació a la vida independiente con las aspiraciones y sentimientos propios de un pueblo libre, pero que estaba en desacuerdo con sus costumbres politicas y con un atraso en el orden juridico, económico y social.

El maestro Castellanos Tena nos dice: "La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación". (1)

Don Miguel Macedo nos comenta: "La

administración de justicia se halla, por desgracia en un estado lamentable, y de este grave problema se resentirá nuestra sociedad, mientras dependa aquella en gran parte de las leyes antiguas y modernas, inaplicables unas y otras de difícil aplicación en nuestras instituciones; mientras nuestros códigos acumulosos se compongan de leyes dadas para una monarquía absoluta y para una monarquía moderada, para una colonia y para una nación independiente; para un gobierno central y para una república federativa. Este caos de legislación da lugar fácilmente al espíritu de embrollo, eterniza los procesos y confunde la justicia. Es pues, de suma necesidad la reforma de este ramo, no por leyes aisladas, sino por códigos completos. La empresa es ardua, pero es menester arrastrarla; desde principio a ella, aunque se deje a otros la gloria de acabarla". (2)

"Dirigiendo una mirada retrospectiva al camino recorrido desde la independencia, encontramos que la actividad legislativa se encuentra casi exclusivamente en el Derecho Político y las otras ramas del Derecho Público relativas a las funciones que más habían sido afectadas por el cambio en el modo de ser la nación, tales como la administración fiscal y la de justicia. En cuanto al Derecho Penal, o sea, la represión del delito y aún su prevención, cierto es que fueron materias de las más atendidas, a causa del notorio aumento de la criminalidad que se observó; las

medidas dictadas fueron principalmente relativas al procedimiento y a la jurisdicción para acelerar los procesos y de ese modo hacer más ejemplares y efectivas las penas; pero sin tocar los preceptos de fondo acerca de delitos y penas". (3)

#### A) CODIGO PENAL DE 1835.

"La primera codificación de la República en materia Penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por decreto de 8 de Abril de 1835; el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fué el Estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con un Código Penal local, pues si bien en el Estado de México, se había redactado en 1831, un Bosquejo General de Código Penal, que no llegó a tener vigencia". (4).

"El desarrollo de los trabajos respecto al Código de 1835, fué el siguiente: El 15 de Septiembre del año de 1832 fué enviada al Cuarto Congreso Constitucional del Estado, la primera parte del proyecto, y con fecha 15 de Noviembre del mismo año de 32 se remitió la segunda parte...

"El proyecto a que hacemos referencia fué

analizado por una comisión de Diputados, integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julian Tornel y Antonio María Solorio....

"Fué hasta el 28 de Abril de 1835, por Decreto número 106, que se puso en vigor el Proyecto de Código Penal de 1832, diciéndose que: "entre tanto se establece el Código Criminal Penal mas adaptable a las exigencias del Estado, regirá y observara como tal el proyecto presentado a la Legislatura el año de 1832", (artículo 10.) y "el Gobierno mandará imprimir suficiente número de ejemplares del proyecto indicado, cuyo precio y venta será el muy preciso para cubrir los gastos de su impresión y luego que está se verifique, dejará de aplicarse las leyes que hasta aquí han regido sobre calificación de delitos y designación de penas"....

"Está compuesto de tres partes el Código Penal de 1835, en la primera parte, llamada de las penas y de los Delitos en General, contiene dos títulos, denominados respectivamente: "De las Penas en General", abarcando veintisiete secciones y "De los Delitos en General", integrado por once secciones....

La parte Segunda, denominada "De los Delitos Contra la Sociedad", contiene ocho títulos: I.- De

los Delitos Contra la Exigencia Política de la Federación y del Estado, y contra las Leyes Fundamentales. II.- De los Delitos contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado y contra la Tranquilidad y Orden Público. III.- De los Delitos contra la Salud Pública. IV.- De los Delitos contra la Fé Pública. V.- De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos. VI.- De los Delitos contra la Moral, Honestidad, Decencia Pública. VII.- De los Vagos, Ociosos y Mal Entendidos; y de los que Descuiden la Instrucción de la Juventud.....

Ahora bien, consta de seis secciones, el Título Primero; de diez el Segundo; de tres el Tercero; de nueve el Cuarto; de doce el Quinto; de seis el Sexto; de una el Séptimo y de dos el Octavo.....

"La parte tercera se refiere a los Delitos contra particulares, comprendiendo tres Titulos; I.- De los delitos contra las personas; II.- De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas; III.- De los delitos contra las propiedades....

"En cuanto al valor jurídico de este ordenamiento, contamos con varias opiniones....

"Olga Islas de González Mariscal, estudia

el Código de 1835, siendo sus apreciaciones en el sentido de que entre este y el Código de 1822, español, existen semejanzas y diferencias....

"Carranca y Trujillo advierte que: ..."el Código de 1835 acusa indudables influencias del español de 1822, como se colige, por la sola lectura de su total articulado, por su sistemática, por su catálogo de penas entre las que figuran la de la muerte y la de la vergüenza pública, por la confusión en la materia de excluyentes de responsabilidad, etc., asimismo, consigna francas anticipaciones a la penología moderna, como se advierte el aceptar ciertas medidas de seguridad, pudiéndose admitir, también sin lugar a dudas, que el Código de 1835 veracruzano, seguido por el Decreto que lo modifica y adiciona, influyó en la total legislación penal mexicana. el Código de 1871, para el Distrito y Territorios Federales y en los de nuestro siglo". (5).

#### B) CODIGO PENAL DE 1871.

"El C. Presidente de la República Mexicana. Licenciado Don Benito Juárez, ordenó que se

nombrara una comisión para que formulara un Proyecto de Código Penal. Así el Ministro de Justicia, el C. Jesus Teran, nombró en el año de 1861, una Comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, Jose María Herrera Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martinez de Castro. Tiempo despues sustituyo el licenciado Don Carlos María Saavedra al licenciado Ezequiel Montes....

"La comisión anterior estuvo trabajando hasta el año de 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.....

"El mismo licenciado Don Benito Juárez, una vez restablecida la paz en la República, por conducto del Ministro de Justicia, Licenciado Ignacio Mariscál, nombro con fecha 28 de septiembre de 1868, una nueva Comisión con objeto de continuar los trabajos que se habian interrumpido recayendo dichos nombramientos en las personas del licenciado Antonio Martínez de Castro como presidente, y de los licenciados Manuel Zamacon, Jose Maria Lafragua, Eulalio María Ortega como miembros de la misma y del licenciado Indalecio Sanchez Gavito, como Secretario....

"El Código Penal de 1871, consta de 1152 articulos y 28 Transitorios. El Libro Primero se denomina: De los Delitos, Faltas, Delinquentes y Penas en General. El

Libro Segundo. se intitula: Responsabilidad Civil en Materia Criminal. El Libro Tercero llamado: De los Delitos en Particular. El Libro Cuarto se denomina: De las Faltas....

"El Código Martínez de Castro se fundamenta en los postulados de la escuela clásica y admite un levisimo espíritu positivo, pues no obstante el clasicismo de este ordenamiento, debe de aceptarse que existe en el una mínima influencia positiva, lo que reconocen penalistas mexicanos y extranjeros, afirmando que en el Código de 71, Miguel S. Macedo, señalando que "es difícil que haya Código alguno elaborado a fines del tercer cuarto del siglo XIX en que se encuentre un espíritu positivo más fuerte que el de nuestro Código", y que "de no haber sido mexicano Martínez de Castro, figuraría entre los legisladores celebres y ocuparía puesto distinguido entre los precursores de la Nueva escuela del Derecho Penal"...

"Es altamente satisfactorio que en la misma Europa se haga plena justicia a Martínez de Castro....

"Debemos concluir que no obstante que el Código Penal Mexicano de 1871, tuvo como base el Código Español de 1870, dicho Código de 1871, fué modificado doctrinariamente con un sentido progresista, por un jurista de cuyo nombre, a decir de Belloni, la República Mexicana,

podrá siempre enorgullecerse: Martínez de Castro: maxime que, en opinión del citado penalista italiano: "Los sistemas modernos creados por la legislación de 71, tuvieron el mérito de preparar las ulteriores reformas más atrevidas por Almaráz, encontrándose los lineamientos principales que constituyen un progreso sobre los rígidos esquemas y las garantías civiles de los criminalistas clásicos, que desde el punto de vista doctrinal, constituyen un precedente de las más modernas concepciones de la sanción penal, francamente desarrolladas en 1929, debiéndose reconocer en este sentido el sello estrictamente mexicano que se imprimió sobre el Código Español, derivado a su vez del Código de Napoleón; sello que reconoce igualmente Daniel, al afirmar que Martínez de Castro dió a la Nueva Codificación un perfil fálaz moderno, comparado con otros sistemas penales de la época".

(6).

Por lo que corresponde a nuestro análisis, encontramos que en este Código mexicano, se creó la figura del delito de abuso de confianza, que después de algunas reformas quedo de la siguiente forma: "Artículo 407.- 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 importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier 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 se transfieren el dominio, sufrira la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondria si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia...". Refiere el mismo autor que el articulo 405 del ordenamiento en comento, aludia al abuso de confianza como una mera agravante al decir: "Articulo 405.- Hay abuso de confianza siempre que, para cometer un delito, se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasion que no tendria sin la confianza que en el se ha depositado y que no procuro granjearse con ese fin". Como se desprende de la simple lectura del anterior articulo en ningún momento se menciona al abuso de confianza como un delito en particular sino como una simple agravante, pero Martínez de Castro en su exposición de motivos justifica de la siguiente forma: "El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro caracter que el de circunstancia agravante, y la Comision lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Codigo frances y todos los posteriores, porque actualmente son dos delitos diversos el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueno. que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibio en convenio o a virtud de un contrato que no tranfiere el dominio".

En esta misma obra, se cita a Miguel S. Macedo en la exposición de motivos manifiesta en relación a este delito: "La Comisión estuvo conforme, en principio, con la reforma de 1896; pero considerandolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no solo los contratos sino tambien 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."(7)

Por lo anterior, podemos ver que aunque en la descripción del artículo 407 del citado ordenamiento punitivo, no se encuentra la palabra abuso de confianza, en la exposición de motivos, se explica claramente que es un delito de abuso de confianza y las razones por las que se se diferencia del de robo, además de que era necesario adherirlo al derecho mexicano.

## C) CODIGO PENAL DE 1929.

"Siendo Presidente de la República el Licenciado Emilio Portes Gil se expidió el Código de 1929, conocido como Código de Almaráz, por haber formado parte de la Comisión redactora el señor Licenciado José Almaráz, quien expresa que se acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela positiva.....

"Se ha censurado este cuerpo de Leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica....

"Pueden señalarse, sin embargo, varios aciertos, entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, de efimera vigencia, pues solo rigió del 15 de Septiembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931" (8).

"El Código Penal de 1929, tiene 1228

artículos y 5 transitorios, conozcamos en primer término el pensamiento del principal autor del Código de 29 y redactor de la Exposición de Motivos: Almaráz, expresa que: "La Comisión del Código de 29 acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva y estimando en conciencia que no debía presentar como substancial un código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia, resolvió cambiar radicalmente el principio básico del Código y sus circunstancias; y quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar el proyecto en el principio: "No hay delitos sino delincuentes"; pero desgraciadamente a la realización de este DESIDERATUM, se suponen los preceptos constitucionales; de aquí que tuvo la comisión que desistir de muchas innovaciones importantes....

"Teja Zabre, Jose Angel Cenicerros, Luis Garrido, Raul Carrancá y Trujillo, Carlos Franco Sodi, Mateos Escobedo, han opinado, entre otros sobre el Código de 29.

A) "Jose Angel Cenicerros concreta su opinión expresando que los autores del Código del 29, lograron que su estructura realizara real y efectivamente el pensamiento positivista que los animó, en cuanto a que incorporaron a la legislación mexicana los principios doctrinales de Ferri, aunque sin crear en torno de ellos todo su sistema de articulado nuevo, que sustituyera el del viejo

Código, pues se conformaron con adicionar, mejor dicho, con superponer a lo existente los postulados teóricos de la nueva escuela, y con técnica jurídica imperfecta, que fué una de las causas importantes del fracaso que tuvo el poco afortunado ordenamiento.....

B) "Teja Zabre considera que el Código de 29 implantó en los textos legales todo bagaje teórico de los autores y comentaristas de la Escuela Positiva, superpuesto sobre la antigua construcción clásica....

C) "Garrido dice que los autores del ordenamiento de 29, esmaltaron de definiciones positivistas los diversos capítulos del Código sin proponer la reforma esencial que a gritos pedía la sociedad, ya que conservaba el casuismo y la métrica penal del viejo Código.....

D) "Carranca v Trujillo, apunta que la inspiración positiva que guió a los redactores del Código, no tuvo fiel traducción en su articulado positivo, el que fundamentalmente no modificó el sistema anterior de 1871, pues los estados peligrosos no pasaron de ser en aquel cuerpo legal mas que una denominación nueva, aplicada a cosas viejas y de regusto exclusivamente clásico, pues el sistema interno del Código no difirió radicalmente del clásico.....

E) "Franco Sodi, manifiesta que el Código de 29 esta inspirado en la Escuela Positiva Italiana; y....

F) "Mateos Escobedo considera que el Código de 29 cuya principal preocupación fué ostentar matices doctrinarios, destacando una postura positivista y defensista, acabó por no tener ninguna filiación, en una palabra: Este Código quiso serlo todo y no fué nada.....

Entre los autores extranjeros, Ruiz Funes, sostiene que el artículo 32, se admite el fundamento de la responsabilidad sobre el estado peligroso, con notorio influjo del proyecto de Ferri, pero desde luego se diluye en unos casos y desaparece por completo en otros, y un examen general del Código no permite la existencia en él de una unidad de orientación, conviniendo en que, lo que juzga Almaráz como innovaciones de mayor relieve, se cumplen en el Código de 29, pero su realización es confusa, desigual y no siempre acertada.....

"Jiménez de Asua, advierte que el Código de 29 es un disparatadisimo y voluminoso Código, que da la sensación, como escribiría uno de los mas ilustres y finos espiritus alemanes, de estar escrito para otro planeta"....

"El Código Penal de 1929 no realizó

integralmente los postulados de la Escuela Positiva por: a) obstáculos de orden constitucional, y b) errores de carácter técnico". (9)..

#### D) CODIGO PENAL DE 1931.

Con fecha 17 de Septiembre de 1931, "entro en vigor el Código que rige actualmente. Fue promulgado por el Presidente Ortiz Rubio, el 13 de Agosto del mismo año, con el nombre de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, integraron la Comisión Redactora los señores Licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, Jose Angel Ceniceros, Jose Lopez Lira y Carlos Angeles.....

"En la exposición de motivos, elaborada por el Licenciado Teja Zabre, se lee: Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal, solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son

múltiples: es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la Ley Penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (Transmisión de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, realización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones.....

"El Código de 31 ha recibido, desde su aparición, numerosos elogios de propios y extraños y también, por supuesto diversas censuras.....

"Destacan como directrices importantes:

la amplitud del arbitrio judicial, mediante mínimos y máximos para individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el artículo 12; las formas de participación, en el artículo 13; algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad en el 16; la erección de la reparación del daño en pena pública en el 29; los casos de sordomudez y enajenación mental permanente en los artículos 67 y 68; la institución de la condena condicional en el 90; siguiendo el Código de 1929, la prescripción de la pena de muerte, etc.....

"En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal. Muchas entidades han adoptado el Ordenamiento de 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones en otras, aunque la tendencia actual que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de Defensa Social Veracruzano, y los Anteproyectos del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963". (10).

Sentimos oportuno mencionar dos aspectos importantes que el Maestro Porte Petit nos cita en su obra Apuntes de la Parte General de Derecho Penal: "...con relación a este ordenamiento existen a tratar dos cuestiones de suma importancia: la relativa a la constitucionalidad del

Código y la referente a la "fe de erratas" de dicho cuerpo de leyes....

"Sobre la primera cuestión, el distinguido jurista J. Ramon Palacios, es de parecer que toda esta legislación es absolutamente inconstitucional, porque faltando la declaración de estado de guerra, etc., con aprobación por el Congreso y la suspensión de garantías, y el estado real de anormalidad del país, faltan los presupuestos del artículo 29 constitucional, delegación de facultades que no puede cobijarse en la teoría de la colaboración porque tampoco es lícito que el poder Judicial sea investido verbigracia de poderes ejecutivos o de poderes políticos, como el de calificar elecciones, a pretexto de autorizaciones.....

"En cuanto a la fe de erratas, del Código vigente, es muy numerosa, habiendo sido publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 31 de agosto de 1931 y posteriormente con fecha 12 de Septiembre del mismo año, se publicó en el Diario Oficial la "Aclaración de fe de erratas del Código Penal", estimándose por Jose Almaráz que "como la llamada fe de erratas de los códigos de 31 es una lista de modificaciones substanciales de algunos preceptos ya promulgados, carece de valor legal, obligatorio (porque ya habían terminado las facultades expresamente concedidas al

Ejecutivo y a la Comisión), y justifica las censuras más acerbas para sus autores". (11).

En este Código Penal de 1931 el delito de abuso de confianza quedo de la siguiente forma: "Artículo 382.- Se aplicaran prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importa 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."(12)

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

- 1.-CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A., México, 1986, p.45
- 2 .- MACEDO, Miguel, Discurso pronunciado por Valentin Gómez Farias y citado por el autor mencionado. ob. cit., pp. 271 y 272.
- 3 .- MACEDO, Miguel, ob. cit., p. 272.
- 4 .- CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit. pp. 45 y 46
- 5 .- PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México. ed. Jur. México, pp.11 a 14
- 6 .- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1869, Leyes penales Mexicanas, I.N.C.I.P.E., Tomo I, México, 1979. p. 182
- 7 .- GONZALEZ DE LA VEGA. francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S.A., México. 1988. p.228.
- 8 .- CASTELLANOS TENA, Fernando. ob. cit., pp. 46 y 47.
- 9 .- PORTE PETIT, Celestino, ob. cit., pp. 30, 33 a 36.
- 10 .- CASTELLANOS TENA, Fernando. ob. cit., pp. 47 a 50.
- 11 .- PORTE PETIT, Celestino., ob. cit., p 55 y 56.
- 12 .- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. ob. cit. p. 229.

## CAPITULO II ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE ABUSO DE CONFIANZA.

Ahora pasare a realizar un análisis de cada uno de los elementos que integran el tipo penal de abuso de confianza.

Antes de iniciar el análisis de los elementos del abuso de confianza, me permito transcribir el articulo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, que tipifica el delito mencionado: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para si 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".(13)

El articulo 384 del mismo codigo

mencionado. que describe el abuso de confianza en forma específica, que es el caso que nos ocupa en este trabajo, dice: "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley".(14)

Ahora bien, pasaremos a realizar una descripción de cada uno de los elementos que integran el tipo penal en estudio; primeramente hablaremos del perjuicio.

#### A) PERJUICIO.

De acuerdo al Diccionario de Derecho nos dice que el perjuicio es: " Ganancia o beneficio que racionalmente esperado, ha dejado de obtenerse".(15)

Mariano Jiménez Huerta define como perjuicio: "...consiste en la lesión inferida al bien patrimonial, contemplada desde el punto de vista del que la sufre". Este mismo autor continúa diciendo: "El perjuicio encarna unas veces en la consumación material del objeto corporal del delito: otras. en su definitiva

irrecuperabilidad por cualquier circunstancia oriunda de la conducta típica; otras, en la privación temporal que ha sufrido el propietario, usufructuario, arrendatario, etc., de usar y disfrutar de la cosa; otras, en la ganancia lícita que dejaron de obtener dichas personas por la ilegítima apropiación".

"En el delito de abuso de confianza, el perjuicio es un elemento típico de la conducta, por como lo menciona el artículo 382 del Código Penal vigente: "Al que, con perjuicio de alguien.....". como se desprende de la lectura de los artículos 383, 384 y 385, se encuentran tipificados abusos de confianza en forma específica, y en estos no encontramos la palabra "perjuicio", pero se entiende que al ser un elemento del delito que nos ocupa este, se encuentra implícito en él. El mismo autor continúa diciendo: "... aunque en los tipos específicos recogidos en las tres fracciones del 383 y en el 384 no se hace *expressis verbis* mención a dicho elemento, estimamos que el mismo yace subintelligenda en la propia entena de estos tipos específicos, pues desde el punto de vista de la tutela penal del patrimonio no tendría sentido tipificar una apropiación o disposición indebida que no se plasme en un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo". (16)

Francisco González de la Vega nos dice:

"...consiste en la disminución que de hecho sufre el ofendido en sus bienes o derechos por el acto de apropiación cometido por el protagonista del delito".(17)

En mi concepto, el término de perjuicio que emplea nuestra legislación punitiva, no es el mismo a que se refiere la legislación civil, ya que el perjuicio referido por el Código Penal entraña un daño o un menoscabo directo patrimonial del ofendido de manera general, y el Código Civil lo encuadra como aquella utilidad a que tenía derecho el ofendido y que dejó de percibir por causa del sujeto activo.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia con la siguiente Jurisprudencia: "PERJUICIO EN MATERIA CIVIL.- El perjuicio es la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación, privación que debe ser una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

Quinta Epoca:

Tomo XXXII. Pag. 1221 .- "Martínez Hermanos."

Tomo XXXIII. Pag. 1534.- Velasco, Francisco de, y Jenkins, William O.

Tomo XXXV. Pag. 1005.- M. Cantu Trevino. Hnos., Sucs."

Tomo XL. Pag. 15.- Thomas Bret. Pedro.

Tomo XLI, Pag. 1589.- Manuel Gomez y Hno.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del  
Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera  
Sala. Pag. 762".(18)

Por lo tanto el perjuicio que sufre una  
persona en el abuso de confianza, es la ganancia que deja de  
recibir el sujeto que transmitió la cosa temporalmente,  
sufriendo un daño o un menoscabo en su patrimonio, en el  
tipo específico en estudio, considero que el perjuicio va en  
relación al momento en que el sujeto activo entra en la  
ilegítima posesión de la misma.

#### B) DISPONIBILIDAD.

La disponibilidad es otro de los  
elementos que integran el tipo de abuso de confianza, y en  
mi concepto el más importante por el verbo núcleo del tipo  
penal en estudio. La disponibilidad es la acción de disponer  
de una cosa. Se puede disponer de las cosas en la medida que

tenemos derecho para ellas y asimismo de su existencia.

La disponibilidad como elemento del tipo penal en estudio, debe considerarse un acto, en primer término como consecuencia de la legal propiedad de la cosa y en segundo término de su legal posesión, por lo tanto no necesariamente es privativo del dueño tener la posesión de la cosa (posesión originaria), sino que esta puede concederse a terceras personas, quienes pueden tener una posesión derivada de la misma y disponer de ella si están investidos de facultades legales para disponer de la misma. Asimismo cabe hacer mención que no siempre el dueño de la cosa puede disponer de la misma libremente, ya que existen causales en la legislación mexicana que limitan al propietario respecto del dominio de la cosa de la que se es dueño.

Rafael de Pina dice: "Disponer. Deliberar, mandar lo que ha de hacerse. Enajenar o gravar las cosas que nos pertenecen."(19)

Mariano Jiménez Huerta al respecto de la disposición en el delito de abuso de confianza señala: "El núcleo de esta descripción típica es "disponer". Empero, el término en manera alguna puede entenderse en la estricta acepción gramatical que le otorga el Diccionario de la Lengua- "ejercitar en las cosas facultades de dominio,

enajenarlas o gravarlas en vez de atenerse a la posesión y disfrute", ya que quedaria extramuros de la descripción típica la apropiación no acompañada de disposición, sino en su sentido afin o sinónimo más amplio, de adueñarse de ellas, esto es, de apropiárselas". (20)

Ahora mencionare lo que dice Francisco González de la Vega referente a este elemento: "...Es la acción de distraer o disipar la cosa violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal que el abusario obre como si fuera su dueño, sea para apropiarsela en forma de ilícita retención -disponer para sí-, o sea para apropiarsela enajenandola o gravandola -disponer para otro-,". (21)

Por lo tanto debemos entender, que el término de disponibilidad presupone la existencia de la posesión, ya que sería ilógico pensar que pudiera disponerse de algo de lo cual no se tiene la posesión, y asimismo el mismo término de disponibilidad presupone la existencia de que el sujeto activo se encuentra investido de facultades con arreglo a la ley para llevar a cabo la mencionada disponibilidad. En mi concepto son dos los requisitos que debe contener la disponibilidad: posesión y facultades.

En el mismo orden de ideas, debemos hacer

referencia a que la disponibilidad no solamente implica una conducta de acción, sino que también lo puede ser de omisión, como en el caso concreto nos lo indica el artículo 384 de nuestro Código Penal en vigor al mencionar que también se entiende como abuso de confianza el retener la cosa, lo cual en la especie nos indica una omisión.

En mi opinión, el sujeto, que tiene en su poder una cosa y es requerido para que la entregue a su legítimo propietario o poseedor, y no la entrega, esta haciendo una ilegítima disponibilidad de ella, porque aunque no la está transmitiendo a otro sujeto, el hecho de retenerla esta obteniendo un beneficio al seguir conservandola, sin derecho del legítimo poseedor.

### C) COSA.

Ahora bien, trataremos de entender que es la "cosa", en el tipo de abuso de confianza. Definitivamente se trata de un objeto susceptible de apropiación, real, corpóreo, o incorpóreo con un valor económico o efectivo. Esa es la "cosa" a que se refiere la

definición del artículo 382 de nuestro Código Penal. que es todo aquello que puede ser objeto de apropiación. Porque hay que distinguir que el término "cosa" implica a veces un significado diferente.

Dice el Diccionario Larousse: "...cosa.- palabra indeterminada cuyo significado (materia, objetos, bienes, palabras, acontecimientos, asuntos), se precisa por lo que la precede o la sigue. Ser inanimado, por oposición a ser animado: personas, cosas. Realidad, por oposición a apariencia: estudiar el fondo de las cosas. Lo que se piensa, lo que se hace, lo que pasa: hizo grandes cosas en su vida. Lo que depende de nosotros, lo que se posee: estas cosas son tuyas. Ocurrencia agudeza. Hechos o dichos propios de alguien: esas cosas son de Ramón. A cosa hecha, adrede lo intento. Como quien no quiere la cosa, sin darle mucha importancia o con disimulo: como si tal cosa, como si no hubiera ocurrido nada. Cosa de, aproximadamente, cerca de. No haber tal cosa, ser verdadera. No ser cosa del otro jueves, o del otro mundo. no ser nada extraordinario. Ser algo cosa de uno, ser de su aprecio. Ser cosa de ver, habria de verlo".(22)

La "cosa" a la que habremos de referirnos. es sin duda la que existe en el mundo real material. Se trata por oposición a los seres animados

(personas) de los inanimados (cosas), haciendo la importante mención de que los animales irracionales a pesar de ser animados, pueden ser objeto de robo, fraude o abuso de confianza, y por lo tanto considerados como cosas.

Al respecto Giuseppe Maggiore opina: "...es todo objeto del mundo exterior del hombre para afuera. Jurídicamente es todo lo que puede ser objeto de un derecho patrimonial; en sentido jurídico (derecho privado) podemos llamar cosas a todos los objetos corporales u otras entidades naturales que tengan un valor económico y sean susceptibles de apropiación o utilización". (23)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que: "... cosas, en nuestras leyes, es considerada como sinónimo de bienes y aunque con mayor connotación. Las cosas consideradas en si mismas se han dividido en corporales e incorporales; siendo corporales, las que pueden tocarse o se hayan en la esfera de los sentidos, e incorporales, las que no existen sino intelectualmente, o no caen en la esfera de los sentidos, como las obligaciones, las servidumbres y todos los derechos". (24)

El autor Raúl Cárdenas opina que: "... el concepto de cosa es tan amplio y distinto, como el criterio que se acepte al definirlo. Desde el punto de vista

filosofico, cosa es todo aquello que tiene entidad, que puede ser concebido en la mente, que existe aun cuando sea en forma abstracta: fisicamente, cosa es todo aquello que tiene una naturaleza corporea, que puede ser aprehendida por los sentidos; económicamente es aquella que sirve fisicamente, para satisfacer una necesidad, o permitir su cambio por otro satisfactor: juridicamente, las cosas son bienes, como afirma, Planiol, no cuando son útiles al hombre, sino cuando son apropiables". Más adelante nos dice el mismo autor: "...hoy se entiende por bienes todo elemento de fortuna o de riqueza que sea susceptible de aprovechamiento en beneficio de un individuo o de una colectividad". (25)

Por su parte Eugenio Cuello Calon afirma: "...Juridicamente es toda substancia corporal, material susceptible de ser aprehendida, que tenga un valor cualquiera no obstante, la sustracción de las cosas sin valor económico, poseen un valor de afección para su propietario".(26)

El maestro Rafael de Pina la define como: "cosa, es la realidad corporea o incorporea susceptible de ser materia considerada como bien juridico".(27)

Al respecto el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 747, nos dice:

"...pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio". El artículo 748 del mismo ordenamiento señala: "...las cosas pueden estar fuera del comercio, por su naturaleza o por su disposición de la ley". Continúa el mismo dispositivo legal en el artículo 749 diciendo: "...están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".(28)

Podemos así concluir que la cosa a que se refiere nuestro Código Penal, es aquel objeto corpóreo o incorpóreo, existente en la naturaleza, susceptible de apropiación y con un valor ya sea económico o afectivo. Definitivamente en mi concepto la definición más aceptable sobre "cosa" es la que nos ofrece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que ha quedado manifestada en este tema.

D) AJENA.

Debemos entender que lo que es ajeno no es propio, no tenemos el derecho de disponer de las cosas, en virtud de que no nos pertenecen, por eso el artículo 382 del Código Penal, que describe el tipo de abuso de confianza genérico, establece que: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble...."(29).

Pero que se debe entender como "ajena", porque aquí habría de preguntarnos, que todo lo que no es propio es ajeno?, no necesariamente, porque existen los bienes mostrencos, que no son propios, pero tampoco son ajenos, pues pertenecen a nadie. Dice el artículo 774 del Código Civil vigente en el Distrito Federal: "Son bienes mostrencos los muebles abandonados y los perdidos, cuyo dueño se ignore."(30)

Pero, ahora hay que hacer la aclaración de que no es lo mismo abandonado que perdido. La pérdida de una cosa, es involuntaria por el dueño, sin embargo, el abandono, es voluntad del propietario desposeerse de la cosa. Los muebles perdidos tienen un dueño cierto, los abandonados no.

El artículo 383 fracción I, que a la letra dice: "Se considera como abuso de confianza para los

efectos de la pena:

I . El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de esta;.."(31).

La fracción del artículo mencionado marca claramente la excepción, que independientemente de que la persona sea propietario de la cosa, tiene un impedimento para disponer libremente de su posesión hasta en tanto no se libere la cosa de la causa que impide su posesión libremente, que como ya se mencionó puede ser, que haya sido embargada, o haya sido dada en prenda, y el dueño siga conservando la posesión.

En conclusión el tipo penal de abuso de confianza solamente se podrá dar sobre bienes ajenos, la excepción a esta regla es la que mencionamos anteriormente, en la cual el sujeto activo es el dueño o propietario del bien.

## E) MUEBLE.

Hemos analizado lo que es la "cosa", en el tipo de abuso de confianza, pero además condiciona este ordenamiento que dicha "cosa" debe ser "mueble". para que se tipifique dicha conducta, ya que si se tratara de un bien inmueble estaríamos en presencia de otro tipo penal; pues bien ahora trataremos de analizar que es una "cosa mueble".

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos dice:

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

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

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

Artículo 755.- "Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos inmuebles".

Artículo 756.- "Las embarcaciones de todo género son bienes muebles".

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

Artículo 758.- "los derechos de autor se consideran bienes muebles".

Artículo 759.- "En general, son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles".

Artículo 760.- "Cuando en una disposición de la ley o en los actos y contratos se use de las palabras bienes muebles, se comprenderán bajo esa denominación, los enumerados en los artículos anteriores".

Artículo 763.- "Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser

reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad".(32)

Al respecto Maggiore opina: "...muebles son los que pueden ser trasladados de un lugar a otro, sin alterar, ni sustancia, ni su forma". Y cuando se refiere a la clasificacion hecha respecto a las cosas muebles e inmuebles nos dice: "...el único criterio diferencial entre estos dos tipos, muebles e inmuebles, es por consiguiente el de remoción de un lugar a otro".(33).

El autor Francisco González de la Vega, afirma: "... se llaman cosas muebles (movibles) a las cosas corpóreas que, sin modificarse, tienen la aptitud de moverse de un espacio a otro, por si mismas, como animales semovientes o por la aplicación de fuerzas extrañas".(34)

Mariano Jiménez Huerta señala en relación a los bienes muebles en el delito de robo que: "Los conceptos de bienes muebles e inmuebles formulados por el Código Civil son, pues, intrascendentes en la determinación del sentido y alcance de la palabra "mueble" contenida en el artículo 367 del Código Penal. Dicha expresión tiene una

significación penalística autónoma que finca sus bases en la propia naturaleza de la cosa y en la viva realidad que integra su mundo circundante; significación que, en puridad, no está muy alejada de aquella específica con que en el artículo 753 del Código Civil se definen los muebles por su naturaleza, esto es, como "los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por si mismos, ya por efecto de una fuerza exterior". Y continúa: "...la cualidad de la cosa que trasciende a la consideración penalística para perfilar la posible existencia de un delito de robo, radica pues, en su potencial movilidad aún cuando para lograrla el sujeto activo tuviere previamente que separarla del bien inmueble a que estuviere unida".

Ahora bien, en relación al delito en estudio, este mismo autor señala que: "Son objeto del delito de abuso de confianza todas las cosas corporales susceptibles de apropiación. Pueden hallarse en estado solido, líquido y gaseoso, con tal que los líquidos esten envasados y los gases contenidos en tanques u otros recipientes. También la energía eléctrica acumulada en baterías puede ser objeto de típica apropiación. La cosa empero, ha de tener un valor apreciable en dinero, pues si así no fuera la apropiación no sería punible. habida cuenta de que el Código Penal no contiene en relación con el delito de abuso de confianza un precepto especial, como acontece en

el delito de robo, para cuando la cosa no pueda estimarse en dinero o no fuera posible fijar su valor."(35)

De acuerdo a las definiciones y opiniones anteriores, podemos decir que la clasificación que el Código Civil hace de las "cosas muebles", no es la misma que entiende el Código Penal, ya que el ordenamiento penal considera en un sentido mas amplio las cosas muebles, ya que también son susceptibles de apropiación, las ideas plasmadas en un escrito, documentos o títulos de crédito, o simples documentos en los que se incorporan derechos patrimoniales, o sea todo aquello que puede ser objeto de una apropiación ilícita. En este orden de ideas, comprendemos que el dinero también es objeto de apropiación y por lo tanto se considera un objeto mueble.

#### F) TENENCIA.

Otro de los elementos del tipo de abuso de confianza, es la tenencia; que el sujeto activo del delito tenga la tenencia de la cosa, esto es, que la tenga en

su poder en su dominio aun dentro de su patrimonio, y que esta haya sido transmitida por alguna causa, ya sea a través de un contrato, convenio o simplemente en forma verbal. El sujeto activo, transmite la tenencia, más no el dominio de la cosa.

Se ha encontrado en diversas obras consultadas, que sus autores emplean indistintamente los vocablos de posesión y tenencia, sin embargo resulta pertinente aunar al respecto y señalar que el diccionario Larrouse define a la tenencia de la siguiente forma: "TENENCIA f. Posesión de una cosa: tenencia de armas. Cargo u oficio de teniente, oficina en que lo ejerce: Tenencia de alcaldía."(36).

Como se puede apreciar el Diccionario de nuestra lengua en cita, también emplea como sinónimo de la palabra tenencia, a la posesión.

A mayor abundamiento el Diccionario que se cita, nos define: "TENEDOR m. El que tiene una cosa: el tenedor de una letra de cambio. Utensilio de mesa con dientes que sirve para pinchar los alimentos y llevarlos a la boca. tenedor de libros, el empleado que esta encargado de la contabilidad en una casa de comercio."(37)

En este sentido y al haber investigado

que la tenencia. es un sinónimo de la posesión. a continuación transcribiremos lo que en éste sentido opinan, nuestra legislación y algunos juristas.

El Código Civil dice: "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 pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa, El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria y el otro, una posesión derivada. (38)

Francisco González de la Vega, menciona al respecto: "...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." (39)

Mariano Jiménez Huerta dice: "...Conforme al sentido del artículo 382 puede concluirse que se ha "transmitido la tenencia" de una "cosa ajena mueble" cuando se ha trasladado o transferido a otro su posesión corporal, cualquiera que fuere, dado que el Código no hace especificación alguna, el título o acto jurídico que hubiere

motivado la transmisión, y siempre que está hubiere sido aceptada expresa o tacitamente."(40)

Por lo antes mencionado, para que se tipifique la conducta, el sujeto activo debe tener la posesión de la cosa mueble, pero no el dominio, de este modo podemos ver que una persona puede ser propietario de un bien mueble y por lo tanto tener la posesión y sin embargo no el dominio por que dicho bien se encuentre embargado o dado en prenda, etc., aquí en este ejemplo el sujeto activo al decir que es el propietario, podríamos entender que tiene el dominio y la tenencia del bien, pero al encontrarse este gravado, tiene la tenencia, para usarlo o disfrutarlo, pero no el dominio, y por lo tanto no puede disponer libremente de el.

En relación al artículo en estudio en este trabajo, la tenencia que se tiene sobre una cosa, debe provenir del legítimo dueño o poseedor a otro persona, para que esta pueda tener la facultad de poder realizar el formal requerimiento a que se refiere dicho artículo en estudio.

Existen muchas formas por las que se da la transmisión de un bien. o sea contratos o actos no traslativos de dominio, y por los cuales se puede tener o

poseer un bien, solo en forma temporal, mencionare algunos de ellos:

1 .- Arrendamiento.- El Código Civil vigente para el Distrito Federal en el artículo 2398, 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....".(41)

En relación a este trabajo, estaríamos hablando del arrendamiento de cosas muebles, y se dará el abuso de confianza cuando el arrendatario, disponga de la cosa como si fuera el dueño, dice Francisco González de la Vega que: "El arrendatario que se extralimita en sus derechos sobre la cosa incurrirá en las sanciones penales de abuso, cuando esa extralimitación se manifiesta 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".(42)

No hay que confundir, el abuso de confianza, con el incumplimiento de contrato, que provocara una rescisión o terminación de contrato, y está es una acción de carácter civil, en el abuso de confianza se debe de presentar la conducta de disponer de la cosa como si fuera el dueño.

2.- Comodato.- De igual forma, me refiero al Código Civil en su artículo 2497, que a la letra dice: "El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente."

(43)

De igual manera que en el contrato de arrendamiento, el abuso de confianza se dará en el momento en que el comodatario se adueñe de la cosa, ya que si sólo se extralimita en el uso de la cosa o de los fruto y accesorios, no se estará en presencia del tipo penal en estudio, sino de causas de rescisión del contrato.

3.- Depósito.- En el Código Civil vigente, en el artículo 2516 se encuentra la definición del depósito: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante"(44)

Existen varios tipos de depósito: civiles, mercantiles o bancarios, independientemente de que cada uno tenga sus propias características, lo principal es que la cosa materia del contrato sólo se transmite temporalmente, pero está deberá ser restituida a su dueño

original, ya sea el mismo bien, u otro de la misma especie, como sucede con el dinero que al ser un bien fungible, no es posible restituir los mismos billetes o monedas que fueron entregados en depósito, pero si se restituye la misma cantidad depositada.

Como lo mencione anteriormente existen muchas formas de transmitir la posesión, más no el dominio y de acuerdo a los ejemplos anteriores podemos ver que en todos ellos sólo se transmite la posesión temporal de cosa, pero no la propiedad, el tenedor puede hacer uso y disfrute del bien, pero en el momento en que éste obre como si fuera el dueño y la enajene, la venda o la grave, es decir se adueñe de la cosa, es cuando se estará en presencia del abuso de confianza.

#### G) DOMINIO.

Ahora, hablare del elemento de dominio que integra el tipo penal del abuso de confianza, de acuerdo al artículo 382 del Código Penal, vemos claramente que dice: "...que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio...."(45)

De acuerdo al Diccionario de derecho, dice: "DOMINIO. Conjunto de facultades que sobre la cosa en propiedad corresponden a su titular. Territorio autónomo que, sin perjuicio de ésta calidad, forma parte de la Comunidad Inglesa de Naciones."(46)

Así como en el punto anterior mencionamos que la palabra tenencia, es sinónimo de posesion, asimismo, la palabra dominio es sinónimo de propiedad.

En el derecho romano la propiedad se consideraba un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo de usar (Jus utendi o usus), disfrutar (Jus fruendi o fructus) y disponer (Jus abutendi o abusus) de una cosa, por lo tanto el propietario de una cosa tiene el dominio absoluto de la cosa y tiene el derecho de usar, disfrutar y disponer de la cosa. Podemos decir que es una acción contraria, de la que tiene el sujeto que sólo tiene la tenencia, el propietario puede disponer libremente de la cosa de la que se es propietario.

El Código Civil señala en el artículo 830 que: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones que fijen las leyes."(47)

Rojina Villegas dice: "En el Estado feudal la propiedad o dominio otorgó el imperio. Todo el Estado descansa en este principio: los señores feudales, por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras, no sólo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos." Este mismo autor señala: "La propiedad es el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible éste poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto."(48)

El Lic. Gutiérrez y González la define diciendo: "La Propiedad es el derecho real más amplio, para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época."(49)

De acuerdo a las definiciones anteriores, podemos decir que el dominio es el derecho que tiene una persona de la que es propietario de una cosa y que tiene la facultad de poder disponer de ella libremente, siempre y cuando no exceda las limitaciones que las leyes le marquen.

Respecto al tipo penal en estudio, podemos decir que el sujeto pasivo transmite la posesión más no la propiedad de una cosa al sujeto activo, si fuera voluntad del dueño o propietario de la cosa transmitir el dominio, no se presentara el tipo penal, ya que el dominio sólo lo tendrá el propietario o dueño de la cosa, o de los derechos y por lo tanto goza de libertad de hacer con ellos lo que el quiera siempre y cuando no sea contrario a derecho.

Así, de acuerdo como se manifestó anteriormente, una persona puede ser propietario de un bien, pero, si precisamente se encuentra en alguna de las limitaciones que le marca la ley, y vende o enajena dicho bien, estará transgrediendo una norma penal que le impide realizar dicha conducta y por lo tanto estará en presencia del abuso de confianza, figura que se encuentra tipificada en el artículo 383 fracción I del Código Penal en el Distrito Federal en vigor, pero que no es la figura motivo de este trabajo.

En conclusión, el dominio es el imperio que posee el propietario sobre la cosa, siempre y cuando no exceda las limitaciones que le marca la ley. Y en relación al artículo en comento en este trabajo, debemos entender que el sujeto activo, recibió la cosa en forma temporal, está

pudo haber sido dada por el legitimo propietario o por alguna otra persona que tenia facultades para hacer dicha transmisión y del mismo modo el requerimiento lo debe hacer el legitimo propietario o alguna otra persona que tenga derecho para hacerlo, y el sujeto activo tendra la obligación de devolverla o entregarla para que su conducta no se encuadre en el tipo penal del articulo 384 del Código Penal.

**H) EL TIPO DE ABUSO DE CONFIANZA PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.**

El articulo 384, del Código Penal para el Distrito Federal vigente dice a la letra: "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 está disponga de la misma conforme a la ley."(50)

Como se desprende del análisis realizado de los elementos del tipo penal en comento, es de destacarse que nuestra legislación punitiva sanciona de igual forma que

al tipo penal de abuso de confianza genérico, a quien se niega tácita o expresamente a devolver cualquier cosa de la que tenga ilegítima posesión de la misma y haya sido formalmente requerido por quien tenga derecho a la posesión de dicha cosa, o bien no lo entrega a la autoridad para que esté disponga de la misma conforme a derecho.

Después de analizar los elementos que integran el tipo de abuso de confianza específico al artículo en comento, vemos que también subsisten los elementos del tipo de abuso de confianza genérico, porque además de tener el sus propios elementos para integrarse, es necesario que se den los del artículo que lo deriva.

Al respecto, resulta de interés comentar que nuestro Código Penal en vigor también considera que comete el delito de abuso de confianza quien:

A ) Posee ilegítimamente una cosa y la retiene.- Cuando nuestro Código dice ilegítima posesión, no se refiere a que ésta posesión haya sido ilegítima en su origen, si no que debió ser legítima en su origen o sea, la cosa se debió entregar en forma precaria, esto es, en simple tenencia material no jurídica al sujeto activo. El artículo 382 del ordenamiento punitivo, dice claramente que el sujeto tiene esa posesión porque le fue transmitida, y en el artículo 384, no dice específicamente como fue transmitida dicha

posesion, pero debemos entender que le fue transmitida legitimamente, aunque no se especifica cuando surge la ilegitimidad de la misma, pero ademas es claro ya que si el sujeto tiene una ilegitima posesión de la cosa desde su origen estaríamos en presencia de un robo, porque no existe el consentimiento del dueño para transmitirla voluntariamente. Considero que el articulo debio ser más especifico y haber por lo menos enunciado las formas en las que se podria dar la transmición.

B ) Se niega a devolverla a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho.- Resulta condicionante que quien tenga derecho, le requiera formalmente la entrega de la cosa, a quien la posee ilegitimamente y éste se niegue a devolverla; esto es que si no se niega a devolverla entónces no habria la tipicidad es decir, el encuadramiento de la conducta al tipo penal y por consecuencia, el ilicito seria inexistente. Pero habria que preguntarse sobre quien es la persona que tiene derecho o a que se refirió el legislador al mencionar "por quien tenga derecho", derecho de que?. En mi opinión, el legislador se refirió, a aquélla persona fisica o moral que pueda acreditar por cualquiera de los medios de Ley, que posee derechos ya de dominio o bien de legitima posesión de la cosa, ésta posesión puede ser originaria o derivada, y apunta el código punitivo que debe de ser "requerido formalmente", pero sin embargo no especifica en que consiste ese requerimiento formal; es

menester de este trabajo destacar que en mi criterio, es formal el requerimiento que se hace de la cosa, por medio de un fedatario público, que rindiera testimonio de dicho requerimiento, o bien por medio de la autoridad judicial, sin embargo podría ser formal el requerimiento si se lleva a cabo en presencia de testigos o por medio de comunicación escrita en la quedara constancia fehaciente de que al ilegítimo poseedor se le está requiriendo la entrega de la misma, (por medio de testigos, fax con acuse de recibo o también el correo certificado).

C ) O no la entrega a la autoridad para que está disponga de la misma conforme a la Ley. En la hermenéutica jurídica del dispositivo legal en comento, se desprende un presupuesto para que éste último párrafo se de en el mundo fáctico y es que la persona que tiene una cosa que sabe, no le pertenece y ha sabiendas de esto no la entrega por desconocer quien es el legítimo propietario o poseedor de la misma, la deberá entregar o depositar a la autoridad para precisamente evitar caer en el encuadramiento de este tipo penal. En mi opinión resulta demasiado ambiguo este último párrafo ya que no precisa el presupuesto antes señalado a que autoridad se refiere. En la práctica forense resulta casi imposible que alguien voluntariamente entregue a la autoridad alguna cosa sin ser requerido para hacerlo, primeramente por que no se sabría a que autoridad entregarla, por eso opino que debe presuponerse que el ilegítimo poseedor debe ser requerido

formalmente por la autoridad para entregar la cosa y por supuesto negarse a hacerlo para poder estar frente al precepto legal que comento.

Cabe hacer mención que después de haber analizado los elementos del tipo penal del abuso de confianza tanto del 382 como del 384, del Código citado, encuentro que ningún autor considera a la "confianza" como un elemento del tipo penal, pero en mi opinión considero que es un elemento intrínseco, porque el sujeto pasivo al transmitir la cosa, al sujeto pasivo en forma temporal, es que está depositando su confianza al realizar esa entrega, pero el abuso se da cuando defrauda de alguna forma esa confianza. También encuentro que algunas legislaciones extranjeras, lo denominan "APROPIACION INDEBIDA", por que precisamente consideran a la frase abuso de confianza, como una circunstancia agravante, que se da cuando una persona aprovechándose de la confianza depositada por otro, realiza una conducta ilícita que no hubiera podido hacer si no fuera por esta circunstancia, por lo tanto, el abuso de confianza, también es una circunstancia agravante que se puede dar en cualquier delito, y que consiste en la deslealtad que el sujeto activo del delito, hace en contra del sujeto pasivo. Cabe mencionar que a partir del Código Penal de 1931, se suprimieron las circunstancias agravantes expresas, pero esto no significa que el juzgador no tome en cuenta las agravantes que se llegen a dar en un delito

cometido, quedando exclusivamente los casos específicos en algunos artículos como por ejemplo la traición, que es calificativa en las lesiones y el homicidio.

En mi concepto, tampoco podemos confundir el delito de abuso de confianza, con uso abusivo de la cosa, que esto se podría confundir en base a que cuando es requerido para su entrega esté se niega a entregarlo, pero el uso abusivo de la cosa en mi opinión se da cuando una persona, transfiere la tenencia de una cosa más no el dominio, pero para una causa en especial, y el sujeto activo aprovechándose de tener la posesión la ocupa con otro fin diferente para el que le fue otorgado, por ejemplo una persona le entrega a otra una cosa mueble a través de un contrato de comodato, y el sujeto activo lo da en arrendamiento, aquí existe un uso abusivo de la cosa y lo que procede es la rescisión del contrato de comodato, que es a través de la vía civil, y no penal.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO II. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE ABUSO DE CONFIANZA.

- 13.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., Ed. Porrúa, S.A., México, 1993, p. 126.
- 14.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 126.
- 15.- DE PINA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa, México, 1881. p. 376.
- 16.- JIMENEZ HUERTA Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, Ed. Porrúa, S.A., México, 1986, p. 116.
- 17.- GONZALEZ DE LA VEGA, francisco. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa. S.A., México 1988. p. 232.
- 18.- JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917-1971. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tomo III p. 327 y 328.
- 19.- DE PINA RAFAEL. ob. cit. p. 234.
- 20.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, ob. cit. p. 101
- 21.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado. Ed. Porrúa, S.A.. México. 1988, p. 469.
- 22.- DICCIONARIO NUEVO LARROUSSE. Garcia Ramos. Pelayo y Gross Sociedad Comercial. Ed. Santiago, México. 1989. p.

351.

- 23.- MAGGIORE GIUSSEPPE, obra citada por Francisco Pavón Vasconcelos en el libro Manual de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, p. 27.
- 24.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION XXXVIII, 5a. Epoca, p. 811.
- 25 .- CARDENAS Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo., México., 1982, Ed. Porrúa, S.A., p. 235.
- 26.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Tomo II. Ed. Bosch Barcelona 1953., p. 724.
- 27.- DE PINA Rafael. ob. cit. p. 183.
- 28.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 179.
- 29.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. ob. cit. p. 126.
- 30.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. ob. cit. p. 198.
- 31.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. ob. cit. p. 126.
- 32.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. pp. 181 y 182.

- 33.- MAGGIORE Guiseppe. obra citada por Pavón Vasconcelos en su obra Manual de Derecho Penal., Ed. Porrúa, S.A., México 1974, p. 30.
- 34.- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco., Los Delitos, Ed. Porrúa, S.A., México 1986, p. 400.
- 35.- JIMENEZ HUERTA Mariano., ob. cit. pp. 42 y 43.
- 36.- DICCIONARIO PEQUENO LAROUSSE. ob. cit. p. 990.
- 37.- DICCIONARIO PEQUENO LAROUSSE. ob. cit. p. 990.
- 38.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ob. cit. p. 186.
- 39.- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco., Código Penal Comentado. ob. cit. p. 469.
- 40.- JIMENEZ HUERTA Mariano., ob. cit. p. 104.
- 41.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 415.
- 42.- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco., ob. cit. p. 234.
- 43.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 435.
- 44.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 348
- 45.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 126
- 46.- DE PINA Rafael., ob. cit. p. 238.

47.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., p. 193.

48.- ROJINA VILLEGAS Rafael., Compendio de Derecho Civil Tomo II, (Bienes, Derechos v Sucesiones), Ed. Porrúa, S.A., 1990, pp. 79 y 81.

49 .- GUTIERREZ Y GONZALEZ, obra citada por Clemente Soto Alvarez, Derecho y Nociones de Derecho Civil., Ed. Limusa, 1981, p.161.

50 .- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 162.

**CAPITULO III.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO.**

**A) DIVERSOS CONCEPTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.**

Ahora, pasare a referirme a los diversos conceptos de abuso de confianza:

Concepto Gramatical.- El Diccionario Larousse dice en relación a la palabra abuso: "ABUSO m. Uso indebido, excesivo o injusto. (Sinom. Exceso, exageración, superabundancia, redundancia.) Desorden, exceso. (Sinon. Atropello, injusticia). Abuso de autoridad, acto del funcionario que excede su derecho. Abuso de confianza, mal uso que hace uno de la confianza depositada en él. Pl. Costumbres injustas: La Revolución suprimio los abusos."(51)

Respecto a la palabra Confianza, la obra antes citada dice: "CONFIANZA f. Esperanza firme que se tiene en una persona o cosa: tener confianza en lo porvenir. (Sinon. V. Esperanza y seguridad.) Aliento. ánimo: obrar

con confianza. Presunción, vana opinión de si mismo. Familiaridad en el trato. (Sinon. V. Intimidad y sencillez.) En confianza, m. adv., fiado en la palabra de uno. En secreto: le digo esto en confianza."(52)

El Diccionario de la lengua dice en relación a la frase de abuso de confianza: "infidelidad que consiste en burlar o perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito. Es una de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal en la ejecución de ciertos delitos." (53)

El Diccionario de Derecho señala al respecto: "ABUSO DE CONFIANZA. Acto delictivo mediante el cual una persona, en perjuicio de alguien, dispone para sí o para otra, de cualquier cosa ajena, mueble de la que se la ha transmitido la simple tenencia. El abuso de confianza debiera de considerarse más bien que como un delito como una circunstancia o elemento del acto delictivo propio para caracterizarlo. El legislador mexicano, sin embargo, considera el abuso de confianza como un delito tipo, no como una circunstancia agravante susceptible de concurrir en cualquier delito contra la propiedad, pero distinto de otros de esta naturaleza, como el robo y el fraude, por ejemplo."(54)

Concepto Jurídico.- El concepto que da el Código Penal, respecto al artículo 382, el cual a la letra dice: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio....."(55)

Y en relación al artículo 384 del Código citado que se refiere el tipo de abuso de confianza específico, y que es al que me aboco en este trabajo, dice: "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley."(56)

De acuerdo a los anteriores conceptos presentados en este trabajo, podemos concluir que el abuso de confianza, se presenta cuando una persona, deposita su confianza en otra persona, ya sea por virtud de un contrato y simplemente en forma tácita entregando voluntariamente un bien mueble, y este último viola esa confianza depositada haciendo una disposición indebida del bien. De acuerdo al artículo 384 del Código Penal que dice que se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión, por lo que para que se de este tipo en forma específica, tiene que existir

previamente esa ilegítima posesión en el momento en que se hace el requerimiento, pero la ilegítima posesión es determinada por la ley, porque no cualquier persona puede determinar por sí misma la ilegitimidad que se tiene de una cosa, ya que la posesión es un derecho, el cual encuentra su sustento legal en nuestra Constitución Política, en el artículo 14 párrafo segundo, el cual para mayor entendimiento me paso a referir: "Artículo 14....

Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...."(57)

#### B) CONDUCTA.

Mariano Jiménez Huerta dice que, el elemento objetivo del delito es la conducta porque no solamente son diversas formas en que el ser humano se relaciona con el mundo exterior, sino que también refleja el sentido finalista de la acción o la inercia del hombre que integra un comportamiento dado. (58)

Fernando Castellanos Tena la define como:  
"...como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito"(59)

Celestino Porte Petit al respecto dice:  
"...que la conducta es un hacer voluntario o un no hacer voluntario (olvido)"(60)

La jurisprudencia, define a la conducta como el comportamiento corporal voluntario. (61)

El derecho penal se ocupa sólo de las manifestaciones de la voluntad criminal, la conducta penalística no es cualquier comportamiento humano, sino, sólo aquel que se manifiesta extrovertidamente causando un daño con esa actitud, sin embargo, no son conductas relevantes para el derecho penal las maquinaciones internas que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, que aunque sean con el fin de causar daño, nunca se exteriorizan, nunca las manifiesta el individuo. La conducta es el soporte de todos los elementos del delito.

La manifestación de la voluntad es la actividad externa del hombre, voluntad que ha de ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado expresada en un hacer o un no hacer.

Es la interacción psíquica física consciente y proporcional del hombre, manifestada exteriormente por la actividad o inactividad corpórea deliberadas. Con razón decía Ulpiano: "...el pensamiento no delinque."

Al derecho penal solo le interesan las conductas que contravienen sus disposiciones; sólo las que atacan los bienes jurídicamente protegidos por el mismo ordenamiento.

Al ser la conducta, un elemento del delito, debemos entender que ésta conducta debe ser realizada por el hombre, porque en el mundo jurídico, no podríamos castigar a un animal por cometer un delito, o bien, si por un acontecimiento de la naturaleza se produce un daño, tampoco podemos castigar a la misma naturaleza por ese daño producido. Además que el hombre es el único ser vivo que está dotado de inteligencia (ya que los animales no cuentan con esta capacidad, ellos tienen instilencia) y por lo tanto el hombre es el único que tiene capacidad de decidir, una voluntad de hacer o no hacer. además pensemos pues que todo el derecho ha sido creado para regular las relaciones humanas y en concreto el derecho penal para tipificar los delitos cometidos por una conducta humana y asimismo especificar su castigo.

Por lo anterior. el sujeto activo del delito es una persona física, porque una persona moral no puede cometer un delito por si misma, por que carece de voluntad, porque de acuerdo al artículo 11 del Código Penal del Distrito Federal vigente, dice: "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, comete un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionan de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podra, 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."(62)

De la lectura del artículo anterior, se desprende, que quien comete el delito es un miembro o representante de la misma, y en todo caso sigue siendo una persona física, y en caso de como se menciona en el artículo anterior, se decretara una suspensión o disolución de la sociedad, esta medida se entiende más que una pena o sanción, es una medida de seguridad preventiva para que no se sigan cometiendo actividades delictivas con la misma. Ahora bien, una persona moral si puede ser sujeto pasivo del delito, va que el sujeto pasivo del delito es el titular del

bien jurídicamente protegido por la ley punitiva, y por lo tanto, una persona física o moral puede ser sujeto pasivo en el delito. Otro sujeto que interviene en la esfera de un delito es el ofendido, que es la persona que resiente el daño causado por la comisión de un delito, el ofendido puede ser o no el mismo sujeto pasivo, por ejemplo: En un homicidio, el sujeto activo es la persona que privó de la vida a otra; el sujeto pasivo es la persona a la que se le privó de la vida; el ofendido es el familiar o los dependientes económicos de la persona que fué privada de la vida. Así mismo en un abuso de confianza, el sujeto activo, es la persona a la que su legítimo propietario le transmitió la posesión derivada de un bien, mueble por virtud de algún contrato no traslativo de dominio, o aún en forma verbal, y éste lo vende; el sujeto pasivo, es el propietario del bien; y el ofendido, es el mismo propietario, porque él es el que resiente el daño.

Ahora bien, se entiende que la conducta está formada por dos elementos: un hombre, con voluntad. Ahora es necesario que se manifiesten estos dos elementos para que se produzca o cause un daño, y estas manifestaciones pueden ser de acción, omisión y comisión por omisión.

Pasare a explicar cada una de estas

manifestaciones de la conducta. LA ACCION, consiste de manera positiva en un hacer.

Fernando Castellanos Tena dice: "El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o poner en peligro dicha modificación."(63)

Elpidio Ramirez y Olga Islas mencionan: "...la acción como hacer activo (delito de acción) exige como fundamento, un querer de la gente, es decir, la acción es un hacer algo con voluntad."(64)

OMISION Y COMISION POR OMISION.- La omisión, es un no hacer, consiste de manera negativa, en un no hacer, en una inactividad deliberada, con violación a una norma exceptual, esta omisión recibe el nombre de omisión simple, y la comisión por omisión consiste en un no hacer con resultado positivo, es decir que por no hacer algo que esta previsto, produciendo una mutación en el mundo exterior, se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

Mezger dice que, el derecho positivo conoce el delito de omisión de dos formas: como propio delito de omisión y como delito de omisión impropio (delito

de comisión por omisión). Ambas formas significan no hacer algo, no el simple no hacer. El fundamento de todo delito de omisión lo constituye una acción esperada. sin esta acción pensada no es posible hablar de omisión en sentido jurídico. Este mismo autor también señala que los delitos de omisión producen un resultado típico, porque sólo se infringe una norma, y en los delitos de comisión por omisión se da un resultado típico o jurídico y material.

Al igual que en la acción, en la omisión, la voluntad finalista se forma con un elemento intelectual y uno volitivo; y ambos, conocer y querer, cuando el fin propuesto es típico, conceptualizan el dolo.

Fernando Castellanos Tena señala: "En la comisión por omisión, como lo dejamos apuntado con anterioridad, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violandose, no solo la norma preceptiva, sino, también, una prohibitiva, por cuanto mande abstenerse de producir el resultado típico y material." (65)

Ahora bien en relación al abuso de confianza tipificado en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal que señala. que al tenedor o poseedor que se niegue a devolver la cosa, a pesar de ser

requerido formalmente para entregarla: podemos ver que es un delito de comisión por omisión, ya que la conducta del sujeto activo, consiste en un no hacer algo que tiene que hacer, al negarse a entregar la cosa, teniendo la obligación de entregarla, esto produce un resultado jurídico y otro material.

Ya describí brevemente las formas de conducta, y como se mencionó la conducta, produce un resultado, y entre éstas dos se da un nexo de causalidad.

El resultado en el tipo penal en estudio en éste trabajo, es típico o jurídico y material, porque el resultado típico es el incumplimiento a una norma jurídica, y este se da cuando el sujeto activo tiene que devolver la cosa que le es requerida y con su negativa, produce un resultado material, realizando un daño patrimonial en el sujeto pasivo.

Ahora bien, el nexo de causalidad que se produce entre la manifestación de la voluntad y el resultado, dice Rainieri: "Es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante lo cual se hace posible la atribución material de ésta, a aquella como a su causa".(66)

El autor argentino Eugenio Zaffaroni, nos dice: "Que esta discutida posición que dentro de la teoría del delito deben ocupar el resultado de la conducta y el nexo de causalidad que une a la conducta con el resultado. Sabemos que cuando un sujeto dispara un balazo contra otro para matarle (conducta homicida) y éste muere como resultado de los balazos tres días después, hay una relación de causa a efecto entre la conducta homicida y el resultado de muerte. Esta es la relación o nexo de causalidad. Algunos autores sostienen que el resultado y el nexo de causalidad, deben ser considerados junto con la conducta a nivel pretípico, en tanto que otros entienden que el resultado y el nexo de causalidad deben ser considerados en la teoría del delito. Ante todo se debe distinguir la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor.

El nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar. Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta; pero el nexo de causalidad y el resultado se halla fuera de la conducta. Sin embargo, a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por el nexo de causalidad. Nexos de causalidad y

resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra. Esto ha determinado que algunos autores, percatándose del fenómeno y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la conducta, hayan buscado un sin número de vocablos que encierre a los tres: conducta, nexo y resultado. Eugenio Raul Zaffaroni los distingue llamándolos "pragma", expresión de origen griego, con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo que por ella ha alcanzado, y según este mismo autor, la causalidad y el resultado en su ser, no son un problema jurídico, sino físico". (67)

Entre la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, y el resultado material, se requiere una relación causal para que pueda ser atribuible a dicho sujeto.

El maestro Jiménez Huerta, dice que el concepto de causalidad en el ámbito del Derecho penal, se trata exclusivamente de saber si un determinado comportamiento humano ha producido un resultado relevante jurídicamente. Dicho en otra forma, si un resultado concreto puede objetivamente ser atribuido a una conducta humana. El mismo autor nos dice que el concepto de causa asume significado y aspectos propios en el campo del derecho penal, en donde apriorísticamente se parte de un

comportamiento humano como premisa previa. Sostiene que no se trata de indagar las causas naturales determinadas de un resultado dado sino precisar la eficacia que una causa ya individualizada, ha tenido en la producción del resultado concreto, relevancia para el derecho penal. Cita a Maggiore diciendo que: "...las causas materiales valen solo en cuanto dependen y son puestas en movimiento por el hecho del hombre". (68)

Para poder explicar la causalidad, el maestro Porte Petit reduce a dos las doctrinas que la explica: "...Aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado (generalizadora), y las que entresacan de todas las condiciones una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal cuantitativa o cualitativa (individualizadora)". (69)

En el primer grupo se menciona la teoría de la equivalencia de las condiciones; y en el segundo grupo se señala a las teorías como: Teoría de la próxima, inmediata o última condición; teoría de la condición más eficaz; teoría de la prevalencia, preponderancia del equilibrio o de la causa decisiva; teoría de la causa eficiente o de la causalidad; teoría de la adecuación o causación adecuada; teoría de la causa humana exclusiva, y teoría de la causa típica.

De las teorías señaladas, nos avocaremos al estudio de las más sobresalientes y que han llamado la atención de los estudiosos de nuestra materia: A la teoría de la equivalencia de las condiciones y a la teoría de la causación adecuada, toda vez que de las teorías a que se refieren al problema causal, asumen en la actualidad nula o escasa importancia, pues no tienen otro valor que el de ser personales modos de presentar el problema.

#### TEORIA DE LAS EQUIVALENCIAS DE LAS CONDICIONES.

Esta teoría de la equivalencia de las condiciones, es también conocida como de la *condetio sine qua non*. Esta teoría inicia con John Stuart Mill. Los partidarios de esta teoría piensan que todo está determinado por el conjunto de las condiciones que operan como antecedentes causales.

Jiménez de Asúa señala: "Esta teoría estima como causa, toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones, y deben considerarse como equivalentes, solo en el sentido jurídico. En suma toda condición debe ser tenida como causa del resultado". (70)

Esta teoría rechaza las concausas susceptibles de interrumpir la relación de causalidad entre el comportamiento inicial y el resultado final. Así también niega la relevancia de las condiciones ajenas al comportamiento del sujeto activo del delito.

La Suprema Corte de Justicia en relación a esta teoría dice: "...el criterio que valoramos como correcto para explicar esta teoría, es aquel que sostiene que por causa debe entenderse la suma de todas las condiciones. Nuestros Tribunales han establecido la teoría de la *conditio sine qua non*, equiparar todas las causas y condiciones que concurren en la producción de un resultado, ya que todas cooperan a su producción, sin que esta implique que al hacerse la valoración jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no pueden valorarse, desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa, dichas condiciones imponiendo penas distintas a aquellas que hubieren puesto en movimiento condiciones o causas que descubren en ellos una mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar siempre desde el punto de vista de la causalidad, la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado".(71)

La teoría en cuestión, también ha sido criticada, porque da una extensión excesiva al concepto de causa. Y al respecto Antolisei señala: "...puede hacerse el reproche de una excesiva extensión de la palabra causa, extensión que lleva a resultados en contraste con la exigencia del Derecho y del sentimiento del jurista". Maggane manifiesta que: "...esta teoría aún siendo de las más sólidas, conduce a graves errores, pues el abolir de toda distinción entre causa, concausa y condición, se extiende por tanto el concepto de causa que se hace caber en el los precedentes más remotos". Cuello Calón señala que: "...esta doctrina conduce a una desmedida extensión del concepto de causa y de la responsabilidad penal que no puede aceptarse".

(72)

#### TEORIA DE LA ADECUACION O CAUSACION ADECUADA.

Esta teoría es considerada como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, que no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado, fundándose en un criterio naturalístico.

Jiménez Huerta señala: "...la causalidad que al Derecho interesa, no es pues, la causalidad ciega.

sino que es adecuada e idonea para la producción del resultado jurídicamente relevante".(73)

El citado autor, sostiene que la idoneidad de la conducta para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciado en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó. Señala que es preciso examinar con exquisito tacto, la concreta situación histórica en que el agente actuó para resolver si las concausas operantes excluyen o no al nexo causal. Sostiene que un hecho preexistente, simultáneo o superviniente a la conducta del sujeto, interrumpe el nexo causal, cuando hace surgir consecuencias extraordinarias y, excepcionalmente que en curso de los hechos análogos no se deriven de una acción del sujeto. El autor en cita menciona: "...causa adecuada, es pues, la conducta humana, que además de ser conditio sine qua non de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de un tipo penal por implicar una forma idónea para producirlo, tomando en cuenta la concreta situación en que el agente ha actuado".(74)

La Relación Causal en México, vemos que el Código de 1931, así como los anteriores, no mencionan en forma general algún dispositivo, que norme la causalidad material. Si se encuentra en forma dispersa, como por ejemplo en el artículo 303 fracción I, 304 y 305, que

reglamenta la causalidad en orden al homicidio.

El autor Gonzalo J. Trujillo Campos, manifiesta que: "...por lo que toca a nuestro Código Penal vigente desde el año de 1931, tampoco ha sido arbitrada regla alguna que regule genérica y normativamente el problema de la relación de causalidad material u objetiva. Al igual que los anteriores, el vigente ordenamiento punitivo contiene tan solo un conjunto de reglas tendientes a solucionar las diversas cuestiones que la relación material de causalidad plantea en el delito de homicidio."(75)

Así en este trabajo, lo único que se puede mencionar al respecto, es que la relación causal en nuestro país no se encuentra regulada, a excepción de los preceptos ya mencionados que solo regulan este tema, en el delito de homicidio, pero esto no significa que el nexo de causalidad no exista, ya que el nexo de causalidad se debe de estudiar en la teoría del delito. En relación al delito de abuso de confianza, previsto en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, no regula nada en relación al nexo de causalidad, pero como lo mencioné anteriormente esto no significa que no se dé, cuando se produzca el mencionado delito.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

C) AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta, como se mencionó en la conducta, éste es un elemento que integra al delito.

Eugenio R. Zaffaroni, dice: "...tócanos ocuparnos ahora del aspecto negativo de la conducta, es decir, de aquellos casos en que no hay conducta. Ninguna duda cabe que no constituyen conducta los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre, perteneciendo a la historia de nuestra ciencia la punición de cosas y animales. Más problemática se hace la capacidad de conducta de las personas jurídicas que también hemos rechazado. Reducida pues, nuestra consideración a los acontecimientos en que toma parte un hombre -que hemos denominado "hechos humanos"- dijimos que no todos ellos son conductas, sino únicamente los hechos humanos voluntarios. Centraremos nuestro análisis en la distinción de los hechos humanos voluntarios de los involuntarios, para descartar estos últimos, es decir, que investigaremos aquellos sucesos en que participa un hombre sin voluntad. Los supuestos en que no haya voluntad pese a participar un hombre son los siguientes: A) FUERZA FISICA IRRESISTIBLE; B) INVOLUNTABILIDAD (estado de inconsciencia y, parcialmente, "incapacidad de dirigir las acciones)". (76)

Fernando Castellanos Tena señala al respecto: "...la conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana, en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra, no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera".(77)

Considero que si bien es cierto que los estados de inconsciencia, no constituyen conducta alguna, también lo es que para efectos de nuestro derecho positivo, estos estados de inconsciencia, constituyen causas de inimputabilidad y cabría hacer la importante mención, que hay que distinguir si el estado de inconsciencia fue producido por el sujeto activo en forma voluntaria o involuntaria, y en el caso de ser un estado de inconsciencia voluntaria, el sujeto tendrá responsabilidad penal, en la comisión del delito.

Los aspectos negativos de la conducta son:

I) Vis Maior;

- II) Vis Absoluta;
- III) Movimientos reflejos;
- IV) Hipnosis;
- V) Sueño; y
- VI) Sonambulismo.

Con respecto al hipnotismo, sueño y sonambulismo, no todos los penalistas los consideran, como aspectos negativos de la conducta, sino como causas de inimputabilidad, por carecer el sujeto de conciencia o voluntad para cometer un ilícito. Los estados de inconsciencia fisiológicos o patológicos, constituyen una causa de inimputabilidad, si el origen de los mismos es involuntario en el sujeto activo.

I) Vis Maior.

La Vis Maior es, "La fuerza física exterior irresistible proveniente de la naturaleza", por lo tanto es una fuerza mayor, que humanamente no sea posible evitarla. Aunque propiamente la ley, no hace referencia concreta al caso, podemos decir que la vis maior, encuentra su sustento jurídico en la fracción I, del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice: "artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;"(78)

A diferencia de la vis absoluta, la cual debe provenir de un ser humano, la vis maior debe provenir de un hecho natural, como un relámpago, un sismo, la caída de un árbol, etc.

Si un sujeto, comete un delito impulsado físicamente por un suceso de la naturaleza, tanto la ley como la doctrina, coinciden en afirmar que el sujeto activo, actuó sin voluntad de dañar a alguien, en ese momento hubo una ausencia de conducta.

Al igual que en la vis absoluta, el sujeto activo se convierte en un simple medio, en un instrumento para la comisión de un injusto. Es por tanto considerar inocente a un sujeto que causa daño a un bien jurídicamente tutelado, si obro compulsado por una fuerza física exterior irresistible proveniente de la naturaleza.

Fernando Castellanos Tena opina: "...es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminitorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y los movimientos reflejos. Entre nosotros estas causas adquieren carácter supralegal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero pueden operar, porque

su presencia demuestra falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que como hemos dicho, es siempre un comportamiento, humano voluntario. Solo resta añadir que la vis absoluta y la vis maior difieren por razones de su procedencia; la primera derivada del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana". (79)

Ignacio Villalobos distingue el caso fortuito de la vis maior de la siguiente forma: "...y si en el supuesto caso en que la causa sea una fuerza no humana, gramaticalmente pudiera o no convenir al hecho la denominación de "caso fortuito", pero no hay que olvidar que la técnica jurídica penal se ha empeñado en distinguir la excluyente de responsabilidad que consigna con este nombre, haciendo referencia no solo a casos en el que el hombre actúa cuando pone un vehículo en movimiento y el daño penal se produce por la combinación de actos del sujeto con algo que no ha previsto y que es inevitable, ejemplo, la ruptura de la dirección y la caída de una persona a la vía, supuestos en que la falta de previsión, la previsibilidad y la inevitabilidad de lo ocurrido, el querer, el consentir, el lograr el dolo y la culpa, en pocas palabras constituye la excluyente de culpabilidad. En cambio, cuando el sujeto no participa, es decir, pone en movimiento algo voluntario de su parte que pudiera ser una causa ocasional de lo que

ocurre, en consecuencia no solo falta la culpa en él, si no que hay ausencia total de un acto suyo". (80)

En relación al delito de abuso de confianza previsto en el artículo 384 del Código en estudio, considero que en este tipo de delito se podría dar una vis maior, si en el momento de ser requerido por el titular del derecho de la cosa, cayera un rayo y la cosa se destruyera, por lo que el sujeto activo se viera imposibilitado para devolverla, a qui se dio una acontecimiento de la naturaleza por el cual él va no pudo entregar la cosa.

## II. VIS ABSOLUTA.

De igual manera que la fuerza mayor, se contempla en el artículo 15, fracción I, del Código Penal, así también la vis absoluta, se encuentra prevista en la misma fracción, la diferencia que la vis maior. es una fuerza exterior irresistible que proviene de la naturaleza, y la vis absoluta es la fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano.

Si una persona es empujada por otra, en forma violenta tal, que es imposible detenerla. y al ser impulsada o provecitada por la fuerza de la otra, y este comete alguna conducta delictuosa. en este caso estaremos en

una ausencia de conducta (excluyente de responsabilidad penal), pues el inculpaado, obró involuntariamente, es decir no tenía deseos de causar ningún daño, simplemente fue víctima de las circunstancias ajenas a su voluntad, que fue superior a su resistencia física, de igual manera que la vis maior, la naturaleza, fue el medio para que se produjera la conducta, en la vis absoluta, el sujeto activo, fue el medio para realizar la conducta, sin ser su voluntad.

Fernando Castellanos Tena dice: "...una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal. En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se haya compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico-penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido enseñando en nuestra facultad a partir de 1936 el profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó certeramente esta causa eliminatória del elemento objetivo del delito.

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera".(81)

Para Zaffaroni la vis absoluta es: "...por fuerza física irresistible deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como mera masa mecánica. Ejemplo de estos acontecimientos son los siguientes: No hay delito de daño cuando un sujeto que está delante de un escaparate lleno de cristales y porcelanas es empujado contra el mismo, causando un destrozo del cristal y de los objetos; no hay homicidio cuando un sujeto es empujado por un grupo de cincuenta personas contra una anciana que queda aprisionada entre él y la pared muriendo asfixiada; no hay lesiones leves por parte de un sujeto que está sentado al borde de una piscina, si recibe un empujón que le hace caer dentro de la piscina causando lesiones a un bañista; no hay homicidio culposo por parte de quien va conduciendo un vehículo, si su acompañante le toma las manos haciéndole desviar el volante;

etc. Ejemplos mas alambicados son el de quien va forzando su brazo con un puñal para herir a un tercero, el de quien ve forzado su brazo para escribir, etc. (82)

Celestino Porte Petit escribe: "...el Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza fisica en la fracción 1 del articulo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la formula NULLUM CRIMEN SINE ACTIONE". (83)

El Maestro Castellanos Tena, refiriendose a la opinión del Maestro Celestino Porte Petit dice, no estar de acuerdo con su exposición: "...respecto a su afirmación en el sentido de que la vis absoluta no es excluyente de responsabilidad; lo es precisamente por eliminar un elemento esencial del delito: la conducta humana".(84)

Por las anteriores consideraciones, con respecto de la vis absoluta y en relación al delito en estudio en este trabajo, no considero que un sujeto pueda negarse a entregar la cosa retenida, por una fuerza exterior irresistible. el sujeto omite realizar la conducta voluntariamente. no considero que se pudiera dar un excluyente de responsabilidad en este delito, por estas

causas.

### III. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Este concepto se entiende por si mismo, movimientos reflejos, es un movimiento del hombre, pero este no tuvo la voluntad de realizar esa movimiento. por lo tanto se da una ausencia de conducta, y al carecer de voluntad carece de relevancia para el Derecho Penal.

Los movimientos reflejos, constituyen una causa supralegal eliminatoria de responsabilidad penal, en virtud de un no estar prevista en nuestra legislación punitiva, sin embargo, se consideran perfectamente válidos.

Francisco Pavon Vasconcelos cita a Mezger, diciendo al respecto: "...los actos reflejos: estos son -al decir de Mezger-, los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervencion de la conciencia, pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce el movimiento". Pavón Vasconcelos dice: En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales mas no la voluntad necesaria para

integrar una conducta". (85)

De la misma forma no considero que en el delito en estudio en este trabajo, pudiera presentarse una ausencia de conducta por movimientos reflejos, porque como lo mencione anteriormente, la conducta del sujeto activo del delito es de comisión por omisión, es ilógico que el sujeto omita realizar una acción que tiene obligación de cumplir, por un movimiento reflejo, que el mismo debiera de provenir de su cuerpo.

#### IV. HIPNOSIS.

Como lo mencione anteriormente, muchos juristas consideran que la hipnosis, sueño y sonambulismo son causas de inimputabilidad, pero en relación a la hipnosis, hay que ver que el sujeto no se encuentra enfermo, ni temporal ni parcialmente, pero sí, el sujeto no tiene una capacidad intelectual ni volitiva en el momento de estar bajo el estado de hipnosis. Yo opino, que si el sujeto consintio ser hipnotizado, no cabria duda de estar frente a una ACTION LIBERAE IN CAUSA; si justifica plenamente haber sido victima de tal estado, el individuo seria inimputable, pues no solo carece de voluntad, sino tambien de capacidad intelectual, es decir el sujeto no queria, ni entendia lo que sucedia, convirtiendose en un instrumento para cometer el

delito.

El maestro Miguel Angel Cortéz Ibarra dice: "...sugestión hipnótica.- El hipnotizado no revela en los actos que realiza, su concreta y auténtica personalidad, sino que actúa como instrumento del hipnotizador, sometiendo incondicionalmente a sus mandatos.

Actualmente se debate la siguiente cuestión: Durante el sueño hipnótico se ésta en posibilidad de realizar cualquier tipo de delito, por grave que este sea?

Nancy y sus seguidores, (es una escuela que creo esta teoria) sostienen que el hipnotizado, al alcanzar el máximo grado de hipnotismo, se convierte en mero instrumento del hipnotizador, que lo impele a realizar todo tipo de conducta, sin que oponga ningun obstáculo de carácter psicológico.

Voisen y Bertillon, afirman que: "...que los degenerados, los predispuestos al delito, son incapaces de resistir, pero no lo son los sujetos moralmente sanos, pues cuando el delito que se les ordena es grave, da lugar a un choque psiquico y al consiguiente despertar de su personalidad auténtica, aunque sea parcialmente".

En el trastorno mental transitorio, la inimputabilidad se traduce en un temporal estado de inconsciencia de origen accidental e involuntario, por lo que, si el hipnotismo produce la supresión de las facultades mentales, el agente sera plenamente inimputable, resultando indiferente al hecho de que el agente era o no proclive al delito.

En la inimputabilidad se discute la conciencia e inconciencia, no la peligrosidad del autor. Debe, reconocerse pues, en la hipnósis, una excluyente de incriminación, si se comprueba que en el momento de obrar, el agente se encontraba en pleno estado de inconciencia, siendo intrascendente la determinación de la mayor o menor resistencia al delito revelada por el autor".(86)

Francisco Favon Vasconcelos nos dice:  
"...El hipnotismo.- El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentua, en sus características

externas. el grado de hipnotismo.

El estado sonambúlico del hipnotizado, se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico, cuando se despierta de él. "Durante el sueño hipnótico el sujeto animado da vida ajena, obra por un mandato del hipnotizador. Puede ocurrir que también obre por sugestión posthipnótica y ya en estado de vigilia".

Se discute aun, si en un estado hipnótico se puede realizar o no las ordenes dadas por el hipnotizador. Las opiniones se dividieron inicialmente en las corrientes representadas por: a) La Escuela de Nancy, la cual sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, bastando repetir e insistir en ello por parte del hipnotizador, con lo que se aumenta el grado de sugestión en el hipnotizado. Esto origina, de parte del sujeto un estado hipnótico, un actuar verdaderamente automático, involuntario, impidiendo de la integración de la conducta.

b) La Escuela de París, que en posición opuesta sostiene la existencia de verdaderos actos automáticos por el hipnotizado, pues éste conserva la capacidad de resistencia, a las ordenes dadas por el hipnotizador, de tal manera que desacatará la orden si así

lo desea.

c) La Escuela Ecléctica o intermedia, para la que los sujetos en estado hipnótico pueden ordinariamente resistirse a ejercitar lo ordenado, pero en ocasiones excepcionales no, obrando en esta última situación por automatismo, fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delito".(87)

En mi opinión, considero que el hipnotismo es una causa de inimputabilidad, porque el sujeto se encuentra sin voluntad y sin entendimiento, porque si se tratara de una ausencia de conducta el sujeto, al momento de cometer un ilícito solo carecería de voluntad, y no es el caso de la hipnosis, que el sujeto carece del querer y entender aunque como se menciono anteriormente, habría que considerar si el sujeto se somete voluntariamente a este estado, o es víctima del hipnotizador, pero esto en la vida jurídica sería muy difícil de determinar por el juzgador. En el tipo penal que se estudia, aunque remota la posibilidad, podría darse el caso de que el agente activo pudiera estar bajo el influjo de los efectos del hipnotismo, situación que desvanecería la configuración del injusto, ya por constituir ausencia de conducta o bien, como lo defiendo, por haber una causa de inimputabilidad.

## V.- SUEÑO.

Para poder encuadrar al sueño, ya sea dentro de las ausencias de conducta o bien dentro de las causas de inimputabilidad, deberemos tomar en consideración los motivos que indujeron al sueño (cansancio, enfermedad o ingestión de farmacos o drogas), asimismo deberá precisarse si se trata de un estado de somnolencia o de sueño propiamente dicho. Es importante aclarar que no deberá confundirse el sueño con el sonambulismo.

El conductor de un camión de pasajeros, que se queda dormido al volante provocando un terrible accidente, ocasiona diversos delitos. Su conducta la realizó dormido, o sea durante el sueño, sin embargo, si es responsable penalmente de sus actos, ya que pudo haber previsto y evitado dicha situación, sin pasar por alto las causas de la culpabilidad.

Si el sueño fue producido debido a una enfermedad, el sujeto es sin lugar a dudas, inimputable, toda vez que su estado fué patológico y ajeno a su voluntad, pero si el sueño fue producido debido a la ingestión de farmacos o drogas, es evidente una acción libre en su causa y no excluyente de responsabilidad, debido a que la persona se sometió voluntariamente a ese estado, pudiendo prevenir las

consecuencias.

Pero es el caso, que el sueño que nos interesa estudiar, es el sueño normal que todos tenemos diariamente. Por ejemplo, de una mujer que duerme con su bebé, y sin querer se voltéa sobre él y lo asfixia, ésta persona es inimputable, pues el sueño nos priva de toda capacidad mental, y por ende de la intelectiva y de la volitiva; esto es, que durante el sueño todos carecemos de la capacidad de querer y entender por lo cual somos inimputables.

Francisco Pavón Vasconcelos dice respecto al sueño: "...El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios con resultados dañosos. Así por ejemplo, si una mujer de agitado sueño al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre, sin consentimiento de aquélla, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, mas faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho. Al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

A pesar de ello, en el mismo ejemplo, puede surgir responsabilidad culposa de la madre sabiendo que su hijo recién nacido la acompaña en su lecho, conociendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar su cuerpo sobre el durante un movimiento inconciente, pues el resultado no fue previsto por ella, teniendo obligación de preveerlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho o sabiéndolo representado, tuvo la esperanza de su no aparición. Esta cuestión habrá de ser examinada al estudiar las acciones libres de su causa (ACTIO LIBERAE IN CAUSA)". (88)

Fernando Castellanos Tena, manifiesta: "...para el mismo profesor (Ignacio Villalobos), el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una ACTIO LIBERAE IN CAUSA, cuando el responsable la prevee y la consiente al entregarse al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumir actos interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente". (89)

En mi concepto, considero que también el sueño normal, queda definitivamente encuadrado dentro de las

causas de inimputabilidad, por carecer el sujeto de la voluntad y del entendimiento, de querer voluntariamente un resultado.

#### VI.- SONAMBULISMO.

Así como mencione en el sueño, en el sonambulismo, el sujeto no obra con voluntad careciendo de una capacidad intelectual, por encontrarse en un estado patológico, ya que el sonambulismo es considerado una enfermedad en la cual se suprimen las facultades mentales, y por lo tanto sera una causa de inimputabilidad.

El sonámbulo ni quiere, ni entiende la conducta, es totalmente inimputable. Su mal es patológico y debe ser tratado por médicos especialistas. Sin embargo, el autor Miguel Angel Cortés Ibarra, opina que el sonámbulo puede inclusive ser responsable a titulo culposo, de su conducta al manifestar en su obra: "Sonambulismo.- Estado de inconciencia natural, no provocado; excluye la responsabilidad cuando actua como elemento de la voluntad.

El sonambulismo puede dar lugar a delitos culposos. cuando quien, sabiendo de su anomalia. Es el caso de quien en este estado acostumbra disparar un revolver:

conocedor de ello, continúa guardándolo en el mismo lugar. Cierta noche, en el mismo estado de inconciencia, dispara el arma privando de la vida a un allegado familiar. Indudablemente es responsable a título de culpa del delito cometido". (90)

Fernando Castellanos Tena cita lo siguiente: "...según la autorizada opinión del maestro Iganacio Villalobos, en el sonambulismo si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes solo producen "una especie de conciencia", no correspondiente a la realidad (inimputabilidad)". (91)

Por las citas, que se mencionaron anteriormente, coincidimos en decir que es una causa de inimputabilidad, por que el sujeto al estar bajo un estado de inconciencia, no tiene una capacidad de querer y entender, un resultado de su acción.

#### D) TIPICIDAD.

La tipicidad es: "...el encuadramiento de la conducta al tipo penal descrito por la Ley". Así

entonces, en la tipicidad tenemos que comprobar que la conducta del sujeto activo del delito, sea la descrita en el tipo penal. Fernando Castellanos Tena dice que el tipo es: "...la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales", y el mismo dice: "...la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto". (92)

El tipo es el símbolo representativo o la figura de lo que debe ser un ilícito penal. El tipo es un ente abstracto formado por todas las características comunes a los hechos que la ley señala como delito.

Edmundo Mezger, expresa que el término tipo, en la Teoría General del Derecho es: "...el conjunto de todos los presupuestos cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". (93)

Ignacio Villalobos se refiere al tipo diciendo: "...es la descripción del acto o del derecho injusto o antisocial precisamente valorado como tal, en su aspecto objetivo y externo". (94)

En consecuencia el legislador al crear un tipo debe tener en consideración como elemento principal del

tipo a un sujeto activo que es el que realiza la acción; al sujeto pasivo que es el que resiente el daño y al bien jurídicamente tutelado y las demás características necesarias para integrar un delito.

Por lo tanto, como se dijo la tipicidad, es la adecuación, el encuadramiento de una conducta de un sujeto, al tipo descrito por el legislador como un ilícito, pudiéramos decir que la tipicidad es el delito real, por que es el acomodo del comportamiento voluntario y humano a aquellas descripciones que el legislador ha hecho y que considera delictivas, por lo que la diferencia entre tipo y tipicidad es que el primero, es la descripción de una conducta y la segunda es la adecuación de esa conducta.

Celestino Porte Petit dice que la tipicidad: "...es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO. Esta descripción la hace el Estado, de la conducta en las normas penales vigentes en el momento de la celebración de la conducta".(95)

Para Jiménez de Asua la tipicidad: "...es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".  
(96)

Los elementos constitutivos del tipo que regularmente lo conforman, son de tres clases: Objetivos, Subjetivos, y Normativos.

Los objetivos son aquellos que cualifican la conducta tipificada limitándola regularmente en el aspecto de su resultado, con base en la referencia de diverso carácter, como ejemplo: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, el lugar, la ocasión, el medio, etc.

Fontan Balestra dice: "Si decimos que el homicidio consiste en matar a un hombre, tenemos el delito del homicidio consumado; un resultado de la acción: la muerte del sujeto. Todo lo que se haga que no llegue a ser: "matar", podrá ser otro delito, pero nunca homicidio. La descripción legal selecciona entre los resultados posibles, uno determinado".(97)

La referencia que de los sujetos se hace en determinadas ocasiones en el tipo, que requiere de una determinada calidad el sujeto. Por ejemplo: En el parricidio el sujeto activo debe de tener la calidad de ascendiente o de descendiente del sujeto pasivo y conocer esta relación de parentesco.

En relación al objeto, cuando el tipo se refiere concretamente a objetos determinados, que serían cosa ajena, mueble, inmueble, cosa depositada, etc. Un ejemplo en este caso sería el delito de robo, que el objeto es una cosa, ajena mueble. Estos son algunos ejemplos de los elementos objetivos.

La modalidad de la referencia temporal, consiste en determinar el tiempo de aparición del resultado. En el delito de aborto, la tipificación ocurre si la muerte del producto de la concepción se produce en cualquier momento de la preñez.

Los elementos subjetivos los describe Jiménez de Asua de la siguiente forma: "...en numerosos casos el tipo no presenta una descripción objetiva, si no que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto". (98)

Como ejemplo de esta idea, lo tenemos en el delito de parricidio, en que el inculpaado a sabiendas del parentesco consanguíneo en primer grado que le liga con la víctima, comete el delito.

Los elementos normativos del tipo, se refieren a valoración de carácter jurídico v social, por

parte del legislador, en principio, y del juzgador en última instancia en relación con determinados conceptos plasmados en la descripción legal del injusto.

En el delito de estupro, por ejemplo, es indispensable para determinar la tipificación, valorar jurídica y socialmente por parte del juzgador, haciéndose este eco del legislador: los conceptos de castidad y honestidad.

En relación con el bien jurídicamente protegido dentro de las diversas nociones del bien jurídico, creemos acertada la del maestro Eugenio Cuello Calón: "...bien jurídico, es todo aquello de naturaleza material incorporal que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas".(99)

Por lo que respecta al delito de estudio, comento lo siguiente:

TIPICIDAD EN EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA, PREVISTO EN EL ARTICULO 384, DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

A) TIPO.- "ARTICULO 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".

B) REFERENCIAS DE LOS SUJETOS.- I.- SUJETO ACTIVO, es el poseedor o tenedor de la cosa.

II.- SUJETO PASIVO, el legítimo propietario o quien tenga derecho sobre la cosa.

III.- REFERENCIA TEMPORAL, en realidad no se establece un tiempo para la consumación, pero el tiempo se dá desde que el sujeto activo tiene la ilegítima posesión, en el momento en que desaparece la causa original por la que se derivó la tenencia temporal de la cosa, y no la entrega a pesar de ser requerido.

IV .- REFERENCIA DE CARACTER ESPECIAL, que la cosa sea retenida, y que se niegue a devolverla.

V.- REFERENCIA DEL OBJETO, en el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 382, dice claramente que debe ser una cosa mueble, pero en el artículo 384, no se especifica claramente que deba ser también una cosa mueble, así es, que en mi opinión el delito en estudio se deben de tomar por analogía los elementos del tipo genérico y por lo tanto también debe ser en cosa mueble, siempre que sea retenida.

VI.- REFERENCIA OCASIONAL, no se dá en este delito.

VII .- OBJETO JURIDICAMENTE TUTELADO, evidentemente estamos en presencia de un delito patrimonial, por lo tanto el bien jurídicamente tutelado, es el patrimonio, el derecho de posesión de una cosa la cual forma parte del patrimonio, ya que los derechos de posesión también forman parte del patrimonio aun y cuando la cosa no sea propia, así dentro del patrimonio debemos considerar la posesión, ésta posesión puede ser derivada por alguna circunstancia legal, pero que al no tener la posesión afecta en el patrimonio del sujeto pasivo.

VIII.- MEDIOS, no existen en este delito.

IX .- ELEMENTOS SUBJETIVOS, no devolver la cosa, a sabiendas de que no se tiene el derecho para tenerla o poseerla.

X.- ELEMENTOS NORMATIVOS, no existe en este delito.

#### E) ATIPICIDAD.

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, y se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal legal, es decir, la ausencia de tipicidad surge cuando aún existiendo el tipo, la conducta del sujeto activo no se encuadra a éste.

Nuevamente citando a Fernando Castellanos Tena, nos dice: "...cuando 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, jamás podrá ser delictuosa". El mismo autor menciona, "...suele distinguirse entre ausencia del tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal veracruzano vigente, se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he aquí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante seducción y engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro que la mujer sea menor de dieciocho años". (100)

Entonces si falta la adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica jamás podrá

ser delictiva, la ausencia de tipo no es la falta de adecuación de la aparición de unos o todos los supuestos exigidos. Como consecuencia en toda atipicidad se encuentra implícita la ausencia del tipo, y a este respecto nuestra legislación orientada por el axioma NULLUM CRIMEN SINE LEGE, se precisa, no permite la tipificación de conducta por muy delictuosa y muy antisociales que sean, sino están previamente establecidas por preceptos exactos.

Para el maestro Rafael Marquez Piñero, existe atipicidad, cuando se reúne alguna de las siguientes condiciones:

I.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo.

II.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo.

III.- Ausencia de adecuación en cuanto al objeto.

IV.- Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo.

V.- Ausencia de adecuación en cuanto al lugar.

VI.- Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión.

VII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos.

VIII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos, o anti-juricidad especial". (101)

Pavón Vasconcelos dice respecto al tema:

"... concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

A.- Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;

B.- Cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo;

C.- Cuando hay ausencia de objeto, o bien existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;

D.- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo;

E.- Cuando no se dan en la conducta o hecho concreto, los medios de comisión señalados por la ley, y

F.- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal".(102)

La opinión de Fernando Castellanos Tena que dice: "...las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

1.- Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

2.-Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

3.-Cuando no se dan las referencias temporales o

especiales requeridas en el tipo:

4.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos:

5.-Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, y

6.- Por no darse en su caso, la antijuricidad especial. (103)

#### F) ANTIJURICIDAD.

Respecto a la antijuricidad el maestro Carranca y Trujillo, opina: "...entendemos que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también, "ilicitud", la palabra que también comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", palabra que tiene una restringida referencia a la ley; "entuerto", palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e "injusto", preferida por los alemanes para significar lo contrario a Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado: lo que ya fué señalado por Carrara". Continúa diciendo: "...cuando la norma de cultura ha sido

recogida por el ordenamiento jurídico se hace posible la antijuricidad, o sea, la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito". (104)

Mezger señala: "...una acción es punible sólo si es antijurídica" y más adelante señala: "...ésta antijuricidad (injusto) significa el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor". (105)

Podemos decir que para que una acción sea antijurídica, previamente la ley debe etiquetarla como tal, prohibiéndola, ordenándola o previniéndola, ya que por muy injusta o antisocial que sea, si la ley no la prevé como tal, no podrá ser antijurídica. La antijuricidad debe ser precisamente que vaya en contra de lo jurídico, de lo establecido por la ley. Por ejemplo, antes de la creación de la Nueva Ley Ecológica, algunas fábricas deliberada y notóricamente, atentaban contra la salud, por contaminar el ambiente, o bien por atentar contra la ecología, sin embargo no cometían ningún delito, por no estar prohibido expresamente en la ley, la máxima jurídica que dice, lo no prohibido está permitido. Por lo tanto para que se dé la antijuricidad debe existir el tipo legal, una acción no puede

ser antijurídica, si no se da la descripción de un delito.

Porte Petit dice que: "...se tendrá por antijurídica una conducta adecuada al tipo, cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación". (106)

El autor Rafael Márquez Piñeiro, dice: "...Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al Derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado. Las leyes no surgen por generación espontánea, sino que tienen algunos propuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una cultura". (107)

En general los diversos autores se pronuncian de acuerdo a que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre un hecho del

hombre y las normas del derecho.

Fernando Castellanos Tena nos dice:

"...lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo, -más adelante señala- téngase presente que el juicio de antijuricidad comprende de la conducta en su fase externa, pero, no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". (108)

Dice Mariano Jiménez Huerta que: "...una conducta es antijurídica cuando resulte contraria a la norma. cuando lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valorativos de la comunidad y "matiza y tiñe" la conducta de su colorido o tonalidad especial, matiz, tono y color que surge del juicio formulado sobre la previa conducta, en el cual se afirma su contradicción con las normas del Derecho". (109)

Por lo tanto, hay que tener en cuenta que la antijuricidad no es exclusiva del Derecho Penal, sino que

se presenta en todas las ramas legisladas del derecho, así se puede hablar de antijuricidad civil, mercantil, administrativa, laboral, etc. Debe llevarse a cabo "sin derecho", es obvio que si lleva a cabo con derecho, ya no es robo; quizá el legislador deseó hacer patente la antijuricidad, pero esto no es necesario, pues el apoderamiento de alguna cosa mueble sin consentimiento del propietario o poseedor, es ya en sí una conducta antijurídica por atentar contra el patrimonio ajeno. Sería como decir en el homicidio: "el que prive sin derecho de la vida a otro". Creo que es innecesario recalcar la falta de derecho del apoderamiento respecto al robo, ya que ninguna persona tiene derecho de robar a otra persona.

La antijuricidad, en el delito de abuso de confianza del artículo en estudio, podemos decir que de acuerdo a las opiniones anteriores, esta es la "ilegítima" posesión de la cosa, el sujeto activo del delito no tiene la legítima posesión, la norma de derecho que es violada es la legal posesión, porque si una persona tiene la legal posesión no hay delito. La antijuricidad se da por el simple hecho de contravenir una norma legal, como ya lo he mencionado el bien jurídico protegido en este delito es la posesión incluida en el patrimonio. Ahora bien, el momento en que se da la antijuricidad es cuando el sujeto entra en la ilegítima posesión y se le requiere la devolución de la cosa

"prestada", la conducta es antijurídica siempre y cuando no se presente alguna causa de justificación de las que establece el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ya que de presentarse, se excluiría la responsabilidad penal del infractor.

La antijuricidad se divide en antijuricidad formal y antijuricidad material; la primera se da cuando se contraviene lo dispuesto en la ley, y la antijuricidad material se da cuando se atacan las normas culturales del derecho.

La antijuricidad formal, nos dice el maestro Márquez Piñeiro: "esta constituida por la conducta opuesta a la norma. La antijuricidad formal es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio este vigente, lo antijurídico se determinará basándose en la antijuricidad formal; en México esto es válido, toda vez que el principio de legalidad consagrado en el artículo 14, párrafo tercero de nuestra Carta Magna. El maestro Carlos Binding, con agudeza, señala que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien, al acto ajustado a lo previsto en la ley penal. Se infringe la norma (lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico), que esta en plano superior y de basamento de la ley. El Código Penal no dice "no mataras".

sino que señala la sanción para el que comete un homicidio; si se mata, se vulnera la norma, pero no a la ley, que lo que hace es sancionar. De ahí la afirmación de Bending: la norma crea lo antijurídico, en tanto que la ley crea la acción punible; la norma valoriza, y la ley describe". (110)

Francisco Pavón Vasconcelos dice: "...débase a Franz Von Litz, el desarrollo de una estructura dualista de la antijuricidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Para el destacado jurista, la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico".(111)

Fernando Castellanos Tena señala: "...la antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial", señala más adelante que para Cuello Calón, "la rebeldía contra la norma jurídica constituye la antijuricidad formal; asimismo para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal". (112)

La antiuricidad material, consiste en una conducta que va en contra del Derecho. es una conducta

dañosa a la sociedad, a sus conceptos culturales en general. Es lo antisocial. Para llegar a la antijuricidad material, primeramente se tiene que pasar por la antijuricidad formal.

Como lo mencioné anteriormente Franz Von Litz, fue el que concibió una teoría dualista de la antijuricidad, diciendo que la antijuricidad material no podía ser revelada, sino pasando previamente por la antijuricidad formal o legal, puesto que se consideraba al derecho penal como la Carta Magna del delincuente.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos dice: "...para Franz Von Litz, desde el punto de vista material la acción es antijurídica, cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial). El contenido de la norma no es creado por ella y por eso resulta independiente de su exacta apreciación por el legislador. De ahí que ambas antijuridicidades puedan coincidir, pero también discrepar. "No es presumible una contradicción semejante, entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva. Caso de que exista, el juez está legado por la ley; la ratificación del Derecho vigente está más allá de los límites de su misión". Biaggio Petrocelli, se opone a la posición dualista alegando lo indispensable de la unidad existente entre la forma y la sustancia de lo antijurídico, expresando que la llamada antijuricidad material, no existe.

Sebastian Soler niega la llamada antijuricidad formal, la cual resulta, sino la adecuación externa desprovista de todo sentido de valoración. Jiménez de Asua rechaza vigorosamente lo denominado por el absurdo dualismo en lo valorativo. Por su parte Pavón Vasconcelos se muestra acorde con Jiménez de Asua y afirma: "...nosotros concebimos lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado".(113)

De acuerdo a las opiniones anteriores, vemos que aún los juristas no se han puesto de acuerdo a este respecto, pero considero que solo debe existir la antijuricidad formal, ya que si para llegar a la antijuricidad material primero se tiene que dar la antijuricidad formal. Debido al hecho de no cumplir las exigencias legales, de atacarlas o contravenirlas, constituye lo antijurídico de la conducta y es excesivo decir que además de atacar la ley se ataque al Derecho, que esto último es la antijuricidad material, por que al estar transgrediendo la ley, en consecuencia se transgrede el Derecho.

#### G) CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El aspecto negativo de la antijuricidad, son las causas de justificación, que se encuentran estipuladas en el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal.

Luis Jiménez de Asua señala: "...son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicas, de contrarias al derecho, que es el elemento más importante del crimen".(114)

Las causas de justificación, son situaciones que eliminan la esencia de toda acción injusta. Dice Miguel Ángel Cortés Ibarra que : "...las causas de justificación eliminan la antijuricidad en la conducta", más adelante señala, "... las causas de justificación eliminatorias de la antijuricidad, no se dan en el ámbito suprallegal, sino que deben estar señaladas expresamente en la Ley, -continúa diciendo- la conducta típica del agente, adquiere plena justificación por representar un interés superior a aquel destruido". (115)

Para Fernando Castellanos Tena las causas de justificación son: "...aquellas condiciones que tienen el

poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica".  
(116)

Antes de señalar cuales son las causas de justificación, cabe aclarar que no debemos confundir las causas de justificación con las excluyentes de responsabilidad; las primeras son el aspecto negativo de la antijuricidad; las segundas, son todas las eximientes que señala la ley, para impedir la configuración de un delito, las causas de justificación se encuentran dentro de las excluyentes de responsabilidad. En conclusión todas las causas de justificación son excluyentes de responsabilidad, pero no todas las excluyentes de responsabilidad son causas de justificación. Las excluyentes de responsabilidad son: Ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las Causas de justificación son:

- I.- Legítima Defensa;
- II.- Estado de Necesidad;
- III.- Cumplimiento de un Deber;
- IV.- Ejercicio de un derecho;
- V.- Impedimento Legítimo.

I.- Legítima defensa.- Este supuesto lo encontramos en la fracción III, del artículo 15 del Código

Penal del Distrito Federal, que a la letra dice: "Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal....

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 causo 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 las de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentran 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 cualquier 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."(117)

Miguel Angel Cortés Ibarra dice:  
"...legítima defensa es la reacción necesaria y racional en los medios empleados contra una agresión no provocada, sin derecho y actual, que amenaza con inminencia causar un daño en los bienes del agredido". (118)

Pavón Vasconcelos dice respecto a la legítima defensa: "...Es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho".(119)

II.- Estado de Necesidad, del mismo modo, me refiero en primer término al Código Penal, artículo 15 fracción IV que dice: "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 otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".(120)

Cuello Calon respecto al estado de necesidad dice: "...es el peligro actual o inmediato para

bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona"(121)

Los elementos del estado de necesidad son:

- a) una situación de peligro, real, actual o inminente;
- b) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); y
- c) ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

La diferencia entre estado de necesidad y legítima defensa, es que la primera se actúa por una situación de peligro que no fue voluntaria, y en la segunda, se repele la acción.

En el estado de necesidad, se debe de dar una necesidad de ese actuar, el interés jurídico que se protege con esa acción debe ser superior al bien jurídico que se sacrifica. El Código Penal en comento señala en el artículo 334 el aborto terapéutico, en el cual se sacrifica la vida del producto, por estar en peligro la vida de la madre. Al no ser posible preservar la vida de los dos, se sacrificará la del producto.

III.y IV.- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, estas dos causas de justificación, se encuentran descritas en la fracción V, del artículo 15, que se ha venido nombrando, que dice: "Obrar en forma legitima, 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" (122)

El maestro Pavón Vasconcelos señala que el cumplimiento de un deber, puede derivar de una norma jurídica, las cuales generalmente son impuestas por la ley a quienes ostentan un empleo, autoridades o cargo público y excepcionalmente a particulares. Por ejemplo, los agentes de la policía, en cumplimiento a su deber, a veces tienen que utilizar la violencia para cumplir con esa obligación, ésta situación no se debe de confundir con legitima defensa. otro ejemplo, la ejecución de una orden judicial, para desalojar una casa, el actuario, encargado de la diligencia, no estará cometiendo ningún delito al desalojar a los moradores, por estar cumpliendo con su deber.

El ejercicio de un derecho, se origina en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado o de una facultad o autorización otorgada en forma

licita por la autoridad competente. Esto es, o bien que el derecho que se pretenda ejercitar este plasmado en la ley o bien, que se consigne en una orden de autorización competente.

Cuando decimos ejercicio de un derecho, no debemos mal interpretar esto, una persona, que es despojada de su casa, no puede llegar golpear y sacar por la fuerza a la persona que la despojo de su propiedad, tendrá que realizar los medios legales específicos para tener la posesión de la misma, porque si tratáramos de hacernos justicia nosotros mismos, estaríamos negando el Derecho.

V.-Impedimento legitimo, este supuesto se encuentra en el mismo artículo ya citado, en la fracción VIII, que dice: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legitimo".  
(123)

De la lectura de la fracción anterior, podemos entender que, la norma jurídica obliga un hacer y el comportamiento es omisivo, son conductas omisivas, violandose una norma imperativa. Ejemplo: en un accidente automovilístico, hay varios heridos, igualmente graves y solo se encuentra en el lugar un médico, éste por prestar el auxilio a uno desatiende a otro, se da un impedimento

legítimo, al no poder atender a dos persona al mismo tiempo.

En mi opinión, las causas de justificación que se pudieran presentar en el delito de abuso de confianza, de retención ilícita de una cosa, serían:

Estado de necesidad, para ejemplificarlo dire: que el sujeto activo, a sabiendas de que tiene en su poder un vehículo que le fue dado a travez de un contrato de comodato, en el momento, que se le requiere su hijo se encuentra muy enfermo, y no tiene otro medio para trasportarlo, negandose a devolverlo. En el sujeto activo no cumple con la norma, que establece la devolución de la cosa, en virtud de su estado de necesidad de salvar la vida de su hijo. El bien jurídico que protege, que es la vida de su hijo es superior al de devolver el vehículo.

#### H) CULPABILIDAD.

La culpabilidad es un desafío a la ley, por parte del sujeto activo del delito. Al sujeto se le exige que observe una determinada conducta tendiente a preservar los bienes jurídicos y sociales más importantes, sin embargo, este sujeto, realiza lo contrario a lo exigido.

Es culpable, pues desafío al ordenamiento jurídico, desafió a la sociedad y por tal debe ser castigado conforme a la ley. El dolo está integrado por una voluntad y un conocimiento del hecho.

Existen dos corrientes al respecto: la concepción psicologista y la concepción normativista.

La concepción psicologista, la define Antolissi, citado por el autor Miguel Angel Cortés Ibarra: "...es el nexo psíquico existente entre el agente y el acto exterior". Este mismo autor cita a Puig Piña: "...es el lazo de causalidad psíquica que une al sujeto con el hecho que realiza". Y a Sebastián Soler: "...la doctrina psicológista de la culpabilidad concibe a ésta como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho; en consecuencia supone el análisis de la situación interna del sujeto: La culpabilidad reside en él; es la fuerza moral subjetiva del delito dentro de la terminología Carrariana".

Concepción normativa, este mismo autor cita a Frank Reinhard, que opina de la culpabilidad lo siguiente: "...es un juicio de reproche; es sólo el juicio según el cual determinada conducta (antijurídica) a causa de cierta situación hecha dada, es reproche". También cita a Hans Welzel: "...culpabilidad en sentido estricto, es

solamente la reprochabilidad, o sea la calidad específica de desvalor en la voluntad de acción". (124)

Cesar Augusto Osorio y Nieto define:  
"...la culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal". (125)

Al respecto el maestro Carrancá y Trujillo opina: "...el examen de la fuerza moral que, concurre con la fuerza física a generar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad, elemento subjetivo del delito. Ella da origen, según la teoría psicologista, a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al Derecho". (126)

Jiménez de Asua dice: "...la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto que comete". (127)

Ignacio Villobos considera a la culpabilidad desde un punto de vista más amplio: "...consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, por los mandatos y las prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (128)

Cuello Calon dice: "...una conducta es culpable, cuando la causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada". (129)

Edmundo Mezger señala: "...la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido".(130)

Rafael Márquez Piñeiro, define a la culpabilidad: "...una acción es culpable cuando de la relación psicológica entre ella y su autor puede oponerse a cargo de éste y, además, serle reprochada. En la culpabilidad por tanto, hay, además, de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su

comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho -que está prohibe- ha quebrantado su deber de obedecerla; hay una reprobación a la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber".(131)

De acuerdo a las diversas opiniones de los autores señalados y las dos teorías, que sobre la culpabilidad se dan, vemos que la teoría psicologista, establece que todo sujeto que delinque, opera un proceso intelectual volitivo, que establece una relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto realizado.

Otros autores definen la culpabilidad diciendo que es el comportamiento psíquico que la ley penal exige en el autor material de un delito, para que responda de él. La órbita de la culpabilidad se agota en ese proceso intelectual volitivo que se produce en el agente en el momento de delinquir y con relación al delito; en consecuencia, habrá culpabilidad siempre que el delincuente actúe voluntariamente o culpablemente.

En la teoría normativa se dice que la exigibilidad de una conducta a la luz del deber es el verdadero fundamento de la culpabilidad. La culpabilidad consiste en la reprochabilidad de la conducta asumida por el

sujeto del delito.

Las formas en que se manifiesta la culpabilidad son el dolo y la culpa, algunos autores señalan una tercera forma, que es la preterintencionalidad, la que por no aceptarla el Derecho positivo, no se debe considerar como forma principal.

El dolo se puede definir como la realización de una conducta, sabiendo y queriendo el resultado que ha de producirse, es decir el sujeto, activo del delito, desea la conducta y acepta y quiere el resultado.

Jiménez de Asua dice: "...dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebrante el deber, conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (132)

Fernando Castellanos Tena dice: "... el dolo consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". (133)

Francisco González de la Vega señala en su obra "Código Penal Comentado": "...Jurisprudencia Definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. DOLO, Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumira que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exiga la intención dolosa para que haya delito y al acusado toca probar que procedió sin intención. esta opinión citada por el maestro, es de acuerdo a la Jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Epoca : Tomo V, Pag. 480. tomo VII, pag. 1043. Tomo VII, Pag. 1567. Tomo IX, pag. 139. Tomo XIII, pag. 674". Este mismo autor cita: "...tesis relacionadas. Dolo. Siendo el dolo un elemento subjetivo, lo único que puede probarse es si existen o no, razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión, que es, en lo que el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley, para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario, sólo podría probarse por la confesión. Quinta Epoca: Tomo XXVII, pag. 710".(134)

Existen dos teorías respecto al dolo: La teoría de la voluntad, que dice que el dolo radica en la intención del sujeto, en la voluntad consiente dirigida hacia el resultado, cuando el sujeto quiere la acción y el resultado típico. La otra teoría es la de la Representación que nos dice que basta que el sujeto se represente el o los

resultados dañosos, para imputarle su actuar como dolo. El defensor de esta teoría es Von Litz, que define el dolo como el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria.

Dice Fernando Castellanos Tena: "...en el dolo el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla", y continúa: "...el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la consciencia de que se quebrante el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la violación del hecho típico" (135)

El maestro Ignacio Villalobos señala: "...el dolo se puede dividir en las siguientes clases: Directo, Simplemente indirecto, indeterminado y eventual". y continúa: "...el dolo eventual se presenta cuando el sujeto se propone un evento determinado previendo la posibilidad de otros daños y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial; esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre, respecto a la producción de los resultados típicos previstos, pero no deseados directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no deseado, y el indeterminado en el que existe la seguridad de causar daño sin saber cual

será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo:. Continúa: ...en el dolo eventual el hecho consiste en mutilar a los niños para deformarlos a fin de obtener éxito en la mendicidad; no obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevengan la muerte, no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta". (136)

Fernando Castellanos Tena clasifica al dolo de la siguiente manera:

"A) DOLO DIRECTO.- El resultado coincide con el proposito del agente, (decide privar de la vida a otro y lo mata).

B) DOLO INDIRECTO.- El agente se propone un fin, sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a boardar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderan la vida otras personas y se destruirá el aparato).

C) DOLO INDETERMINADO.- Es la intención de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (El terrorista que lanza bombas).

D) DOLO EVENTUAL.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio en una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

En el Derecho Penal Mexicano se aprecia en el 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.

Al respecto opina el autor Miguel Angel Cortés Ibarra: "...en la definición del delito intencional no sólo queda incluido el dolo directo, sino que también el indirecto, indeterminado y eventual. Estas últimas clases de dolo se caracterizan por una aceptación del resultado; el agente no quiere el evento dañoso, sin embargo, lo prevee como seguro o posible, ratificándolo al no retroceder en el afán de llevar a cabo su propósito criminal".(137)

Otra forma de culpabilidad es la culpa, Eugenio Cuello Calón dice: "...existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y sancionado por la ley". (138)

Edmundo Mezger opina: "...actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede preveer". (139)

Existen varias teorías para determinar la culpa:

- A) Teoría de la Previsibilidad;
- B) Teoría de la Previsibilidad y Evitabilidad;
- C) Teoría del Defecto de la Atención.

Carrara, fue el principal exponente de la teoría de la Previsibilidad, para quien la esencia de la culpa consiste: "en la previsibilidad del resultado no querido", afirmando que la culpa consiste en la voluntad de omisión de diferencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, por tanto se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia, el cual no es la última instancia, sino un vicio de la voluntad.

Respecto a la segunda teoría, o sea, de la Previsibilidad y Evitabilidad, ésta fue expuesta por Binding y seguida por Brusa, aceptando la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o previsible, para integrar la culpa, de tal manera que no hay lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible resulta inevitable.

La Teoría del Defecto de la Atención, fue sostenida por Angliolini, principalmente; esta teoría hace descansar en esencia de la culpa en la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Jiménez de Asua define a la culpa: "...como la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor de la representación del resultado que puede llegar, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga, ha sido decisivo por sus actividades, las cuales se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (140)

El maestro Fernando Castellanos Tena dice en relación a la culpa: "...existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un

resultado típico, éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas". (141)

En la culpa, el sujeto desea la conducta y la realiza, pero no desea que el resultado de esa conducta sea injusto; es decir realiza la conducta y su voluntad va encaminada hacia un fin distinto al de cometer un delito, pero su impericia, imprudencia o negligencia, le hacen cometer un ilícito. Un ejemplo de esto es: una persona va conduciendo su automóvil, y se pasa el semáforo que le marca la luz roja, atropellando a una persona, causandole lesiones; aquí podemos ver, el sujeto activo, queria la conducta que es conducir su automóvil, pero no deseaba el resultado, causarle lesiones a la otra persona, pero por su imprudencia de pasarse la luz roja se dió el resultado.

La culpa se puede presentar en dos formas:

1.- Culpa conciente con previsión o con representación; y

2.- Culpa inconciente sin previsión y sin representación.

La primera, es aquélla en la que el sujeto activo no prevea el resultado, con la esperanza de que

no se produzca, más no lo desea.

La segunda de ellas, implica que el sujeto activo no prevea el resultado. Este a su vez se subdivide en:

A) Culpa lata, que consiste en que cualquier sujeto se puede percatar del resultado, o sea, previsto.

B) Culpa leve, que consiste en que sólo alguien con cierto cuidado puede prevenir el resultado; y

C) Culpa levisima, que es aquélla en la que solamente se pueden percatar del resultado los individuos sumamente cuidadosos.

La preterintencionalidad.- consiste en una mezcla de dolo y culpa: dolo al principio y culpa al final. Suponiendo que un sujeto tenga la intención de agredir a otra persona y causarle algunas lesiones, pero a consecuencia de ese ataque le provoca la muerte, primeramente obro con dolo, pero con la intención de lesionarlo solamente, y la culpa se da, porque el resultado fue homicidio.

Cabe aclarar la diferencia entre culpa e imprudencia, la culpa es el género y la imprudencia es la

especie, toda imprudencia constituye culpa, pero no toda culpa es imprudencia; como su nombre lo indica la imprudencia es la falta de prudencia, de precaución, de atención, y la culpa es el actuar del hombre con una voluntad distinta a la de causar un daño, pero éste se da.

Los elementos de la culpa son de acuerdo a la clasificación de Osorio y Nieto: "...los elementos de la culpa son : una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidado o precauciones exigidas por el Estado, resultado típico, previsible, evitable y no deseado, y una relación causal entre la conducta y el resultado".(142)

#### I) INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad, es la inculpabilidad, esto es la conducta sin dolo y sin culpa.

Citando a Fernando Castellanos Tena dice:  
"...lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y voluntad. Tampoco sería culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un

todo, sólo existirá mediante la conjunción de los caracteres constitutivos de su esencia ".(143)

Por su parte el maestro Luis Fernández Doblado opina: "... que representa el examen último del aspecto negativo del delito, señalando que sólo podrá obrar en favor del comportamiento de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en el externo una justificación, ni en el interno una inimputabilidad".(144)

Se dice que son causas de inculpabilidad según los normativistas:

- A) El error; y
- B) La exigibilidad de otra conducta.

Los psicólogos opinan que son causas de inculpabilidad:

- A) El error esencial de hecho; y
- B) La coacción sobre la voluntad.

El fundamento que dan los psicólogos consiste en que si los elementos de la culpabilidad son el conocimiento y la voluntad, luego entonces, por lógica la ausencia de estos constituye la inculpabilidad; la ausencia del conocimiento, forma un error y el aspecto negativo de la

voluntad es una voluntad viciada por la coaccion.

Ahora pasare a analizar, las causas inculpabilidad:

1.- ERROR.- Fernando Castellanos Tena lo define como: "...es un falso conocimiento de la verdad, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad".(145)

El error se divide en :

- A) Error de hecho; y
- B) Error de derecho.

El error de hecho se subdivide en Esencial y Accidental. El error esencial del hecho debe ser invencible para eliminar la culpa; aqui el sujeto desconoce la antijuricidad del hecho. por ejemplo, una persona deposita su automóvil en un estacionamiento público de autoservicio, cuando llega a recoger su carro se confunde y toma otro idéntico, de la misma marca y color, y por casualidad sus llaves abren y encienden el motor, llevandose éste, y al momento de llegar a su casa, se da cuenta del error y regresa al estacionamiento, pero ya lo espera la policia con el dueño del vehiculo. acusandolo de robo. En éste ejemplo el sujeto actua por error. eliminando el carácter ilícito de la

conducta y la voluntad de ocasionar un daño. Cabe aclarar que para que el error esencial de hecho constituya una causa de inculpabilidad, éste debe ser invencible; si este puede ser superado, deja a salvo la culpa.

El error de hecho accidental, se da por circunstancias secundarias del hecho; este tipo de error se da en tres casos que son:

ABERRATIO ICTUS.- También conocido como error en el golpe y obra cuando el resultado a pesar de no ser buscado, equivale al mismo.

ABERRATIO IN PERSONA.- O error en la persona y precisamente recae sobre la persona objeto, se confunde al sujeto pasivo.

ABERRATIO IN DELICTE.- O error en el delito y sucede cuando se comete un delito diferente al buscado. Un sujeto dispara una arma, privando de la vida a una persona, pero resulta que a la persona que mató era su padre, pero él no lo sabía, porque ni siquiera lo conocía, el sujeto activo debiera ser castigado por homicidio, pero no por parricidio.

La segunda forma de error, que es el error de derecho, este no constituye una causa de

inculpabilidad, pues el desconocimiento de las leyes no beneficia a persona alguna. Nadie puede alegar desconocimiento, ignorancia o error del derecho, ya que aunque así lo hiciera no conseguiría ningún beneficio.

Continuando con la teoría de los normativistas sigue en el orden de análisis de la no exigibilidad de otra conducta. Fernando Castellanos Tena dice que: "La realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho". Este mismo autor cita a Ignacio Villalobos que dice: "...La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por lo que sólo atañe a la equidad o a la convivencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos". Castellanos Tena continúa más adelante diciendo: "...para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están

constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad".(146)

La no exigibilidad de otra conducta, opera cuando la ley, no exige al sujeto un obrar diverso. Según los normativistas, el temor fundado es un ejemplo típico de ésta causa de inculpabilidad, sin embargo, los psicólogos pelean, al temor fundado como una coacción sobre la voluntad; ambas corrientes coinciden en considerarla una causa de inculpabilidad, unos diciendo que el sujeto que actúa bajo un temor fundado, no se le puede exigir una conducta heroica, diferente a la requerida por el tipo penal y otros diciendo que el temor fundado, coacciona la voluntad del sujeto activo. En las dos situaciones, no puede considerarse culpable a quien obra bajo un temor fundado.

A un sujeto, su jefe lo obliga a robar unos expedientes de la oficina, so pena de quitarle el empleo en caso de desobedecer la orden; éste sujeto tiene la necesidad del empleo y se ve obligado a robarse los expedientes. En mi concepto ahí se estaría operando plenamente la no exigibilidad de otra conducta, no hay dolo y no hay culpa, sólo está tratándose de no perder su empleo, aún y cuando éste cometiendo un ilícito, su conducta no es culpable.

Otra eximente de culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, es el encubrimiento de parientes y allegados. El maestro Porte Petit señala: "La fracción X (se refiere a la fracción X del artículo 15 del Código Penal para el Distrito federal, excluyentes de responsabilidad) constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviandonos en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria, constituyendo para ella un aspecto negativo de la punibilidad..."(147)

El estado de necesidad, como ya se había mencionado se considera una causa de justificación, pero se considera causa de inculpabilidad cuando se presenta el conflicto entre bienes de valor equivalente, pues quien así obra, sacrificando uno de ellos no puede exigirsele que observe otra conducta, no que obre con heroísmo.

Respecto a la teoría de los psicologistas, de considerar a la coacción de la voluntad como una causa de inculpabilidad, cabe anotar que también esto es perfectamente válido, si se considera precisamente

que uno de los elementos de la culpabilidad es la voluntad y que presionarla para obtener un resultado, constituye una ausencia de culpabilidad, por lo tanto considero que la no exigibilidad de otra conducta y la coacción de la voluntad, son similares, en virtud de que a una persona no se le puede exigir otra conducta, si su voluntad esta coaccionada, en el caso del temor fundado, no se puede exigir otra conducta en virtud de que el sujeto ésta coaccionada su voluntad por el miedo, o temor que lo hace actuar; y lo mismo sucede en el encubrimiento de parientes y allegados, que no se puede exigir otra conducta, debido a que el amor, el respeto o agradecimiento le esta coaccionando su voluntad.

Otras causas de inculpabilidad, es la Obediencia Jerárquica, que se da en los supuestos siguientes:

Cuando se posee poder de inspección sobre la orden, pero se desconce la ilicitud del hecho. (Error esencial del hecho)

Cuando se posee poder de inspección sobre la orden. y se conoce la ilicitud del hecho, pero se debe de cumplir la orden, pues se recibe además de una orden, una amenaza grave de recibir considerables consecuencias en caso de no obedecer. (No exigibilidad de otra conducta o coacción sobre el elemento volitivo del sujeto).

## J) PUNIBILIDAD.

La punibilidad, es la pena que la ley señala a los diferentes ilícitos que en ella se establecen. Así el acto punible es aquél para el cual la ley señala una pena, pues sin esto no sería atribuible a ese acto el carácter de delito.

Respecto a este elemento del delito, el autor Jiménez de Asua, opina: "...la penalidad es una característica del delito, elemento esencial de éste, y el carácter específico del crimen y, lo que en último término caracteriza al delito, es ser punible; la penalidad no es sólo un carácter del delito, sino objeto y contenido de todo el derecho penal, ya que este no es solo ciencia del delito, sino también pena". (148)

Cuello Calón, dice: "...el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y sin embargo, no ser delictuosa,

podrá dar ejemplo, constituir una infracción de carácter civil o administrativa, más para que constituya un hecho delictuoso un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley, con una pena que sea punible. Por tanto, realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo".(149)

La punibilidad, no es otra cosa que la amenaza por parte del Estado para quienes infringen la ley penal. La pena es una acción represiva, un castigo que impone la ley y que determinan los jueces, a los responsables de una conducta ilícita penalmente.

El autor Fernando Castellanos Tena opina al respecto: "...la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedora a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena, ha quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del Jus

Puniendi); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, la posteriori, las penas conducentes. En éste último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa. En resumen punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas por la ley. (150)

Por su parte Sebastián Soler, opina que para que una conducta llegue a ser un acto punible, necesita ser "típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta". (151)

El maestro Carrancá y Trujillo nos dice: "...es de advertirse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada a la realidad de la vida, acción descrita por la ley, sino con la sólo amenaza de tal pena, con la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena se aplique o se deje de aplicar. Desde este punto de vista, la punibilidad es un elemento esencial de la noción jurídica del delito".(152)

Celestino Porte Petit manifiesta: "...la penalidad es un caracter del delito v no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7 del Código Penal define al delito como acto de omisión que sancionan las leyes penales, exige explícitamente la pena legal NULLA POENA SINE LEGE, pues tal afirmación es necesaria, que otra norma del total ordenamiento jurídico, lo enuncia en su artículo 14 Constitucional, como una garantía penal". (153)

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "...al definir el delito expresamos que un concepto substancial del mismo sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de estos se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico. antijurídico, culpable v punible. Dimos por tanto a la punibilidad el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito". (154)

Fontan Balestra dice: "...indudablemente es la pena, la más esencial característica del delito en cuanto lo distingue nitidamente de las demás acciones antijurídicas v culpables". (155)

Como podemos observar en las anteriores ideas, muchos autores consideran a la punibilidad como un

elemento esencial del delito y muchos no lo consideran así; nosotros por nuestra parte creemos que si la punibilidad aparece en todas las acciones que sanciona la ley penal, o sea, aparece en todos los tipos penales, entonces necesariamente tiene que constituir un elemento más del delito, la punibilidad. La conducta típica, antijurídica y culpable merece un castigo consistente en una pena que impone el Estado y aplican los jueces; ese castigo merecido constituye un escarmiento para el delincuente, es la forma en que repara su falta ante la sociedad, en la que se reivindicada, pues bien, ese merecimiento de la pena constituye la punibilidad y no es posible imaginar siquiera que la ley penal prevea una conducta delictiva y no la amenace con una pena; entonces como consecuencia, si la punibilidad se hace presente en todos los tipos penales, debe considerarse como un elemento más del delito y más aún como el más importante de los elementos, pues la represión con que responde el Estado a las faltas penales caracteriza precisamente a ésta rama del Derecho.

La penalidad en el delito de abuso de confianza, se encuentra en el artículo 382 de Código Penal para el Distrito Federal que dice: "...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".(156)

En las reformas al Código mencionado, de fecha 26 de Diciembre de 1981, y publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el día 29 de Diciembre de 1981, estableciéndose en lo que se refiere a la multa, un sistema aritmético, en base al salario, por esto debemos entender el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de que el juzgador fije la multa, esto se hizo, porque las multas fueran más acorde, al momento económico de imponerlas, ya que anteriormente a las reformas, y debido a la inflación económica del país, muchas veces esas multas resultaban irrisorias por el monto tan bajo al momento de su imposición y las personas que llegaban a ser castigadas con estas multas, no le daban la importancia debida.

Mariano Jiménez Huerta, nos dice en relación a la penalidad en el delito de abuso de confianza, que del mismo modo que en el delito de robo, se debe de tomar en cuenta el valor intrínseco del objeto de apropiación en función al día en que el delito es consumado, esto por las mismas razones que se hace en el delito de robo, y en

relación al delito de robo este autor señala: "La fijación del valor intrínseco del objeto robado debe hacerse en función al que tuviere el día del robo, sin tomarse en consideración el que hubiere tenido antes o el que pudiere tener despues. El artículo 369 dispone que "Para la aplicación de la sanción se dara por consumado el robo desde el momento en que el ladron tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. En cuanto la fijación del valor, asi como la multa impuesta, se tomara en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito". Y el artículo 369 bis dispone que para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este Titulo, se tomara en consideración el salario minimo general vigente en el momento y en el lugar en que se cometió el delito". (157)

#### K) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Como hemos venido analizando cada uno de los elementos constitutivos del delito y pudimos observar como cada uno de ellos tienen su aspecto negativo; pues bien, la punibilidad no es la excepción y su aspecto negativo son las Excusas Absolutorias.

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena en relación a este tema: "...en función de las excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición". y continúa este autor dándonos a conocer las especies más importantes de excusas absolutorias:

- A) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar;
- B) Excusa en razón de la mínima temibilidad;
- C) Excusa en razón de la maternidad conciente;
- D) Excusa por inexigibilidad.

Respecto a la primera clasificación nos dice que en virtud de la convivencia familiar, convierte en una copropiedad los bienes el patrimonio de familia, por lo

que no sería punible el robo entre familiares. pues sería inaudito castigar la desaparición de cosas propias. y toda vez que se ha considerado a la familia como el núcleo de la sociedad. castigar este tipo de conductas desfavorecería la unión familiar. pues sería negativo permitir que los hijos acudieran a los tribunales para acusar a sus padres o viceversa. Cabe declarar que al decir familia. solo se refieren a padres e hijos y deja fuera otro tipo de parentesco. En la actualidad va quedo derogada esta excusa.

En relación con la segunda, Fernando Castellanos Tena dice que la razón de la existencia de esta excusa absolutoria debe encontrarse en la muestra objetiva del arrepentimiento del sujeto activo y su mínima temibilidad.

Esta excusa atiende a las circunstancias que presenta el sujeto activo del delito, en relación a que si es la primera vez que comete un ilícito. si por ejemplo es un delito patrimonial. se atenderá al monto, etc.

La tercera clasificación nos dice que toda vez que no es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer. o cuando el embarazo sea resultado de una violación. se esta en presencia de una excusa

absolutoria en razón de la maternidad conciente y cita al autor González de la Vega, quien dice que la mujer es primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla. respecto al aborto, cuando el embarazo fue producto de una violación, acertadamente cita este autor a Cuello Calón, quien opina que nada puede justificar, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que recuerde para siempre la violación sufrida.

La última clasificación, o sea la de inexigibilidad, el autor Fernando Castellanos Tena dice que: "...el encubrimiento de parientes y allegados, verdadera excusa absolutoria fundada, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta. Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280 fracción II, y 151 del Código Penal del Distrito Federal. La primera alude a la excepción de la pena a determinados parientes de un homicida. si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadaver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto, si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas". (158)

Cualquiera que sea la naturaleza o la

razón de la excusa absolutoria, definitivamente debe tener su origen en la ley, siempre que el Código Penal nos señale los casos en que no será punible una conducta, estaremos frente a una excusa absolutoria, cuando la ley suprima el supuesto, automáticamente desaparece esa excusa absolutoria, por lo que demos considerar que siempre tendrá origen en la ley, todas las excusas absolutorias. Sin embargo, la razón de su existencia no obedece nada más que a utilidad social de omitir una pena, en vista de las consecuencias sociales que acarrearía su aplicación, lo cual hace aconsejable la imputabilidad de la acción que por otros conceptos sería inculpinable.

Franco Sodi nos dice en relación a las excusas absolutorias: "...son aquellas en que hay delito y delincuente pero no pena, en virtud del perdón expreso del legislador quien otorga éste por razones de utilidad social".(159)

Luis Jiménez de Asua, nos dice son excusas absolutorias: "... las que hacen que un acto típico antijurídico e imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de imputabilidad como también las llamadas VIDAL UTILITATES CAUSA".(160)

Si la utilidad pública es la razón por la cual no se impone una pena a conductas que de otro modo serían punibles por ser delictivas, se deduce que las excusas absolutorias, sólo podrán aparecer junto al delito que legalmente no se pena, es decir, en la parte especial de los códigos, que las señalan.

En conclusión podemos decir que las excusas absolutorias, constituyen la ausencia de punibilidad, y que encuentran necesariamente su origen en la ley y su razón de existir obedece a los valores sociales o de utilidad pública. Las excusas absolutorias a diferencia de otros elementos negativos del delito, estas dejan vivo el delito pero no hay pena, no puede ser castigada la conducta, por las razones que vimos anteriormente.

En el Código Penal del Distrito Federal, en los artículos que sancionan el abuso de confianza, no encontramos ninguna excusa absoluta. Por lo tanto siempre que se tipifique un delito de abuso de confianza éste será castigado o penado de acuerdo al artículo 382 y 385 del Código mencionado. Y en relación al artículo 384, en comentario en este trabajo, podemos decir que la penalidad será de acuerdo a lo que establece el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO.

- 51.- DICCIONARIO LAROUSSE ILUSTRADO, Ramón García Pelayo y Gross., Ed. Ediciones Larousse., México 1988., p.9.
- 52.- DICCIONARIO LAROUSSE ILUSTRADO., ob. cit. p. 259.
- 53.- DICCIONARIO DE LA LENGUA, obra citada en el Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas., Ed. Porrúa, S.A., Universidad Autónoma de México., P. 26.
- 54.- DE PINA VARA Rafael., Diccionario de Derecho., Ed. Porrúa, S.A., México 1988, p. 19.
- 55.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., Ed. Porrúa, S.A., México 1993., p. 126
- 56 .- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 126.
- 57 .- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1992., P. 63.
- 58 .- JIMENEZ HUERTA Mariano., Panorámica del Delito., México 1950. pp. 7 y 55. (1)

- 59 .- CASTELLANOS TENA Fernando., Lineamientos Elementales de Derecho Penal., Ed. Porrúa, S.A., Mexico 1981., p. 149.
- 60 .- PORTE PETIT Celestino., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal., Ed. Porrúa S.A., Mexico 1981., p. 160.(1)
- 61.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Tomo CII, p. 1050.
- 62.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 9.
- 63.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 152.
- 64 .- ISLAS Olga y RAMIREZ Elpidio., Lógica del Tipo en el Derecho Penal., México 1979., p. 69.
- 65.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 156.
- 66.- PAVON VASCONCELOS Francisco., Lecciones de Derecho Penal., Ed. Porrúa, S.A., México 1988., p. 188. (1)
- 67 .- ZAFFARONI Eugénio Raúl, Manual de Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988. p. 829.
- 68 .- JIMENEZ HUERTA Mariano., ob.cit., p. 95. (1)
- 69.- PORTE PETIT Celestino., Apuntamientos a la Parte General del derecho Penal., Ed. Porrúa, S.A. p. 335. (2)
- 70 .- JIMENEZ DE ASUA Luis., La Ley y el Delito., Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1978., p. 224. (1)
- 71 .- ANALES DE JURISPRUDENCIA, citada por Celestino Porte Petit en su obra Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal., Ed. Porrúa, S.A., México 1980.. p. 337.
- 72 .- ANTOLISEI, MAGGIORE. CUELLO CALON, citados por

Celestino Porte Petit en su obra Importancia Dogmática Jurídico Penal, Ed. Porrúa, S.A., México 1954., p. 440.

(3)

73.-JIMENEZ HUERTA Mariano., Derecho Penal Mexicano Tomo I., Ed. Porrúa, S.A., México 1981., pp. 105 y 106. (2)

74.- JIMENEZ HUERTA Mariano., ob. cit. p. 117. (2)

75 .- TRUJILLO CAMPOS Gonzalo., Relación Material de Causalidad en el Delito., México 1978. p. 14.

76.- ZAFFARONI Eugenio Raúl., ob. cit., p. 380.

77.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 162.

78 .- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 11.

79.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., pp. 163 y 164.

80 .- VILLALOBOS Ignacio., Derecho Penal Mexicano., Ed. Porrúa, S.A., México 1955., pp. 31 y 32.

81.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p.162.

82.- ZAFFARONI Eugenio Raúl., ob. cit., p. 380.

83.- PORTE PETIT Celestino., ob. cit. p. 35. (1)

84.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 163.

85 .- PAVON VASCONCELOS Francisco., Derecho Penal Mexicano., Ed. Porrúa México 1974., P. 165. (2)

86 .- CORTES IBARRA, Miguel Angel.. Derecho Penal.. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México 1987, pp. 304 a 305.

87.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit.. p. 325 y

326.(2)

- 88.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit. (2) p. 233.
- 89.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 164.
- 90.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit., pp. 305 y 306.
- 91.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 164
- 92.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 165.
- 93.- MEZGER Edmundo., Tratado de Derecho Penal., Revista de Derecho Privado., Madrid 1955., p. 365.
- 94.- VILLALOBOS Ignacio., ob. cit., p. 258.
- 95.- PORTE PETIT Celestino., Importancia Dogmatica Juridico Penal., Ed. Grafica Panamericana., México 1954., P. 254.(3)
- 96.- JIMENEZ DE ASUA Luis., La Ley y el Delito., Ed. A. Bello., Argentina 1945., p. 254. (2)
- 97.- FONTAN BALESTRA Carlos., Misión de Garantía del Derecho Penal., Ed. De Palma, Buenos Aires Argentina 1950., pp. 42 y 43.
- 98.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob.cit. p. 255. (2)
- 99.- CUELLO CALON Eugenio., Derecho Penal Tomo I. Parte General., Ed. Nacional, S.A. 9a. Ed., México 1961., p. 258.
- 100.- CASTELANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 172.
- 101.- MARQUEZ PINEIRO Rafael., Derecho Penal Parte General., Ed. Trillas, México 1986., pp. 226 y 227.
- 102.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit. (2), pp. 261 y 262.

- 103.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 173.
- 104.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl., Derecho Penal Mexicano Parte General., Ed. Porrúa, S.A., México 1988 16a. Ed., pp. 353 y 354.
- 105.- MEZGER Edmundo., Derecho Penal., Cárdenas Editor, México 1985., p. 131.
- 106.- PORTE PETIT Celestino, referencia citada por Francisco Pavon Vaconcelos en su obra Manual de Derecho Penal Mexicano., Ed. Porrúa., México 1974., p. 266.
- 107 .- MARQUEZ PINEIRO Rafael., Derecho Penal Mexicano Parte General., Ed. Trillas., México 1986., p. 193.
- 108.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 176.
- 109.- JIMENEZ HUERTA Mariano., La Antijuricidad., Imprenta Universitaria., México 1952., p. 9. (3)
- 110.- MARQUEZ PINEIRO Rafael., ob. cit. P. 194.
- 111.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit. (2), p. 274.
- 112.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. pp. 178 y 179.
- 113.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit. (2), pp. 273 y 274.
- 114.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit. (1), p. 184.
- 115.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit. p.p. 200 y 201.
- 116.- CASTELLANOS TENA Fernando.. ob. cit. 181.
- 117.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 11
- 118.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit., p. 203.

- 119.- PAVON VASCONCELOS Francisco., ob. cit. (2), p. 287.
- 120.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 11
- 121.- CUELLO CALON Eugenio. citado por Fernando Castellanos Tena., ob. cit. p. 203.
- 122.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATRIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. ob. cit. p. 11.
- 123.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 12.
- 124.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit., p. 314.
- 125.- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto., Sintesis de Derecho Penal. Parte General, Ed. Trillas, México 1986., p. 65.
- 126.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl., ob. cit., p. 429.
- 127.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit. (2), p. 444.
- 128.- VILLALOBOS Ignacio., ob. cit., p. 272.
- 129.- CUELLO CALON Eugenio Raúl., ob. cit., p. 290.
- 130.- MEZGER Edmundo., ob. cit., pp. 11 y 12.
- 131.- MARQUEZ PIÑEIRO Rafael., ob. cit., p. 239.
- 132.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit., p. 245.
- 133.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 239.
- 134.- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco., Código Penal Comentado., Ed. Porrúa, S.A., México 1987., p. 61.
- 135.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., pp. 236 y 237

- 136.- VILLALOBOS Ignacio., ob. cit., p. 315.
- 137.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit., p. 338.
- 138.- CUELLO CALON Eugenio Raúl., ob. cit., p. 393.
- 139.- MEZGER Edmundo., ob. cit., p. 171.
- 140.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit., (1), p. 480.
- 141.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 247.
- 142.- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto., ob. cit., p. 205.
- 143.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 253.
- 144.- FERNANDEZ DOBLADO Luis., Culpabilidad y Error., obra citada por Fernando Castellanos Tena en su obra Lineamientos Elementales del derecho., p. 254.
- 145.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 255.
- 146.- CASTELLANSO TENA Fernando., ob. cit., p. p. 263 y 264.
- 147.- PORTE PETIT Celestino., Importancia de la Dogmática Jurídico Penal., Ed. Porrúa, S.A., México 1982., p. 54.
- 148.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit., p. 425.
- 149.- CUELLO CALON Eugenio Raúl., ob. cit., p. 522.
- 150.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 267.
- 151.- SOLER Sebastian., Derecho Penal Argentino., Buenos Aires 1951, p. 240.
- 152.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl., Derecho Penal Mexicano Tomo I., Ed. Porrúa S.A., México 1987., p. 219.
- 153.- PORTE PETIT Celestino., ob. cit., (3), pp. 59 y 60.
- 154.- PAVON VASCONCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México 1974, p. 395. (3)
- 155.- FONTAN BALESTRA., Derecho Penal., Argentina 1949. p.

236.

156.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. ob. cit., p. 126.

157.- JIMENEZ HUERTA Mariano., Derecho Penal Tomo IV., Ed. Porrúa S.A., México 1986., p. 93.

158.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. pp. 273 y 274.

159.- SODI FRANCO., Nociones de Derecho Penal., Ed. Porrúa S.A., México 1950, p. 93.

160.- JIMENEZ DE ASUA Luis., ob. cit. (1), p. 433.

**CAPITULO IV .- APARICION DEL DELITO.****A) ITER CRIMINIS.**

El ITER CRIMINIS, no es otra cosa más que la vida del delito, el camino que recorre el delito para su consumación, el tiempo, desde que el sujeto lo idea en la mente y los pasos que realiza para llevarlo a cabo.

Como lo mencionamos en el capítulo respectivo, en los delitos culposos no existe la intención de causar un daño, en cambio cuando se da el dolo, el sujeto quiere y actúa voluntariamente para causar un daño. Desde el momento en que el delincuente le surge la idea de cometer un ilícito, hasta el momento en que lo convierte en realidad, existen una serie de actos, tanto internos como externos; esa serie de actos, ese encadenamiento de sucesos, reciben el nombre de Iter Criminis, o bien, "camino del crimen".

Fernando Castellanos Tena dice: "...el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta

como idea o tentación en la mente, hasta su terminación: recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama ITER CRIMINIS, es decir, camino del crimen. Los delitos culposos no pasan por esta etapa; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial.

La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. en consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por lo que requiere ésta de la resolución de actos voluntariamente encaminados al delito", continúa este mismo autor diciendo: "...el delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación".(161)

En la época medieval, es cuando surge la doctrina del ITER CRIMINIS, por los prácticos italianos, por lo que no fue conocida en el Derecho Romano, ya que al

principio, como lo señala Maggiore, no se hizo distinción alguna entre intención (affectus), y el resultado (affectus); todavía durante el imperio valía el principio IN MALE FICIIIS VOLUNTAS SPECTATUR NON EXITUS (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el resultado), sólo cuando se separaron los resultados crimina ordinario de los crimina extraordinem, se distinguió entre legitium perfectum y flagitium imperfectum, sobre éste construyeron los practicos la doctrina de la tentativa, y enseñaron que, salvo a los hechos atrocismos en que el conato se castigaba como delito perfecto conforme a la máxima de origen Romano, PUNITUR AFFECTUS ETIAM SI NON SEQUITUR (debe castigarse la intención aunque no se siga el resultado), en todos los demas casos de delito el conato debía representarse con penas inferiores".

(162)

El ITER CRIMINS posee dos fases, una interna consistente en: Idea criminosa o ideación. Deliberación y Resolución; y la otra etapa o fase es la externa que consiste en: manifestación, preparación y ejecución (tentativa o consumación).

La fase interna del ITER CRIMINIS, tiene tres etapas, como va lo vimos, que son, la idea criminosa, la deliberación y la resolución. Se le llama fase interna porque precisamente es el interior del individuo donde va a

desarrollarse: surge como una simple idea o tentativa en la mente del sujeto que puede ser aceptada o no por él mismo, si el sujeto la acepta y la fija en su mente, inmediatamente surge un debate interno, entre si lleva o no a cabo el delito, y empieza a valorar los pros y los contras de su comisión. a esta etapa se le llama Deliberación, pues el individuo valora sus necesidades de actuar y sus riesgos, o sea, delibera o decide que tanto le conviene llevar a cabo la conducta o no, en esta etapa de deliberación intervienen los principios morales, familiares y religiosos del sujeto y podría ser que aquí, en esta etapa, el individuo rechaza la idea, o bien la acepte, pasando así a la tercera y última etapa de la fase interna que es la Resolución, que es en donde el sujeto decide llevar a cabo su idea y entonces comienza a planear de que manera lo va hacer. Debemos observar que en ningún momento, el individuo ha exteriorizado su intención, solo ha llevado a cabo una serie de pensamientos y reflexiones en el interior de su mente, y como recordaremos, ninguna idea no exteriorizada puede ser castigada, o sea, que hasta este momento, el sujeto no ha cometido ningún delito, sólo posee el propósito de delinquir, y podría mencionarse en este momento, la máxima legal que dice: COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR, o sea, que las ideas no son punibles. Al respecto nos dice Maggiore: "...solo puede interesar a la conciencia moral religiosa como tentación o pecado de pensamientos. Para reprimirlo, sólo está llamado el sentimiento del deber y

de Dios. va que la resolución criminal. mientras permanece en la interioridad del alma no cae bajo la acción de la justicia penal, solamente cuando se manifiesta mediante confesión o iactancia, puede y debe interesar a la policía de seguridad y la ley aplica las medidas de seguridad pertinentes, ejemplo, la manifestación del pensamiento se traduce en alguna instigación aunque no sea acogida".(163)

Fernando Castellanos Tena dice: "...en frase que se ha hecho celebre, decía Ulpiano: "COGITATIONIS POENAN NEMO PATITUR" (nadie puede ser penado por sus pensamientos), y Rossi, el ilustre clásico, afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre, podra ser criminal, pero no podra ser encadenado...Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara, se disminuiría el numero de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es, cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio". Por su parte Francisco Carrara, el insigne clásico, sostiene que el ejercicio de la justicia está delgado. en virtud de que la lev del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre gracias a una coacción eficaz: pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abusos, no pueden

tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a Dios. Y cuando se dice que la ley penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que entregan el acto interno; pensamientos, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.

A lo anterior sólo agregaremos que la incriminación de las ideas, equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: Armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria".(164)

Si a lo anterior añadimos que mientras esa idea no salga del individuo, ni siquiera a través de la palabra o letra, no causa daño a nadie, independientemente de la dificultad que representaría en términos reales el poder probar a alguien que tuvo tal idea, resulta en una palabra, imposible de castigar la idea. Ahora bien si esa idea sale del individuo a través de una palabra o de unas letras, esto puede ya constituir una amenaza, conducta que si es punible.

Por lo tanto podemos entender que la fase interna del Inter Criminis, es algo real, pero no es punible.

La Fase Externa, se da también en tres etapas: Manifestación, Preparación y Ejecución (tentativa o consumación). La fase externa abarca entonces el momento en que el pensamiento sale del individuo, hasta el momento en que lo ejecuta.

Fernando Castellanos Tena dice:

"Manifestación.- es la idea criminosa que aflora al exterior, surge ya en el mundo de la relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto...Preparación.- Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asua que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente...Ejecución.- El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: Tentativa y Consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal".(165)

La manifestación es cuando el sujeto por cualquier medio, exterioriza su idea de cometer una conducta. Una vez hecha ésta manifestación, realiza la

preparación, para poder llevar a cabo su cometido, estos actos que hace para la preparación de un ilícito, no siempre son ilícitos también, por ejemplo; un sujeto compra un carro para poder cometer un delito y huir en él, el hecho de comprar un carro no implica un delito, pero si el sujeto roba un carro para cometer un asalto y huir, esto si implica un delito además de los que realice con el vehículo robado.

La preparación son aquellos actos previos que el sujeto realiza, antes de llevar a cabo la ejecución. En esta etapa, el sujeto prepara los medios de ejecución, para finalmente llegar al momento de la ejecución, que es la tercera etapa, culminando el Iter Criminis. Es cuando el sujeto comete el delito, pudiendo darse dos importantes aspectos: La tentativa o la consumación.

Actos Preparatorios.- Los actos preparatorios, son aquellos actos materiales e intelectuales que irremediablemente unen al individuo con el delito, constituyendo propiamente el comienzo de la ejecución de una conducta antisocial, castigada por el Estado.

El maestro Mariano Jiménez Huerta los define como: "...aquella parte del obrar humano que si bien incide en la parte exterior del delito por no implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple

resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia a lograr la intervención de otras personas que auxilién su ejecución, a asegurar la huida de los delincuentes y en general a la realización de los preambulos del delito".(166)

Respecto a la punibilidad de los actos preparatorios existen dos corrientes, las cuales opinan lo siguiente:

a) La Doctrina de la impunidad.- Es la Escuela Clásica, quien sostiene esta doctrina basada en los siguientes puntos:

I. Los actos preparatorios no constituyen de ninguna manera violación alguna a la norma penal. Pues el que compra una arma de fuego con la intención de matar a otra, no viola por ese sólo hecho el dispositivo legal, que ordena respetar la vida ajena, únicamente lo estará violando cuando intente disparar el arma contra el sujeto pasivo.

II. Los actos preparatorios, son la naturaleza indeterminada o equívoca, por no revelar por si mismos de un modo claro la intención del sujeto de cometer un

delito.

III. El castigo de los actos preparatorios pueden ser graves consecuencias para la seguridad jurídica que debe prevalecer en toda sociedad organizada, ya que daría lugar a muchas arbitrariedades de la autoridad judicial.

IV. Además de los actos preparatorios no deben ser castigados por causas de utilidad, ya que de esa manera se fomenta el desistimiento.

B) La doctrina de la Punibilidad.- Es la Escuela Positivista quien en contraposición a la Escuela Clásica sostiene esta doctrina, la que en orden a la punibilidad se pronuncia porque los actos preparatorios se les imponga una pena en virtud de que la sola realización de esos actos que tienden al logro de un fin criminoso, revela la existencia de una peligrosidad en el agente, por lo que no se debe dudar en la punición de los actos preparatorios.

Al respecto, opino que se debe de estar a lo que establece la ley: si en la preparación de un delito se comete otro distinto, entonces ese es el primero que hay que castigar. No es posible castigar a un sujeto que compra un vehículo. independientemente de que si lo compra para cometer

un delito. pero si debiera ser castigado si en vez de comprarlo lo roba. En general si el acto preparatorio constituye un delito debe ser castigado, por ese delito.

Opina el maestro Fernando Castellanos Tena: "...los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocentes en si mismos y pueden realizarse con fines licitos o delictivos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón para Cuello Calon, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. Por excepción, nuestro Código, sanciona algunos que por si mismos agotan el tipo relativo, más no significa que al exigirlos la ley en delito, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrinsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256, al establecer sanciones para los mendigos, a quienes se aprende con un disfraz, ganzuas, armas o cualquier otro instrumento que de lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Este precepto, sea dicho de paso, además de anacrónico, rompe el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamas pueden cometer el delito de referencia".

(167)

Cabe señalar que el artículo mencionado por el maestro Castellanos Tena, se encuentra derogado, por las razones señaladas por el mismo.

#### B) TENTATIVA.

La Tentativa consiste, en iniciar la ejecución del delito. sin que este pueda consumarse. Podría decirse que es una forma ilustrada de la ejecución del delito.

Luis Jiménez de Asua nos dice: "En cuanto a la terminología, a fines del siglo pasado la tentativa fue llamada CONATO o CONATUS, antecedente latino de ésta. Petrocelli afirma que el término conato acentúa en la acción el carácter de esfuerzo para el logro del fin, el cual incluso puede subsistir, pero no es esencial bastando que la acción cualquiera que sea el grado de energía con que emprende y conduzca, no se completa o alcance su afecto. Orotolan dice: "...que la tentativa viene de tentarse,

recuentativo de temere, palpar, poner la mano repetidamente, de ahí viene tentador, tentación, tentar como hecho de palpar, de poner las manos varias veces para excitar, para impulsar a alguien a hacer o no hacer. Así la tentativa es el hecho de haber puesto la mano en los actos externos, tendientes a la producción de un resultado (que la voluntad tiende a producir). Al respecto Nicolini afirma que la palabra tentativa deriva del verbo latino TENEÓ, cuyo significado es TENTUM Y TENSUN que denota esfuerzo de hacer. Brichetti piensa que la derivación más probable de "intentar" (tentare) es la del verbo latino TENDO, cuyo supino es también TENTUM o TENSUN, porque el significado del verbo tender, es el de esforzarse, dirigirse, tender, mientras el significado fundamental del verbo latino latino TENERE, es el de poseer, ocupar, por lo que su significación es estática a diferencia de TENDERE que es dinámica.

A pesar de que una de las acepciones del conato, que da el diccionario es forence (acto y delito que se empezó y no llegó a consumarse) parece un término anticuado y que se le ha dado como sinónimo a la tentativa y al atentado. De esta manera en Francia, Ortalam, dice, que el atentado no es otra cosa que tentativa, atentar no es más que intentar a pesar de ello el atentado se entendió siempre como emprender un crimen grande. Esto prueba que el atentado es tentativa de un crimen gravísimo. Sin embargo, es menos

aceptable llamar atentado a la tentativa, ya que no significa eso en nuestro idioma, pues equivale a atento o significa un delito de autoridad o el delito en contra de ella. Nicolini distinguió al atentado del conato, considerándolo conato de conato. No así Carrara, para él, son sinónimos las palabras atentado, conato y tentativa. Por su parte Battaglini dice que son diferentes, ya que el atentado es institución propia de la materia de los delitos políticos y comprende también los actos preparatorios como resulta de la diversidad de la fórmula usada".(168)

A este respecto Carrara opina: "...defino la tentativa (conato, atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce únicamente a un resultado criminoso, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar. También puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que por su naturaleza se hallaba en capacidad de producir la tensión de un derecho ulterior más importante que el que fue violado por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente con intención determinada y perseverante a la lesión del Derecho que resultó violado, sino solamente puesto en peligro".(169)

Fernando Castellanos Tena opina: "...la

tentativa difiere de los actos preparatorios; en estos no hay todavía hechos materiales que se penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución, y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Jiménez de Asua define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. Para Impallomeni, es la ejecución frustrada de una determinación criminosa.

Entendemos pues, por tentativa los actos ejecutados (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

El joven juspenalista Francisco Javier Ramos Bejarano, aclara que es preferible no hacer referencia sólo a la "ejecución", porque pudiera tomarse el vocablo con su sentido estricto y entonces no comprendería las omisiones. en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. Define esta como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se

consume por causas independientes del querer del agente". (170).

Ahora bien, una vez entendida la tentativa hay que hablar de las formas de la misma. La tentativa posee dos formas de ejecución:

A) Tentativa Acabada.- En esta forma de tentativa, el sujeto lleva a cabo todos los actos necesarios para la realización del ilícito, pero por causas ajenas a su voluntad, no se produce el resultado. A esta forma también se le conoce como delito frustrado.

B) Tentativa Inacabada.- Aquí el sujeto simplemente no acompleta los actos necesarios para la comisión del delito, por causas extrañas; hay una incompleta ejecución. En esta forma de tentativa cabe el arrepentimiento del sujeto activo.

En términos generales, la tentativa es castigada por el Estado, al establecer en el Código Penal en su artículo 12.- "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debiera producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendran en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos." (171)

Por otro lado si el sujeto cae en el arrepentimiento y voluntariamente suspende la ejecución del delito sin que haya alcanzado a cometer algun daño, entonces esta tentativa inacabada no sera punible, en virtud de que si no se comete ningún ilícito, no se daña a nadie, ni tampoco se percata persona alguna de esos actos, dicha conducta quedara como un secreto del agente.

La tentativa inacabada es punible cuando no se lleva a cabo la consumación por causas ajenas al querer del sujeto, de lo contrario no podra ser punible.

Francisco Pavón Vasconcelos, nos indica que son tres los elementos de la tentativa:

"a) Un elemento moral o subjetivo,

consiste en la intención dirigida a cometer un delito.

b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva; y

c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto". (172)

La Consumación.- Es la última etapa de la fase externa del Iter Criminis, la conducta del individuo penetra al tipo penal legal.

Algunos autores mencionan que denominar a la consumación como ejecución resulta errónea; así Bichetti, opina: "...ejecución y consumación son dos entes bien distintos; la ejecución representa al medio, el camino. el instrumento para la producción del delito, o sea, para el logro de un fin; la consumación representa el fin alcanzado". (173)

Dice el autor Eugenio Cuello Calón: "...cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección legal,

el delito ésta consumado". (174)

Pessina, se refiere a la consumación diciendo: "...la realización del propósito criminoso es una modificación que se lleva a la realidad exterior por la actividad humana, y significa que ocurre algo en consecuencia de la determinación volitiva, esto es, que se da una EVENTUS, sin el cual la cogitatio no llega a ser objetiva o real, como actio, cuando la fuerza de la voluntad impulsa la actividad orgánica en la dirección de un fin determinado que forma el contenido de una violación, se verifica un hecho que depende de nosotros y que consiste en dedicarnos a convertir en existencia objetiva el querer subjetivo; aquel esfuerzo nuestro constituye un conato. Para que una violación nuestra se traduzca en realidad de hechos y corresponde a las fuerzas externas que rodean nuestra fuerza orgánica y aquella violación que impulso al organismo se halla toda desenvuelta y realizada de tal modo que lo querido llega a ser cumplido.

Cuando nuestro empleo para tal fin alcanza su meta en la victoria de nuestra actividad logrará plenamente sobre las fuerzas circundantes, nuestro conato sera coronado por aquel momento exterior que lo completa, la acción ha llegado ADSUMMUN, está consumada, SUMMATA, porque la tensión de nuestras fuerzas han conseguido la realización de aquello que queríamos, y si el contenido de nuestra

violación ha sido una determinación del Derecho. un delito dado, el cumplimiento de la violación toma el nombre de MALEMCIUM SUMMATUM o consumación del delito". (175)

Por su parte Carranca y Trujillo opina que el delito consumado "es la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos que integran el tipo penal".(176)

Ahora bien, cabe mencionar lo que dice el artículo 7 del Código Penal: "...el delito es:

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

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; v

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conducta se viola el mismo precepto legal".(177)

Si bien es cierto que con la consumación se agota el tipo penal violado, también lo es que de acuerdo a nuestra legislación penal, esa consumación puede consistir en cualquiera de sus tres formas antes mencionadas.

Para Fernando Castellanos Tena la

consumación es: "...la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal". (178)

Von Hippel, opina: "... un delito se consuma cuando se produce el resultado externo (cambio en el mundo exterior) sino solo cuando el autor realiza el total de las características típicas; es entonces cuando se produce el resultado en sentido amplio".(179)

### C) CONCURSO DE DELITOS.

El concurso de delitos se da cuando un sujeto, realiza varias conductas delictivas. Miguel Angel Cortés Ibarra nos dice en relación a esto: "...es frecuente que el delincuente reitere la conducta ilícita violando la misma o diversa disposición legal, sin haber sido sancionado por tales delitos; otras veces, con una sola acción produce varias lesiones (jurídicas). En estos casos surge la figura denominada "concurso de delitos".(180)

Se llama concurso ideal o formal, cuando con una sola acción se producen varios resultados y se le llama concurso real o material cuando con varias acciones se producen varios resultados.

Nuestro Código Penal establece en el artículo 18: "...existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".(181)

Nos comenta el maestro Castellanos Tena: "...en ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y material.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico" -y continua el mismo autor- "...aparece el concurso ideal o formal si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal -y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto-, se advierte una doble o triple infracción. es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas afectando

consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Se pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal; tal ocurre si el individuo, con un disparo de arma de fuego, mata a un adversario, lesiona a un transeunte y daña la ajena propiedad; también cuando el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un pariente proximo tipificándose, además, el incesto, (respecto a éste último ejemplo, algunos consideran solo un delito: la violación).

El concurso ideal también se conoce con el nombre de acumulación formal o ideal. González de la Vega aclara que nuestro Código, no le llama acumulación ideal, probablemente para no confundirla con la acumulación real o concurso material, reservando la palabra acumulación sólo para éste último". Más adelante nos dice el mismo autor: "...si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguna de ellas, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relacion a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo, cometidos por el mismo sujeto)".(182)

Habrá que poner en claro, que porque un

sujeto, que tiene intención de privar de la vida a otro y le clava varias veces el puñal en el cuerpo, logrando con esto su objetivo, no estaremos frente a un concurso de delitos, sino que en este caso estaremos frente a un simple homicidio. El hecho de haber clavado varias veces el puñal, o sea, de haber realizado varios actos, no quiere decir que exista pluralidad de conductas, toda vez que por ir encaminadas a un mismo fin y haber sido cometidos esos actos en el instante del resultado, se considera como una unidad de conductas y de resultado, o sea, se engloban todos los actos (golpes con el puñal) en una unidad de conducta, por lo que no se considerará como un concurso de delitos, debe en ambos casos, de existir una pluralidad de delitos.

Dice el autor Pavón Vasconcelos, que para mejor comprensión del concurso de delitos debemos considerar las siguientes hipótesis:

- A) Unidad de conducta y de delitos;
- B) Pluralidad de conducta y unidad de delito (delito continuado);
- C) Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal); y
- D) Pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o material)".(183)

**D) PARTICIPACION.**

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, nos cometa lo siguiente de la participación: "...la participación es tan antigua, como el delito, las más viejas legislaciones la aceptaron.

Asi como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres con sus actividades, pueden infringir una sola norma. En el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo unidad en el delito con concurso de sujetos.

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos, y delitos colectivos o plurisubjetivos en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste unisubjetivo, cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho, solo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual, en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina, eventual o participación propia", más adelante continúa el mencionado autor: "...de lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: A) Unidad en el delito, y B) pluralidad de personas".(184).

Nos dice el maestro Miguel Angel Cortés Ibarra que son tres las fundamentales teorías que explican la participación:

"A) De la causalidad.- Esta teoría identifica a la participación con la causalidad. Todos los sujetos que intervienen en la ejecución del delito, concurren poniendo una condición para la producción del resultado. La responsabilidad es proporcional a la intensidad del influjo causal.

B) De la autonomía.- Se afirma en la pluralidad de delitos. Cada conducta es violatoria material y psíquicamente de la ley penal. Todos los participantes

ponen una causa eficiente en la producción del resultado, siendo responsables en forma independiente. La obra de cada uno se aprecia en forma autónoma, desvinculada de las demás. De aquí se induce que la irresponsabilidad del autor, no lleva consigo la irresponsabilidad de los cómplices.

C) De la accesoriedad.- Parte de la concepción monista. Admite la existencia unitaria del delito, asignándole al ejecutor material el carácter de autor principal y de partícipes accesorios a los colaboradores (cómplices) que en cualquier forma cooperan en la realización del delito. Así, por ejemplo, el inductor no sería castigado aunque pusiera su mayor empeño en la investigación, si el ejecutor material del delito desiste de realizarlo, y el cómplice que contribuye a la preparación del delito quedará o no impune, según los actos que realice el actor principal".

(185)

Nuestro Código Penal establece en su artículo 13: "...son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización:
- II. Los que realicen por sí;
- III. Los que la realicen conjuntamente;
- IV. Los que 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 a una promesa anterior al delito; y

VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quienes de ellos produjo el resultado". (186)

Por su parte Fernando Castellanos Tena, nos dice: "...autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio los delincuentes accesorios o cómplices, son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Llámase autor al que pone una causa suficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no solo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los

autores intelectuales.

Si alguien ejecuta por si solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originaron, reciben el nombre de coautores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyan secundariamente, su intervencion resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler, entre otros, habla de autores mediatos, para señalar aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecucion material del delito de sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediano no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento.

Maggiore, clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el grado, la participación puede ser principal y acesoria: mientras la primera se refiere a la consumacion del delito, la segunda atiende a su preparacion.

b) Según la calidad, la participacion puede ser moral y fisica, comprendiendo la primera tanto la

instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca como subclases: El mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

c) En razón del tiempo, la participación es anterior si el acuerdo es previo a la comisión del delito, y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada participante; con comitante, si la temporalidad está reflejada al instante mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previsto, y

d) Según su eficiencia, la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, va sea que este exija o no, para la comisión, el concurso de personas.

La participación es moral, cuando atiende el carácter psíquico o moral de la aporte del autor principal; es física si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay instigación, dice Soler, cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través pero de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo." La determinación o

provocación se da cuando el sujeto unicamente aprovecha la idea ya existente en otro realizando acto o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillararlo a la ejecución del delito.

El mandato existe, cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior, con abuso de su autoridad. La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo es la "instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito, para la exclusiva utilidad y provecho del instigador". La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados". (187)

En relación al encubrimiento, podemos decir que esta figura, como ya se mencionó, que de acuerdo al artículo 13, fracción IV de nuestro Ordenamiento Punitivo, se considera un grado de participación, pero con fundamento en el artículo 400, se le da también el carácter de delito autónomo.

Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa, al que:

I. Con animo de lucro, despues de la ejecucion del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibio la cosa en venta, prenda, o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilicita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibio tenia derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

II. Preste auxilio o cooperacion de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito:

III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV. Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes: v

V. No procure, por los medios licitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que se van a cometerse o se estan cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este articulo o en otras normas aplicables..."(188)

Por lo que hace al pandillerismo podemos comentar brevemente que no es un delito autónomo, sino una forma para cometer otros delitos, y que provoca un aumento en la penalidad de aquéllos; el pandillerismo se entiende: "la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen algún delito", esta definición es de acuerdo al artículo 164 bis del ordenamiento punitivo del Distrito Federal.

En el pandillerismo opera el concurso necesario de personas. Esta figura se diferencia de la asociación delictuosa, únicamente en que está última, si está organizada necesariamente para delinquir.

El maestro Fernando Castellanos Tena, cita en su libro al autor Carranca y Trujillo, quien opina sobre las muchedumbres delincuentes: "...mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictivos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogeneo: en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario del que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los perversos y

antisociales: se produce un proceso de sujeción de miembro a miembro, por el que la idea de delito termina por triunfar". mas adelante nos dice: "...citando al juspenalista Mariano Jiménez Huerta, señala la existencia de un fondo de inferioridad en la psicología de las masas: Actúan por tendencias y simpatías y no por lógica y análisis, con predominio de la vida afectiva sobre el razonamiento:, y casi para finalizar con el comentario agrega: "...no saben nunca exactamente lo que quieren, pero sí lo que odian o niegan y están dispuestos a destruir". (189)

Las muchedumbres no se consideran como una forma especial de codelinuencia, por no integrar los elementos propios y esenciales de la figura en estudio, sin embargo, resulta interesante citarla y descubrirla en esta parte del estudio, por su similitud con dicha figura

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO IV. APARICION DEL DELITO.

- 161.- CASTELLANOS TENA Fernando.. Lineamientos Elementales de Derecho Penal.. Ed. Porrúa, S.A., México 1982., pp. 275 y 276.
- 162.- MAGIGIORE Giuseppe.. Derecho Penal Tomo II., Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1956., p. 65.
- 163.- MAGGIORE Giuseppe., ob. cit. p. 54.
- 164.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 277.
- 165.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 279.
- 166.- JIMENEZ HUERTA Mariano., La tipicidad., Edición 1955., pp. 135 y siguientes.
- 167.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., pp. 278 y 279.
- 168.- JIMENEZ DE ASUA Luis., Tratado de Derecho Penal Tomo VII., Ed. Losada, Buenos Aires 1977., pp. 387 y 388.
- 169.- CARRARA Francisco., Programa de Derecho Criminal, Volumen I, Traduc. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1971., p.
- 170.- CASTELLANOS TENA Fernando.. ob. cit., p. 279.
- 171.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.. Ed. Porrúa S.A., México, 1992., p. 10.
- 172.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.. Manual de Derecho Penal

- Mexicano.. Ed. Porrúa S.A., México 1974. p. 417.
- 173.- BRICHETI. Autor citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra *La Ley y el Delito.*, Ed. A. Bello, Caracas 1954., p. 536.
- 174.- CUELLO CALON Eugenio., citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra *La Ley y el Delito.*, p. 536.
- 175.- PESSINA Enrique, citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra *La Ley y el Delito*, Ed. Revs S.A., Madrid 1936, pp. 466 y 467.
- 176.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl., *Derecho Penal Mexicano Parte General.*, Ed Porrúa S.A., México 1980.. p. 669.
- 177.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 7
- 178.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 279.
- 179.- VON HIPPEL, autor citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra *Tratado de Derecho Penal Tomo VII.*, Ed. Losada, Buenos Aires 1977., p. 965.
- 180.- CORTES IBARRA Miguel Angel., *Derecho Penal.*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987, p. 433.
- 181.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit. p. 13.
- 182.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit. p. 296.
- 183.- PAVON VASCONCELOS Francisco.. ob. cit. p. 460.
- 184.- PAVON VASCONCELOS Francisco.. ob. cit.. p. 436.

- 185.- CORTES IBARRA Miguel Angel., ob. cit. pp. 457 v 458.
- 186.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERON COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., p. 10.
- 187.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 286 a 288.
- 188.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., ob. cit., pp. 134 y 135.
- 189.- CASTELLANOS TENA Fernando., ob. cit., p. 292.

**CAPITULO V.- DERECHO COMPARADO.****A) DIVERSAS LEGISLACIONES ESTATALES DE MEXICO.**

Como ya sabemos, nuestro país es una federación, por lo cual cada estado que lo integra tiene la facultad de emitir sus propias leyes locales, que no podrán ser contrarias a las leyes federales: en este orden de ideas, cada estado tiene su propio Código Penal que será aplicado dentro del territorio del estado que lo emite y para los delitos de competencia del fuero común, y en lo que respecta a los delitos del orden federal que se cometan en dichos estados, resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Código Penal para el Distrito Federal relativas a los delitos del mencionado orden por ser éste obligatorio para toda la República en materia de fuero federal. Respecto al tipo penal en estudio, nos encontramos que no todas las legislaciones penales estatales lo prevén.

En casi todas las legislaciones estatales podemos apreciar que en su elaboración han tomado como referencia a las leyes y códigos del Distrito Federal.

mostrando sutiles diferencias en relacion a las costumbres y necesidades de la entidad de que se trate y resulta interesante realizar una comparación entre las legislaciones penales estatales más importantes, con el Código Penal en vigor en el Distrito Federal, para observar de que forma se refieren a la descripción contenida en el dispositivo legal materia del presente estudio, o bien si en su caso lo omiten. A continuación me permito analizar algunos Codigos Estatales.

#### ESTADO DE MEXICO.

A fin de poder realizar un estudio comparativo del articulo 384, del Codigo Penal para el Distrito Federal, con otras legislaciones punitivas, transcribire a continuación el citado articulo:

"Articulo 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 esta disponga de la misma conforme a la ley".(190)

El Código Penal vigente para el Estado de

México, fue publicado el día 16 de Enero de 1986, en la Gaceta del Gobierno, siendo gobernador del Estado el Licenciado Alfredo del Mazo G., siendo este Código más reciente que el Código Penal para el Distrito Federal que es del año de 1931.

El Código de este Estado señala en el Título Cuarto, Delitos contra el Patrimonio, Capítulo III, Abuso de Confianza, y en los artículos 313, 314 y 315 el tipo y sanción del delito mencionado.

Así el artículo 313 tipifica el delito de abuso de confianza genérico, el cual a la letra dice: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le hubiese transmitido la tenencia y no el dominio, se le impondrán las siguientes penas:...." (191).

Esta ley punitiva comparada, no contempla el tipo específico de abuso de confianza, a que nos referimos en este trabajo: no se hace mención alguna en relación a la ilegítima posesión de la cosa retenida, a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho para hacerlo, por lo tanto podemos decir que hay una ausencia del tipo penal específico en estudio, respecto a la legislación estatal a que me refiero, es decir, que el

legislador no sintió la necesidad de plasmar el tipo de manera específica, y encuadra la comisión de tal conducta dentro de los supuestos que se contemplan para los delitos patrimoniales, dejando a criterio del juzgador su clasificación atendiendo a las circunstancias especiales en la comisión del injusto de referencia; en mi opinión pienso que, los legisladores que elaboraron éste Código contemplaron que no era necesario plasmar específicamente éste delito, en virtud de que el artículo en estudio, es un artículo un tanto complicado en su descripción y por lo tanto en la adecuación de la conducta al tipo penal, por las razones que más adelante expondre en las conclusiones de éste trabajo.

#### ESTADO DE PUEBLA.

El Estado de Puebla, le da a su Código Punitivo el nombre de Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, este hecho no tiene ninguna importancia, debido a que el derecho penal, también recibe la denominación de Derecho de Defensa Social, pero el maestro Fernando Castellanos Tena hace una crítica de ésta denominación, diciendo lo siguiente: "La connotación Derecho de Defensa Social. es equivocada: todo el Derecho y no sólo el

penal se dicta para la defensa de la sociedad. Los breves lineamientos apuntados reafirman el criterio correcto, en el sentido de usar la expresión Derecho Penal".(192)

El Código en comento comenzó a regir a partir del día 10. de Enero de 1987, siendo Gobernador del Estado Guillermo Jiménez Morales, señala en la Sección Tercera, Capítulo XVIII, los tipos penales de Abuso de Confianza, en los artículos 396 al 401.

En el Código de éste Estado encontramos que en el artículo 398, que a la letra dice: "No se sancionará como abuso de confianza, la simple retención de la cosa recibida, cuando no se haga con el fin de apropiársela, o de disponer de ella como dueño".(193)

Este dispositivo legal, menciona en el artículo de referencia una excluyente de responsabilidad, (antijuricidad) en relación a que no se deberá castigar a una persona, por la simple retención de la cosa, sólo cuando el tenedor realice actos de dominio sobre ella. en mi opinión es acertada la redacción del citado artículo, ya que no se trata de sancionar cualquier negativa de entregar la cosa, sino aquella en la cual el tenedor se niega a devolverla, porque lo que pretende es que ésta ingrese a su patrimonio, como ya lo mencione en otra parte de este trabajo, la

disponibilidad de las cosas la debe de ejercer el dueño o propietario, y el tenedor sólo puede tener el uso y goce de la cosa pero no puede disponer de ella como si fuera el dueño, ya que esta le fue dada temporalmente, pero nunca se le transmitió el dominio.

De la lectura del artículo anterior, entendemos que cuando el sujeto manifieste con una determinada conducta que pretende ejercer actos de dominio sobre la cosa, entonces si se tomará la conducta como un abuso de confianza, porque la persona sabe de antemano que está no le pertenece, y que si solamente existe una negativa para su devolución, no se tipificará la conducta como un abuso de confianza, pero si la conducta desplegada por el sujeto demuestra que este, se está comportando como el verdadero dueño, esta conducta deberá ser tipificada y sancionada como un abuso de confianza.

Podemos apreciar que mientras el Código del Distrito Federal, describe un tipo penal por la retención de una cosa, el Código de éste Estado marca, una excluyente de responsabilidad cuando sea una simple retención, y que nuestro Código no hace mención alguna de que no se encuadrará la conducta cuando suceda esta situación.

**ESTADO DE MORELOS.**

El Código del Estado de Morelos, es una legislación, emitida con anterioridad a las dos similares, mencionadas anteriormente, siendo está del año de 1945. Así esta ley punitiva en el Capítulo III, referente al Abuso de Confianza, en el Título Decimo Noveno, que se denomina como Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio, en los artículos del 382 al 386, menciona lo referente a este tipo penal.

En el artículo, 385 de ésta legislación estatal, describe el tipo de abuso de confianza, previsto en el artículo 384 de la Ley punitiva a que nos referimos en éste trabajo, transcribire en seguida, el artículo 385 del Código Penal para el Estado de Morelos:

"ARTICULO 385. Se reputa como abuso de confianza la ilegítima retención de la cosa recibida, si el tenedor o detentador de ella no la devuelve a pesar de haber sido requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad, para que está disponga de la misma conforme a la ley".(194)

De la simple lectura de los dos artículos comparados, podemos apreciar que, el artículo 384, del Código del Distrito Federal dice "...la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor...", y el 385 del ordenamiento señalado dice: "...la ilegítima retención de la cosa recibida si el tenedor o detentador...". En mi opinión las diferencias que se dan entre uno y otro artículo, no tienen ninguna importancia, ya que las palabras que son utilizadas entre ambos, tienen un mismo significado, por lo que claramente se entiende, que la esencia del tipo penal descrito es igual, entre los Códigos comparados. En mi opinión considero que simplemente se trata de un juego de palabras, pero el sentido del artículo es el mismo.

#### ESTADO DE GUERRERO.

El Código Penal de éste Estado de la República Mexicana, entro en vigor el día 10. de Diciembre de 1986. es un Código, que en comparacion. con el del Distrito Federal y el de otras Entidades. cuenta con sólo 289 artículos.

Este dispositivo legal, solo tiene 2 articulos en relación al tipo de abuso de confianza, v son el 169, que tipifica el delito mencionado en forma genérica, y su penalidad; y el 170, que es el delito en forma especifica, en lo que se refiere a la disposición indebida, por parte del legitimo poseedor, sin tener derecho para hacerlo.

De igual manera que en los Codigos penales del Estado de Mexico, v el del Estado de Puebla, existe una ausencia del tipo penal en relación al delito, previsto por el articulo 384 del Codice Penal para el Distrito Federal.

Como ya lo mencione anteriormente, si no existe la descripción del tipo penal en la legislación, se produce una ausencia en el tipo, esta ausencia no siempre es perjudicial, va que los legisladores consideraron que era más conveniente no incluir este tipo penal en su legislación local, por ser una conducta complicada en su encuadramiento, y además de que en el momento en que se produzca dicha conducta ésta será encuadrada, en otro tipo penal, si descrito.

## ESTADO DE DURANGO.

El Código de este Estado, comenzo ha regir en el año de 1983, y del artículo 203, al 207, describe las conductas relativas al abuso de confianza y la penalidad correspondiente.

En relación al artículo en estudio en este trabajo, encontramos que éste Estado si lo describe de la siguiente forma: "artículo 205.- Se aplicaran las mismas sanciones del abuso de confianza a quien requerido en forma indubitable, retenga la cosa que estuviere obligado a entregar si la hubiera recibido por un titulo gratuito o precario que produce la obligación de entregar o devolver".(195)

La primera diferencia que encontramos entre los dos artículos en comento es que, el Código del Estado de Durango, dice que la cosa debe ser requerida en forma indubitable, con esto podemos entender que el requerimiento de entrega, se puede hacer con testigos, o en forma escrita, o por alguno de los medios de comunicación que existen en la actualidad como es el fax, telegrafo, telex, etc., que se pueda comprobar por cualquier medio, y que no exista duda de que fue requerido para la entrega, que ha

diferencia del tipo penal motivo de este trabajo. que dice que debe ser un requerimiento formal, pero no especifica que se entiende por "formalmente", y aqui quedaria la duda si al hacer el requerimiento por alguno de los medios antes señalados, el juzgador considera que estos sean formales.

La segunda diferencia que se da entre los dos articulos comparados, es que en el articulo 384 del Código Penal para Distrito Federal, es omiso en señalar la forma por la cual el sujeto activo se hizo llegar a la cosa a su poder, sin embargo el articulo 205 del Estado mencionado dice claramente que el tenedor haya recibido la cosa a traves de un titulo gratuito o precario. Si la cosa es dada a traves de un titulo gratuito debemos entender que es en calidad de prestamo. a titulo precario, dice la Guia de Diligencias Basicas para el Ministerio Publico que: "...la cosa mueble ajena haya sido entregada al sujeto activo en posesión precaria, esto es, simple tenencia material y no juridica".(196)

En mi opinion, del estudio del articulo 384 del Código del Distrito Federal en comparación con el articulo 205 del Código de Durango, considero que éste último articulo comentado es más completa la descripción del tipo penal, en virtud de que describe cual fue la forma en que se dio la cosa, teniendo obligacion de devolverla o entregarla a

su legitimo poseedor o propietario.

### ESTADO DE ZACATECAS.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano del Estado de Zacatecas, entro en vigor en el año de 1986, que en el Título Decimo Octavo, relativo a los Delitos Contra el Patrimonio, Capitulo III, señala los artículos relativos al abuso de Confianza, que son 335, 336. 337, y 338.

Asi el articulo 337, describe el tipo penal de abuso de confianza por la retención de la cosa, el cual transcribire a continuacion: "Artículo 337.- Se aplicaran las mismas sanciones del abuso de confianza a quien requerido formalmente, retenga la cosa que estuviere obligado a entregar si la hubiere recibido por un titulo gratuito o precario que produzca la obligación de entregar o devolver, o cuando la cosa debe entregarse a resultas de una resolución firme de autoridad competente". (197)

El articulo citado anteriormente, primeramente señala la forma de requerir la cosa: esto es

que sea formalmente. como va lo mencione en capitulos anteriores, el articulo 384 delCodigo Penal para el Distrito Federal tambien dice que la forma de realizar el requerimiento es formal, pero no especifica a que se refiere con "formalmente", la Guia de Diligencias Basicas para el Ministerio Publico dice: "Que se le requiera formalmente la entrega de la cosa, por quien tenga derecho a la posesión de la misma"...Continúa más adelante: "...este requerimiento, por otra parte, puede ser judicial, notarial o ante testigos. En todo caso, deberá acreditarse este extremo".(198)

Para que una conducta pueda ser encuadrada en este tipo penal en estudio, se debe de comprobar que al sujeto activo se le ha hecho el requerimiento de entrega de la cosa, claro siempre por su legitimo poseedor o por quien demuestre tener derecho para hacerlo, acompañado de una autoridad judicial, notario o simples testigos que no dejen lugar a dudas que le llevado a cabo esta petición y hubo una negativa de la entrega de la cosa mueble.

De igual manera que el Código del Estado de Durango, este articulo describe la forma en que la cosa llega a poder del sujeto activo, siempre teniendo la obligación de devolverla a quien originalmente se la entrego o a quien demuestre tener derechos para hacerlo. Esta

aclaración hace mas facil entender el tipo penal en comento, ya que nuestro Código distrital, es omiso en señalar la forma en que llegó la cosa retenida a manos del retenedor.

Asimismo se aprecia en su redacción en el último parrafo del artículo del Código de Zacatecas, y en el estudio comparativo que se hace de ambos preceptos jurídicos, que el Código de Zacatecas, establece que la cosa también deberá entregarse a resultas de una resolución firme de autoridad competente, lo cual no contiene el Código del Distrito Federal, y que deja ver claramente que ya se siguió un procedimiento judicial previo, donde se resolvió que el tenedor debe devolver la cosa, a su legitimo dueño o a quien tenga derechos sobre la misma, ya que el tenedor haciendo un uso abusivo de la cosa, no la devuelva a su legitimo poseedor, e inclusive habiendo una resolución firme de autoridad competente se sige negando a devolverla, y con esta conducta se tipificara el tipo legal contenido en el parrafo referido, que a diferencia del Código del Distrito que sólo señala que el tenedor no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley, que son dos conceptos muy diferentes, ya que lo que señala el Código del Distrito Federal, es cuando el tenedor de la cosa no sabe a quien tiene que devolverla y para no incurrir en el tipo legal descrito, la entrega a la autoridad para que ella

disponga conforme a la ley.

## B .- DIVERSAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

### ESPAÑA.

El Código penal español que ha regulado la vida punitiva de este país en los últimos años, fue promulgado en el año de 1944, haciéndose diferentes modificaciones a través de "Leves", introduciendo tipos penales acordes con las costumbres, circunstancias económicas e históricas del país, pero el 23 de diciembre de 1961, se ordena a través de una ley, al Gobierno la publicación de un texto revisado en el cual se contenga todas las modificaciones desde la promulgación del texto refundido de 1944, esta revisión total ordenada era propiamente la promulgación de un nuevo Código.

Este país como en algunas otras legislaciones; por ejemplo la italiana, y las de algunos países latinoamericanos. al tipo penal de abuso de

confianza le dan la denominación de APROPIACION INDEBIDA, por que consideran que el abuso de confianza es una circunstancia que el sujeto activo aprovecha para realizar la conducta delictuosa, la conducta se da por el abuso que hace el agente apropiarse la cosa.

Este Código señala en el Capítulo IV. De Las Defraudaciones, Sección Cuarta, De la Apropiación Indebida, Artículo 535 que a la letra dice: "Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero. efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro". (199)

Como podemos apreciar, el Código Español es omiso en tipificar el abuso de confianza o como se denomina en ese ordenamiento, apropiación indebida, de la retención indebida de la cosa dada en forma precaria: el mencionado Código sólo tipifica la apropiación indebida en forma generica: tampoco señala el abuso de confianza, que realiza el legítimo dueño o propietario del mueble, por tener

algun impedimento legal, esto es que este embargada o la tiene en carácter de depositario judicial, prevista dicha conducta en nuestro ordenamiento en el artículo 383, fracción I; o la prevista en la fracción II del artículo mencionado, que se refiere al abuso de confianza del depositario judicial designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo; o el de la fracción III, del abuso de confianza que comete una persona que haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado.

Así podemos apreciar que el Código Español no da mucha importancia a la tipificación de este delito, al señalarlo en una forma muy somera. Cabe aclarar que el código en comento, señala una conducta que la describe como: "negaren haberlos recibido", no es lo mismo que señala el artículo en estudio en este trabajo, ya que de acuerdo al artículo 384 de nuestro ordenamiento legal se refiere a la retención de la cosa dada, aquí el sujeto activo reconoce tener la cosa, negandose a devolverla o entregarla a su legítimo poseedor, el código comparado dice que el sujeto activo niega haber recibido la cosa, siendo esta una conducta distinta a la estudiada.

En el último párrafo de este artículo en comento, encontramos la conducta que se tipifica al que

encuentre un bien. y se lo apropie con animo de lucro, esto es, que lo ingrese a su patrimonio, del mismo modo considero que esta conducta tampoco no es igual a la descrita en el último párrafo del artículo 384, de nuestro ordenamiento, va que este ultimo mencionado dice: "...o no la entrega, a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley", en mi opinion considero que el sentido de este parrafo no es que la persona se haya encontrado el bien, sino que simplemente no sabe a quien tiene que devolverlo.

En conclusión la conducta descrita en el artículo 384 de nuestro ordenamiento, es una conducta que no se encuentra descrita de manera especifica en el Código Penal Español.

#### COLOMBIA.

En este pais sudamericano, encontramos en su Código Penal en el Libro 2o. titulo 14, Capitulo V, la descripción de la conducta del abuso de confianza el cual comprende solo 2 artículos; el 358, que describe el abuso de confianza en forma generica y el artículo 359 que señala las circunstancias de agravación punitiva. los cuales a la letra

dicen: "Art. 358.- Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno a cinco años y multa de un mil a cien mil pesos.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad." (200).

"art. 359.- Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el hecho se cometiere:

1o.) Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad públicas, y

2o.) En caso de depósito necesario."

(201)

En este ordenamiento punitivo, en comparación con el nuestro encontramos que esta legislación omite describir el tipo penal en estudio en este trabajo, que describe la conducta del sujeto que retiene una cosa de la cual tiene la obligación de devolver a su legítimo poseedor, a pesar de ser requerido para la entrega de la misma. Como ya se manifestó anteriormente éste código solo se limita a mencionar la figura del tipo de abuso de confianza en forma genérica.

**ARGENTINA.**

El Código Penal de la República de Argentina, en el capítulo IV, lo denomina de Estafas y Otras Defraudaciones. En este código en comento encontramos que no hay un capítulo específico que hable del tipo penal del abuso de confianza.

El artículo 172 del ordenamiento citado que a la letra dice: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, al que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".  
(202)

En este artículo podemos ver que la forma de mencionar la frase abuso de confianza, lo hace como una situación circunstancial de la realización de la conducta que en ese país la denominan de la defraudación, más no lo hace como una conducta independiente, tal y como lo maneja nuestro código penal, el cual deberá contar con todos sus elementos para encuadrar en una conducta penal la cual podrá

ser sancionada.

En el artículo 173, fracción 2a. la cual a la letra dice: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación, sufrirán la pena que él establece:...Fracción 2a. 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;...". (203)

En este artículo podemos observar que la descripción típica del delito materia del presente trabajo, bien pudiera considerarse dentro de los casos que consideran especiales de defraudación, en la legislación comparada, y no como un tipo especial de la manera en que lo describe nuestra legislación penal.

### C) JURISPRUDENCIA.

A continuación me permito transcribir algunas tesis Jurisprudenciales que se han emitido en relación al delito de abuso de confianza:

## ABUSO DE CONFIANZA, CUANDO SE CONSUMA.-

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

Quinta Epoca: Tomo LI, Pag. 1029. Acevedo Lopez Luis.

1a SALA Apéndice de Jurisprudencia 1975 SEGUNDA PARTE, Pag. 4, 2a Relacionada de la JURISPRUDENCIA "ABUSO DE CONFIANZA", tesis 2, Pag. 3. (204)

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.- Los tres elementos que constituyen la figura delictiva denominada abuso de confianza son: la entrega de la cosa, en virtud de la confianza o de un contrato que no transfiere el dominio; que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno, y que el acusado disponga de los fondos, para otros objetos distintos de los indicados.

sabiendo que no le pertenecian.

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

1a. SALA Apéndice de Jurisprudencia 1975 SEGUNDA PARTE.  
Pag. 6, 1a. Relacionada de la JURISPRUDENCIA "ABUSO DE  
CONFIANZA DEL MANDATARIO", tesis 3, Pag. 5. (205)

ABUSO DE CONFIANZA, ELEMENTOS DEL DELITO  
DE. NO LO ES EL MONTO DE LO DISTRAIDO.- Los elementos  
integradores del delito de abuso de confianza son tres a).-  
Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud del  
contrato sin transferir el dominio: b).- Que la confianza se  
haya alcanzado con fin distinto que el de disponer de lo  
ajeno, y c).- Que se haya dispuesto de la cosa; ilícito que  
no puede desintegrarse si hay omisión respecto del monto  
distruido, por no ser elemento del tipo; con mayor razón,  
si es el propio abusario quien lo precisa.

Amparo Directo 498/1974. Alfonso Arevalo Fonseca.  
Mayo 2 de 1974. 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

1a. SALA Séptima Epoca, Volumen 65. Segunda Parte, Pag.  
13. (206)

## 651 ABUSO DE CONFIANZA, PRESUPUESTO

TECNICO 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 poseida 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 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; otro tanto sucede con el doméstico e incluso con el porteador. El hecho de que tanto al doméstico como al dependiente se les tenga confianza y que

a virtud de un acto de carácter delictivo revele 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 unicamente 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 dinero lo hacen a virtud de la naturaleza de su empleo pero no porque se les dé un poder sobre la cosa.

Amparo directo 3384/80.-Jerónimo Navarro Alonso.-2 de octubre de 1980.-5 votos.- Ponente: Fernando Castellanos Tena.

1a. SALA Séptima Epoca, Volumen Semestral 139-144, Segunda Parte, Pág. 9.

1a. SALA Informe 1980 SEGUNDA PARTE, tesis 3, Pág. 3. (207)

1673 ABUSO DE CONFIANZA Y ROBO. DIFERENCIAS. POSESIONES DERIVADAS Y PRECARIA.- Mientras que el poseedor derivado que dispone del bien comete el delito de abuso de confianza, el precarista lo ejecuta es un robo; una directriz correcta para diferenciar al precarista del poseedor derivado, es la que predica que mientras el primero

(precarista) tiene dentro de su esfera el objeto a virtud de un acto jurídico, cuya materia principal es una prestación personal en relación con el dueño del mismo, en el segundo poseedor derivado, el bien llega a poder de quien se convertirá em activo, a virtud de un acto jurídico cuyo objeto principal está constituido por un comportamiento en relación con el objeto; tal es el caso de un obrero empleado en un taller, los instrumentos que usa para el desempeño de su trabajo, no tienen porque ser considerados como poseidos en forma derivada, si no a título precario.

Amparo directo 2590/1971. Fernando Pedrín Avilés.  
Noviembre 24 de 1971. 5 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Alvarez.

1a. SALA Séptima Epoca, Volumen 35, Segunda Parte, Pag.  
13. (208)

49 ABUSO DE CONFIANZA, delito de.  
Legislacion de Chihuahua.- Si bien esa Entidad conserva en el articulo 365 del Código Penal el antiguo principio de que no se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa cuando no se haga con el fin de apropiársela, no es necesario, para integrar el delito, que se llegue al acto de disposición: basta probar la simple finalidad, única aludida por el citado dispositivo. máxime cuando el acusado al fin

dispone de la cosa cuestionada, v aunque esto se realice con fecha posterior a la iniciación del proceso, viene a confirmar la finalidad de apropiación, que ya las autoridades habian presupuesto.

Directo 2938/1953. Heberto Esquer Miranda.  
Resuelto el 4 de abril de 1956, por unanimidad de 5 votos.  
Ponente Mtro. Ruiz de Chávez. Srio. Lic. Manuel Sánchez Esponda.

1 a. SALA.-Boletín 1956. Pag. 295 (no publicada oficialmente, queda solo como teoria juridica). (209)

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO V. DERECHO COMPARADO.

- 190 .- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A., México. 1994, p. 160 .
- 191 .- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO, Editorial Porrúa, S.A., México. 1992, pp. 110 y 111.
- 192 .- CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal., Editorial Porrúa, México 1982. p. 20.
- 193 .- CODIGO DE DEFENSA SOCIAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA, Editorial Porrúa, S.A., México 1989. pp. 99 y 100.
- 194 .- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS, Editorial Sista, S.A de C.V., México 1993. p. 65.
- 195 .- CODIGO PENAL Y PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE DURANGO, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, p. 55.
- 196 .- DILIGENCIAS BASICA PARA EL MINISTERIO PUBLICO, Editado por la Procuraduria General de Justicia del Distrito Federal, México 1990, p. 79.

- 197 .- CODIGOS PENAL Y PROCESAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS..  
Editorial Porrúa, S.A.. México 1992. p. 111.
- 198 .- GUIA DE DILIGENCIAS BASICAS PARA EL MINISTERIO  
PUBLICO, ob. cit. p. 79.
- 199 .- CODIGO PENAL ESPAÑOL. Comentarios y Jurisprudencia por  
Mariano Gomez de Liaño v Cobaleda. Benjamin Gil Sáez, José  
Moina Mengez. Magistrados y Presidente del Tribunal  
Superior., Editorial Coles, Barcelona España 1989., pp. 387  
y 388.
- 200 .- CODIGO PENAL DE COLOMBIA. Editorial Temi. Libreria  
Bogota Colombia. 1980., p. 109.
- 201.- CODIGO PENAL DE COLOMBIA., Ob. Cit. p. 109.
- 202 .- CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA., Editorial  
Casa Editora e Impresora Rodriguez Giles. 920-Castro-922  
Buenos Aires, Argentina, p. 345.
- 203 .- CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA, Ob.cit. p.  
345.
- 204 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA

CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1974-1975, Segunda Edición, Quinta Parte Actualización IV Penal, Editorial Mayo Ediciones S. de R.L., México 1985, p. 9.

205 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1974-1975, Segunda Edición, Quinta Parte, Actualización IV Penal, Editorial Mayo Ediciones S. de R.L., México 1985, p. 10.

206 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Octava Parte, Actualización VII Penal. 1980-1981, Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L. México 1987, p. 9.

207 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Octava Parte, Actualización VII Penal. 1980-1981, Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L. México 1987, pp. 10 v 11.

208 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Octava Parte, Actualización VII Penal. 1980-1981, Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L. México 1987, pp. 11 y 12.

209 .- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1955-1963, Volumen Penal,

Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L.. Segunda Edicion. Mexico  
1979, p. 14.

**CONCLUSIONES.**

Despues de haber analizado e investigado, sobre el abuso de confianza especifico en el articulo 384 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, podemos concluir que es:

1.- Es un delito de comision por omisión, en virtud de que existe una conducta de omisión, de no hacer, al negarse a devolver la cosa, reteniendola indebidamente produciendo un resultado material.

2.- Es un delito unisubsistente, en relacion a que la acción no se puede fraccionar en varios actos.

3.- En relación al daño causado, es un delito de lesión, ya que se afecta directamente el patrimonio del sujeto pasivo.

4.- Es un delito instantáneo, por que su consumacion se produce en el momento en que el sujeto activo se niega a devolver la cosa.

5.- Es un delito que puede ser unisubjetivo o plusubjetivo, ya que en su consumación puede intervenir uno o varios sujetos.

6.- Por lo que hace al sujeto pasivo, este puede ser una persona física o moral.

7.- El dolo, que puede aparecer en esta conducta delictuosa, es cuando el sujeto recibe la cosa sin la intención de devolverla cuando le sea requerida.

8.- En cuanto a la forma de persecución, es un delito que se persigue por querrela de la parte ofendida.

9.-La penalidad de este delito, se toma en base al artículo 392 del Código comentado, que señala la penalidad para el delito de abuso de confianza específico, y es de acuerdo al valor intrínseco que tiene la cosa en el momento de su consumación, y que está sera de: "...con prision 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 prision sera 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 sera de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario".

10.- La tutela juridica. es sobre el patrimonio. sobre cosas muebles.

En mi opinion. la conclusión que hago en relación a este tipo penal descrito en el articulo 384. es un tanto compleja en su redacción en virtud, de que dice: que el sujeto activo del delito debe tener una ilegítima posesión de la cosa. que deberá entregar a su legítimo dueño o poseedor. pero no se menciona en que momento surge la ilegítima posesión. obviamente entendemos que el sujeto pasivo le dio la posesion en forma legitima al sujeto activo. pero en que momento surge la ilegítima posesión del bien. está se puede dar por asi convenirlo las partes en el momento de la entrega especificando cuando se tiene que hacer la devolucion, y habiendo transcurrido el termino determinado el sujeto activo no devuelve la cosa; otra opción puede ser que al no haber un termino determinado para devolverla. la ilegítima posesion se presentará en el momento del requerimiento. vemos que el articulo en estudio es omiso en señalar en que momento surge la ilegítima posesión. porque está no puede ser de origen. porque estaríamos en presencia de un robo u otro tipo de delito. pero no abuso de

confianza.

Considero que la descripción de este tipo penal en nuestro Código punitivo, debería de ser modificado en su redacción, donde se describiera porque motivos tiene el tenedor la cosa, y como surge esa ilegítima posesión.

Además, se debería especificar en calidad de que entrega la cosa el dueño o poseedor al sujeto activo, porque nunca se menciona en el artículo motivo de este trabajo, como debió hacerse llegar la cosa al sujeto activo, como es el caso de los Códigos Penales de los Estados de Durango y de Zacatecas, que menciona, que la cosa fue entregada al través de título gratuito o precario, o a resultas de una resolución firme de autoridad competente. En mi opinión considero que el artículo en comento debería ser modificado a fin de que se especifique las formas por las cuales puede hacerse llegar la cosa al sujeto activo.

Otro punto que en mi opinión considero debería ser más claro es en relación al "requerimiento": va que sólo se menciona que este debe ser formal, pero no especifica en que consista, por lo tanto considero que se debería mencionar como deberá ser el requerimiento: judicial, notarial o ante simples testigos, o por algún otro medio que en la actualidad existen a nuestro alcance.

Ahora bien, en el último párrafo del artículo en estudio de éste trabajo, considero que tampoco es muy claro al mencionar que se considerará tipificado como abuso de confianza la conducta por la cual un sujeto no entregue la cosa que tenga en su poder, y desconosca a quien se la tiene que devolver, deberá entregarla a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley; en éste supuesto, considero que se debería especificar en que circunstancias se deberá hacer esa entrega a la autoridad, las cuales podrían ser señalando hasta un determinado monto del valor de la cosa. Así también, es necesario mencionar a que autoridad se refiere, que podría ser el representante de la sociedad.

## BIBLIOGRAFIA.

- CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.
- CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México. 1982.
- CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.
- CARDENAS Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo. México 1982.
- CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal, Volumen I. Editorial Temis. Bogotá. 1971.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo I. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1987.
- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ. LLAVE DE 1869. Leyes Penales mexicanas. I.N.C.I.P.E., Tomo I. México, 1979.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERON COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A., México. 1993.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERON FEDERAL.

- Editorial Porrúa. S.A. México. 1993.
- CODIGO DE DEFENSA SOCIAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA, Editorial Porrúa, S.A., México. 1989.
- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO. Editorial Porrúa. S.A., México. 1992.
- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS. Editorial Sista. S.A. de C.V., México, 1993.
- CODIGO PENAL Y PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE DURANGO, Editorial Porrúa. S.A., México, 1988.
- CODIGO PENAL Y PROCESAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS. Editorial Porrúa. S.A., México, 1992.
- CODIGO PENAL DE COLOMBIA. Editorial Temi. Bogotá Colombia, 1980.
- CODIGO PENAL ESPAÑOL. Editorial Coles. Barcelona España 1989.
- CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA. Editorial Casa Editora e Impresora Rodriguez Giles. Buenos Aires Argentina.
- CORTES IBARRA Miguel Angel. Derecho Penal Editorial Cardenas Editor v Distribuidor. México. 1967.
- CUELLO CALON Eugenio. Derecho Penal Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1953.
- CUELLO CALON Eugenio. Derecho Penal Tomo I. Parte General. Editorial Nacional. S.A. México. 1961.
- DE PINA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. México 1961.
- DILIGENCIAS BASICAS PARA EL MINISTERIO PUBLICO. Editado

por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México. 1990.

FONTAN BALESTRA Carlos. Derecho Penal. Argentina 1949.

FONTAN BALESTRA Carlos. Misión de Garantía del Derecho Penal. Editorial de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1950.

GARCIA RAMOS PELAYO y GROSS. DICCIONARIO NUEVO LAROUSSE. México 1991.

GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. Derecho Penal Mexicano. México 1982.

GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. Código Penal Comentado, México 1988.

GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. Los Delitos. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México.

ISLAS Olga Y Elpidio Ramirez. Lógica del Tipo en el Derecho Penal. México. 1979.

JIMENEZ DE ASUA Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Argentina. 1945.

JIMENEZ DE ASUA Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Argentina. 1978.

JIMENEZ DE ASUA Luis. Tratado de Derecho Penal Romo VII. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina 1977.

JIMENEZ HUERTA Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Editorial Porrúa, S.A. México 1981.

JIMENEZ HUERTA Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV.

México 1986.

JIMENEZ HUERTA Mariano. La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. México 1952.

JIMENEZ HUERTA Mariano. La Tipicidad. Edición 1955.

JIMENEZ HUERTA Mariano. Panorama del Delito. Mexico, 1950.

Macedo Miguel. Discurso pronunciado por Valentin Gómez Farias y citado por el autor mencionado.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1974-1975. Segunda Edición, Quinta Parte, Actualización IV Penal. Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1985.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1980-1981. Octava Parte, Actualización VII. Penal. Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1987.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1955-1963. Volumen Penal. Segunda Edición. Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1979.

MAGGIORE Giuseppe. Derecho Penal Tomo II. Editorial Temis. Bogotá Colombia., 1956.

MARQUEZ PIÑEIRO Rafael. Derecho Penal Parte General. Editorial Trillas. México. 1986.

MEZGER Edmund. Tratado de Derecho Penal. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

MEZGER Edmund. Derecho Penal. Editorial Cárdenas Editor v Distribuidor. México 1985.

- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto. Sintesis de Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México 1986.
- PAVON VASCONCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal. Editorial Porrúa. S.A. México. 1974.
- PAVON VASCONCELOS Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A.. Mexico. 1988.
- PAVON VASCONCELOS Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. Mexico. 1974.
- PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1981.
- PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Mexico. 1980.
- PORTE PETIT Celestino. Evolución Legislativa Penal en México.
- PORTE PETIT CELESTINO. Importancia Dogmatica Juridico Penal. Editorial Porrúa. S.A.. Mexico. 1982.
- PORTE PETIT CELESTINO. Importancia Dogmatica Juridico Penal. Editorial Porrúa. S.A.. Mexico, 1954.
- ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil Tomo II, (Bienes. Derechos v Sucesiones). Editorial Porrúa, S.A. 1990.
- SODI Franco. Nociones de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A.. Mexico. 1950.
- SOLER Sebastian. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires. Argentina 1951.
- SOTO ALVAREZ Clemente. Derecho v Nociones de Derecho Civil.

Editorial Limusa 1981.

TRUJILLO CAMPOS Gonzalo. Relación Material de Causalidad en el Delito. México, 1978.

VILLALOBOS Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1955.