

887

28j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

FALLA DE ORIGEN

**EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO
DE CONFIANZA**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ARTURO TIRADO HERNANDEZ**

ASESOR : LIC. ALEJANDRO DELINT GARCIA



MEXICO, 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

Cd. Universitaria, 7 de marzo de 1995.

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

El C. ARTURO TIRADO HERNANDEZ, ha elaborado su tesis profesional en el Seminario de Derecho Penal a mi cargo, bajo la dirección del Lic. Alejandro Delint Garcia, - intitulada: EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA"- con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado - en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llamo a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para -- las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.



A t e n t a m e n t e .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

**Entonces entenderás justicia, juicio
Y equidad, y todo buen camino.
Cuando la sabiduría entrare en tu corazón
Y la ciencia fuere grata a tu alma,
La discreción te guardará y
Te preservará la inteligencia.**

Proverbios 2: 9, 10 y 11

INTRODUCCION.

El delito de abuso de confianza genérico es una figura delictiva prevista y sancionada por nuestro Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal. Encuentra su causa en el *furtum romano* y al devenir del tiempo llega a constituirse en Europa y después en México como un delito autónomo e independiente, referente al robo y fraude genérico.

¿Cómo podemos diferenciar estos delitos?, ¿Porqué en la práctica se presentan tantas dificultades a nivel procuración y administración de justicia para encuadrar adecuadamente una conducta o hecho al delito de abuso de confianza genérico?, ¿Cuál es el sentido que debemos proporcionarle a la expresión: "...transmisión de la tenencia y no el dominio"?

De acuerdo a las enseñanzas doctrinales y competencia adquirida hasta este momento hemos comprendido que hace falta esclarecer debidamente los parámetros y limitantes entre las figuras delictivas ya enunciadas. Por lo que la tesis que se expone para su estudio y crítica pretende comunicar al lector algunas estructuras que pueden ser adoptadas y consecuentemente servir como una expresión relativa a la contribución del encuadramiento de una conducta o hecho determinada única y exclusivamente al delito de abuso de confianza genérico.

Las directrices propuestas pueden ser discutidas, analizadas y , porque no, desarrolladas posteriormente por juristas que deben estar interesados en que se pueda precisar sin temor a equivocarse cuándo se transmite la posesión derivada de una cosa mueble y cuándo estamos ante la presencia de la mera detentación material de la misma. Coligiéndose una enorme ayuda en la procuración y administración de justicia, conteniendo en oposición de la impunidad engendrada por la impericia del copioso grupo de gentes al cual no le concierne más que la realización de sus cotidianas labores y de la misma modalidad en auxilio de aquellas que muestran un constante espíritu de superación.

Esta modesta labor, es un deseo sincero para percibir la imprescindible y adecuada regulación de nuestros conceptos jurídicos utilizados, en particular de la posesión derivada que tantos dolores de cabeza origina al aplicarse al abuso de confianza genérico, todo como el producto de la evolución del derecho en sus conceptos y origen idéntico.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES.

1.1 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Roma.....	1
A) Origen etimológico de la palabra furtum	
B) Elementos del furtum	
1.1.1 La apropiación de la cosa.....	2
1.1.2 El furtum y las cosas muebles.....	4
1.1.3 La apropiación de lo ajeno encaminada al enriquecimiento ilegítimo.....	4
1.1.4 La apropiación indebida y el daño causado.....	5
1.1.5 Procedimiento para la persecución de los hurtos.....	6
1.2 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Francia.....	10
1.2.1 Código Napoleónico.....	10
1.3 Antecedentes históricos del abuso de confianza en México.....	12

CAPITULO II

LA POSESION

2.1 Origen etimológico de la palabra posesión.....	20
2.1.1 Doctrina de Savigny.....	20
2.1.2 Definición de Savigny sobre la posesión.....	21
A) La posesión como una relación o estado de hecho	
B) El poder o la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva sobre la cosa	
C) La existencia del animus domini o el animus rem sibi habendi	
2.2 Teoría de Ihering sobre la posesión.....	26
2.2.1 Crítica a la teoría de Savigny.....	26

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES.

1.1 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Roma.....	1
A) Origen etimológico de la palabra furtum	
B) Elementos del furtum	
1.1.1 La apropiación de la cosa.....	2
1.1.2 El furtum y las cosas muebles.....	4
1.1.3 La apropiación de lo ajeno encaminada al enriquecimiento ilegítimo.....	4
1.1.4 La apropiación indebida y el daño causado.....	5
1.1.5 Procedimiento para la persecución de los hurtos.....	6
1.2 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Francia.....	10
1.2.1 Código Napoleónico.....	10
1.3 Antecedentes históricos del abuso de confianza en México.....	12

CAPITULO II

LA POSESION

2.1 Origen etimológico de la palabra posesión.....	20
2.1.1 Doctrina de Savigny.....	20
2.1.2 Definición de Savigny sobre la posesión.....	21
A) La posesión como una relación o estado de hecho	
B) El poder o la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva sobre la cosa	
C) La existencia del animus domini o el animus rem sibi habendi	
2.2 Teoría de Ihering sobre la posesión.....	26
2.2.1 Crítica a la teoría de Savigny.....	26

A) La teoría de la posibilidad como base de la posesión	
B) El animus domini	
2.2.2 Teoría de Ihering u objetiva.....	33
2.3 Doctrina de Raimundo Salelles sobre la posesión.....	37
2.3.1 Definición del corpus, según R. Salelles.....	37
A) Requisitos para constituir el corpus	
B) Definición del animus	
C) Definición de la posesión, según R. Salelles	
D) Clasificación de las teorías posesorias según R. Salelles	
2.4 La regulación jurídica de la posesión en los Códigos Civiles Mexicanos.....	42
2.4.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	42
2.4.2 La detentación o posesión precaria, determinada por los Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	46
2.5 Actual regulación de la posesión en el Código Civil para el Distrito Federal de 1932.....	50
2.5.1 Artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal de 1932.....	50
2.5.2 Artículo 791 del Código Civil para el Distrito Federal de 1932.....	52
A) Posesión originaria y derivada	
2.5.3 Diferencias entre el poseedor derivado y el tenedor o detentador de la cosa.....	53
2.5.4 Definición de la posesión, según el Código Civil para el Distrito Federal de 1932.....	54
A) Crítica de Oscar Morineau al artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal	

CAPITULO III

DIFERENCIAS ENTRE EL ABUSO DE CONFIANZA CON EL ROBO Y EL FRAUDE GENERICO.

3.1 Los presupuestos.....	60
3.1.1 Clasificación de los presupuestos.....	60
3.1.2 Los presupuestos generales del delito.....	61
3.1.3 Los presupuestos especiales del delito.....	62
3.1.4 Los presupuestos especiales de la conducta o hecho.....	63
3.2 Los presupuestos especiales del delito y la transmisión de la tenencia.....	64

3.2.1 La transmisión de la tenencia.....	64
3.2.2 Entrega de la cosa y entrega de su custodia.....	67
3.2.3 La autonomía del poseedor derivado.....	69
A) Transmisión de la posesión a otra persona	
3.2.4 El presupuesto del delito de abuso de confianza.....	72
3.2.5 Contratos o actos jurídicos que transmiten la posesión derivada de un bien mueble.....	73
3.3 Diferencias entre los delitos de robo, abuso de confianza y fraude genérico.....	84
3.3.1 Regulación jurídica del robo, abuso de confianza y fraude genérico.....	84
3.3.2 Procedimiento para la ejecución de los delitos.....	86
A) Formas para la realización de los delitos	
3.3.3 El momento de adquisición de la cosa.....	92
3.4 Robo cometido por dependiente, doméstico, etc.....	97
3.4.1 Artículo 381 del Código Penal para el Distrito Federal.....	97
3.4.2 Robo agravado o abuso de confianza.....	98

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

4.1 Clasificación del delito de abuso de confianza.....	103
4.1.1 En función de su gravedad.....	103
4.1.2 Según la forma de conducta del agente.....	104
4.1.3 Por el resultado.....	105
4.1.4 Por el daño que causan.....	106
4.1.5 Por su duración.....	106
4.1.6 Por el elemento interno o culpabilidad.....	108
4.1.7 Delitos simples y complejos.....	109
4.1.8 Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.....	109
4.1.9 Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.....	110
4.1.10 Por la forma de su persecución.....	111

4.1.11 Delito común o federal.....	112
4.1.12 Clasificación legal.....	112
4.2 La conducta o hecho.....	113
4.2.1 El sujeto activo en el delito de abuso de confianza.....	114
4.2.2 El sujeto pasivo en el delito de abuso de confianza.....	115
4.2.3 El objeto material y jurídico en el delito de abuso de confianza.....	116
4.2.4 El nexo de causalidad entre la conducta y el resultado material producido.....	116
4.2.5 Ausencia de la conducta.....	118
4.3 Tipicidad.....	121
4.3.1 Clasificación del tipo de abuso de confianza.....	121
4.3.2 Por su ordenación metodológica.....	123
4.3.3 Por su autonomía o independencia.....	123
4.3.4 Por su formulación.....	123
4.3.5 Por el daño que causan.....	124
4.3.6 Ausencia de tipo y atipicidad.....	124
4.4 La antijuricidad.....	125
4.4.1 La antijuricidad según Carlos Binding o Normwidrigkeit.....	125
4.4.2 Norma y cultura. La Kulturwidrigkeit de Max Ernesto Mayer.....	126
4.4.3 La antijuricidad formal y material.....	127
4.4.4 Causas de justificación o exclusión del delito.....	128
A) El estado de necesidad	
B) Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber	
C) El consentimiento del ofendido	
4.5 Imputabilidad.....	132
4.5.1 Inimputabilidad.....	135
4.6 Culpabilidad.....	138
A) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad	
B) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad	
4.6.1 Formas de la culpabilidad.....	139

4.6.2 Inculpabilidad.....	142
A) Error	
B) Obediencia jerárquica	
C) Eximentes putativas	
D) La no exigibilidad de otra conducta	
4.7 Condiciones objetivas de punibilidad.....	149
4.8 Punibilidad.....	149
4.8.1 Excusas absolutorias.....	150
4.9 La vida del delito o itercrimínis.....	151
4.10 Participación.....	151
4.11 Concurso de delitos.....	154
Conclusiones.....	155
Bibliografía.....	164

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

1.1 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Roma

Los juristas romanos llamaron *furtum* al delito consistente en apropiarse de cosas ajenas, en esta figura delictiva encuentran sus orígenes las concepciones jurídicas modernas del robo, fraude y abuso de confianza.

Teodoro Mommsen¹ realizó una clasificación de las clases de *furtum*:

- 1º "Hurto en general y , sobre todo , de bienes privados.
- 2º Hurto entre cónyuges (*actio rerum amotarum*)
- 3º Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*)
- 4º Hurto de cosechas
- 5º Hurto cualificado en la época imperial
- 6º Hurto de herencias"

A) La palabra *furtum*, etimológicamente deriva del griego *fur*, que significa "el que lleva algo" y *furtum*, "la sustracción y lo sustraído"
En Roma únicamente tenía aplicación penal y su significado era el de "apropiación ilegítima"

¹Teodoro Mommsen, Derecho Penal Romano, Bogota 1991, Pág 457.

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

1.1 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Roma

Los juristas romanos llamaron *furtum* al delito consistente en apropiarse de cosas ajenas, en esta figura delictiva encuentran sus orígenes las concepciones jurídicas modernas del robo, fraude y abuso de confianza.

Teodoro Mommsen¹ realizó una clasificación de las clases de *furtum*:

- 1º "Hurto en general y , sobre todo , de bienes privados.
- 2º Hurto entre cónyuges (*actio rerum amotarum*)
- 3º Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*)
- 4º Hurto de cosechas
- 5º Hurto cualificado en la época imperial
- 6º Hurto de herencias"

A) La palabra *furtum*, etimológicamente deriva del griego *fur*, que significa "el que lleva algo" y *furtum*, "la sustracción y lo sustraído"
En Roma únicamente tenía aplicación penal y su significado era el de "apropiación ilegítima"

¹Teodoro Mommsen, Derecho Penal Romano, Bogotá 1991, Pág 457.

La primer ley que se encargó de regular el furtum fue la Ley de las Doce Tablas, la cual estableció que el pretor urbano ordenara las acciones, se prohibía la usucapión de lo hurtado.

B) Los elementos que integran el furtum, eran los mismos en tratándose de cosas privadas, así como para las diversas clases de furtum enunciadas anteriormente:

- 1.- La apropiación de la cosa o tocamiento, manoseo.
- 2.- Cosas muebles.
- 3.- El enriquecimiento ilegítimo del que la lleva a cabo.
- 4.- La apropiación indebida solo era punible cuando hubiera causado algún daño a un tercero en sus bienes.

1.1.1 La apropiación de la cosa.

En términos jurídicos también se le llamó tocamiento, manoseo: *attrectare*, *contrectare*, *attingere*, para el hurto se utilizaban las palabras *amovere*, *aufferre*, *tollere*, *expilare*, *compilare*. Si en el hurto se usaba violencia estaba la voz *rapere*. En el caso de la apropiación clandestina se empleaban los términos *intercipere*, *intervertere*, *avertere*, *in rem suam vertere*.

Los romanos sustituyeron la voz manoseo por el de eustracción ya que el derecho no castigaba la tentativa de hurto, por lo que se estimó

conveniente anticipar el elemento de la consumación al hecho de tocar la cosa, aún cuando no se la hubieran llevado.

En el concepto de "tocamiento" eran valederas las reglas sobre detentación y posesión por lo que todo acto que lograra la tenencia de la cosa era equiparable al manoseo o tocamiento configurando el furtum privado. Si por un hecho determinado la persona tenía la cosa en calidad de poseedor o tenedor de la misma no se le podía considerar como delincuente (ladrón), sino que este debía apoderarse de ésta con posterioridad y conciencia de que delinquía.

Todo manoseo que se hiciera después sobre la cosa robada se juzgaba como hurto repetido, lo cual fue de gran importancia para determinar el valor de lo hurtado.

"Se reputaba haber apropiación de una cosa, no solo cuando se apoderaba alguno de las que se hallarán en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitara delictuosamente en el derecho que de usarlas les correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a un tercero la posesión o tenencia de alguna cosa, y el poseedor no hiciera de esta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer"²

²Derecho Penal Romano, Ob Cit, Pág 459

Los actos mediante los cuales debía cometerse el furtum eran:

- 1.- A través del apoderamiento de una cosa mediante el uso de la fuerza.
- 2.- La apropiación clandestina de la cosa.

A fines de la República se le daba el nombre de furtum exclusivamente a la apropiación de las cosas por la fuerza.

1.1.2 El furtum sólo podía recaer sobre cosas muebles

Se incluían aquellas cosas que estuvieran separadas de los inmuebles, los hombres libres que se hallaban en propiedad de alguna persona o sometidos a la potestad doméstica.

Las cosas no sometidas a propiedad, no podían ser objeto de furtum, verbigracia: las cosas sin dueño o las mujeres no sujetas a la patria potestad.

1.1.3 La apropiación de lo ajeno debía estar encaminada al enriquecimiento ilegítimo del sujeto activo del delito.

El hurto existía cuando el agente tuviera conciencia de lo ilícito en su proceder, aún cuando desconocía a la persona cuyos derechos violentaba.

La idea de enriquecimiento, "debía tomarse en un sentido amplio, tal era el requisito del dolo punible, característico del hurto, y por el cual se distinguía del daño en las cosas (damnum iniuria) y ofensa personal (iniuria)"³

1.1.4 La apropiación indebida sólo era punible, cuando hubiera causado algún daño a un tercero en sus bienes.

La apropiación indebida sobre bienes muebles particulares, de los dioses o del Estado, se fundaba en el hecho de haber sufrido el sujeto pasivo un daño en sus bienes contra su voluntad y no en la culpabilidad moral del delincuente, por lo que no había furtum sin daño.

Por lo que hace a la tentativa, la consumación del apoderamiento se realizaba en el momento en que el ladrón tocaba la cosa, no requiriendo llevársela.

La acción de hurto se interponía contra todo el que hubiera cometido la apropiación indebida de un bien mueble, aún contra el propietario o poseedor de ésta, cuando al apropiársela causaran perjuicio al derecho real de alguien como: el poseedor de buena fe o simple tenedor de la misma.

³Derecho Penal Romano, Ob Cit. Pág 461

La acción de hurto podía ser presentada por las siguientes personas:

1.- El propietario de la cosa hurtada. Su derecho de entablar la acción desaparecía cuando un tercero solvente presentara fianza por el hurto y el primero hacía uso de ésta.

2.- El tenedor de algún derecho real sobre la cosa.

3.- El poseedor de buena fe, al de mala fe se le negaba ese derecho aún cuando tuviera interés en el hurto.

4.- El detentador de la cosa robada, siempre que de la tenencia le resultara alguna ventaja o de su pérdida perjuicio.

1.1.5 Procedimiento para la persecución de los hurtos sobre bienes privados así como la penalidad establecida para éstos casos.

No se trataba de castigar a los sujetos activos de éste delito en base a su culpabilidad moral, sino en la satisfacción debida al sujeto pasivo.

Un trámite preparatorio del procedimiento en el hurto consistía en la realización de un registro doméstico en busca del objeto robado. El sujeto pasivo previamente debía describir con exactitud la cosa que iba a buscar. Las Doce Tablas formalizaron dicho registro: la persona robada vestida con un delantal (licium) y llevándo un plato (lanx) en la mano, hacía un registro en la casa donde sospechaba podía encontrarse el objeto robado. Con posterioridad se solicitaba el registro doméstico ante el Magistrado, el cual designaba a un sujeto del tribunal para que participara con el sujeto pasivo en sus pesquisas.

El hurto de bienes particulares era uno de los delitos perseguidos a instancia de parte, se castigaba con la pena de muerte, según el derecho de guerra de los tiempos de la República. Todavía las Doce Tablas admitieron un doble procedimiento para el hurto y el más severo era capital.

El hurto flagrante (furtum manifestum), era la forma más grave de realización que se podía presentar en el furtum sobre cosas privadas, consistía en que el ladrón era sorprendido y detenido en el mismo lugar donde estaba la cosa robada o en posesión de ésta, pero antes de habérsela robado.

El furtum conceptum o hurto interceptado se producía después de haberse llevado a casa el ladrón la cosa robada y ésta se encontraba mediante un formal y autorizado registro.

Para el caso de que el jurado determinara que el hurto era manifiesto, se aplicaban las siguientes reglas:

1.- Si el ladrón no era libre, se le aplicaba el suplicio y las formas que entonces se empleaban era la flagelación y precipitación de una roca.

2.- Cuando el ladrón era un hombre libre, se aplicaba el addictio o adjudicación, pero no era igual a la que se realizaba por deudas, la cual tan sólo suspendía la libertad de su persona pero sin disminuir el derecho de ciudadano del adjudicado. La adjudicación por hurto manifiesto privaba al sujeto de su libertad personal, perdía su calidad de ciudadano volviéndose formalmente esclavo.

Cuando se determinaba la aplicación de una pena capital impuesta en un juicio privado por causa de hurto, el demandante victorioso podía desistir, el Estado perseguía el obtener el consentimiento del sujeto pasivo del hurto para que se perdonara al reo y determinar al ofendido para que aceptara una indemnización que el tribunal considerase proporcionada al perjuicio sufrido, No así en los juicios públicos, donde la pena capital no podía ser conmutada ni perdonada.

En la ley de las Doce Tablas quedó establecida la obligación de aceptar el precio del rescate, para el caso de que el ladrón no hubiera sido descubierto infraganti y se ofreciera al sujeto pasivo del delito una indemnización por el valor del duplo. Con posterioridad el pretor urbano dispuso en su edicto la obligación de aceptar el precio del rescate pero elevado al cuádruplo de su valor, debiendo pagar el rescate el ladrón manifiesto o infraganti y el ladrón descubierto mediante el registro doméstico.

Si eran varias las personas que participaban en la comisión del delito de robo, cada una era condenada al importe total de la pena, pues el delito era considerado jurídicamente indivisible.

La condena por hurto era considerada infamante e incapacitaba para adquirir cargos públicos y municipales, de senador, decurión e incapacidad para representar en juicio a otras personas.

En la ley de las Doce Tablas quedó establecida la obligación de aceptar el precio del rescate, para el caso de que el ladrón no hubiera sido descubierto infraganti y se ofreciera al sujeto pasivo del delito una indemnización por el valor del duplo. Con posterioridad el pretor urbano dispuso en su edicto la obligación de aceptar el precio del rescate pero elevado al cuádruplo de su valor, debiendo pagar el rescate el ladrón manifiesto o infraganti y el ladrón descubierto mediante el registro doméstico.

Si eran varias las personas que participaban en la comisión del delito de robo, cada una era condenada al importe total de la pena, pues el delito era considerado jurídicamente indivisible.

La condena por hurto era considerada infamante e incapacitaba para adquirir cargos públicos y municipales, de senador, decurión e incapacidad para representar en juicio a otras personas.

1.2 Antecedentes históricos del abuso de confianza en Francia

La jurisprudencia francesa , en sus orígenes fue una continuación de los razonamientos creados por los romanos en el sentido de que se reputaba como apropiación de una cosa el extralimitarse en el derecho de usarla, sobre todo cuando se encontrara en posesión o tenencia de otra persona de manera legítima.

Muyart de Vouglans, manifestó que "el robo no se comete solamente por la sustracción sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etc. Los robos de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena"⁴

1.2.1 En 1810 el Código Napoleónico crea el delito de abuso de confianza, este precepto sufrió reformas el 28 de abril de 1832 y el 13 de mayo de 1863, cuya redacción definitiva a continuación se expresa:

"Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de depot, de mandt, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié, ou non salarié, à la charge de les rendre ou non salarié, à la charge de

⁴Citado por Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1992, Pág 227

les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi
déterminé, sera puni peines portées en l'article 406"

1.3 Antecedentes históricos del abuso de confianza en México.

El abuso de confianza dentro del derecho penal mexicano, en sus orígenes fue considerado una circunstancia agravante del delito en general o como delito en particular.

El artículo 405 del Código Penal de 1871, estableció:

"Hay abuso de confianza siempre que para cometer un delito, se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado y que no procura granjearse con ese fin"⁵

Lo anterior encuentra su justificación en las propias palabras de Martínez de Castro, al expresar:

"El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante, y la Comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código Francés y todos los posteriores"

⁵ Martínez de Castro, Exposición de motivos al Código Penal de 1871, (edición del Código Penal), México, 1907, Pág 53

El Código Penal de 1871, dentro de su artículo 407, estableció el tipo de abuso de confianza, sin embargo, fue hasta al día 5 de septiembre de 1896, cuando queda radactado de la siguiente manera:

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

Miguel S. Macedo, en su Exposición de Motivos a los Trabajos de revisión del Código de 1871, declaró:

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

y no el dominio", expresión , más genérica, que comprende no sólo los contratos, sino también cualquier acto"

El Código Penal de 1931, con variantes aceptó la reforma que propuso Miguel S. Macedo , expresada anteriormente, estableciendo:

"Actualmente son dos delitos diversos el apoderase alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio"⁶

Se aplicarán prisión de tres días a seis años, y multa de cinco a dos mil pesos, al que con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio (artículo 382)

El artículo 382 del Código penal , fue reformado por decreto de fecha 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de fecha 9 de marzo de 1946.

⁶Exposición de motivos. Ob. Cit., Pág 52

El lunes 15 de enero de 1951, se publicó en el Diario oficial de la federación, el siguiente:

DECRETO

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta:

ARTICULO UNICO.- Se reforman los artículos 40, 41, 61, 63, 111, 112, 124 fracciones I, IV y V; 125, 126, 127, 129, 130, 132, 134 fracciones II; 135, 137, 142, 144, 145, 160 fracción I; 162, 166, 171, 203, 246 fracción VII, 255, 280, 297, 308, 320, 366 fracción V; 370, 371 y 382; y se adiciona el artículo 167 con la fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

TITULO VIGESIMO SEGUNDO

Abuso de Confianza

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

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

TRANSITORIO;

ARTICULO UNICO.- Estas reformas entrarán en vigor tres días después de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación.

Fernando Moctezuma, S.P.- Emilio Zabadúa Robles, D.V.P- Eduardo Luque Loyola, S.S- Edmundo Sánchez Gutiérrez D.S.- Rubricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintinueve días del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta.- Miguel Alemán- Rúbrica- El Secretario de Gobernación, Adolfo Ruiz Cortines.- Rúbrica"

El martes 30 de Diciembre de 1975, se publicó en el Diario oficial de la federación, el siguiente:

DECRETO

"EL Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Decreta: REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

ARTICULO ÚNICO.- Se reforman los artículos 370,375,382,386 fracciones I, II y III, 389 y se deroga el artículo 388 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Federal, para quedar como sigue:

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

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

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

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO.- Estas reformas entrarán en vigor tres días después de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación.

México, D.F. a 27 de diciembre de 1975- Emilio M. González Parra S.P.- Luis del Toro Calero, D.P- Salvador Gámiz Fernández, S.S.- Fco. Javier Gutiérrez Villareal, D.S.- Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintinueve días del mes de diciembre de mil novecientos

setenta y cinco.- Luis Echeverría Alvarez.- Rúbrica.- El Secretario de
Gobernación, Mario Moya Palencia.- Rúbrica."

Por último, el martes 29 de Diciembre de 1981, se publicó en el "Diario
Oficial" de la federación, el Decreto que establece:

DECRETO

"EL Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

ARTICULO PRIMERO.- Se reforman los artículos 39, 369, 370, 375, 382 y
386 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común
y para toda la República en materia Federal, para quedar como sigue.

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

Si excede de esa cantidad, la prisión será de 1 a 6 años y la multa de
100 hasta de 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario la prisión será de 6 a 12
años y la multa de 120 veces el salario.

TRANSITORIOS

ARTICULO 1.- EL presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F; a 23 de diciembre de 1981.- Marco Antonio Aguilar Cortés,
D.P- Blas Chumacero Sánchez, S.P.- Antonio Custo Citalán, D.S.- César
Rubén Hernández Enriquez, S.S.- Rúbricas:

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México Distrito Federal, a los veintiséis días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.- José López Portillo.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Enrique Olivares Santana.- Rúbrica."

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA.

CAPITULO SEGUNDO

LA POSESION

2.1 Origen etimológico de la palabra posesión.

"La palabra *possidere*, conforme a la etimología más generalizada proviene de *sedere* y de *por*, prefijo de refuerzo; de suerte que, significando aquella <sentarse> o <estar sentado>, *possidere*, tanto quiere decir como <establecerse> o hallarse establecido"

Las diferentes versiones que nos han llegado de la ley romana, dieron apoyo desde muy antiguo, a la tesis de que el sentido primario del término era el de afirmarse con los pies.

"En época reciente se abrió paso a la opinión que la hace derivar de *posse* (poder) con lo cual tendríamos desde un principio, la manifestación del señorío"⁷

2.1.1 Doctrina de Savigny.

Este autor expone la doctrina romana sobre la posesión, a la cual se le ha denominado doctrina subjetiva de la posesión, la cual sirvió de base para la elaboración de nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884.

⁷Lafaille, Héctor. Derecho Civil, Tratado de los derechos reales, Tomo III, Vol. I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1943, pp. 62-63.

2.1.2 Savigny define a la posesión como:

"Una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el animus dominii o rem sibi habendi"⁸

De la anterior definición desprendemos tres elementos:

- a) La posesión es una relación o estado de hecho.
- b) Por virtud de este estado de hecho una persona tiene el poder o la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva sobre una cosa.
- c) La existencia de animus dominii o el animus rem sibi habendi.

A) "La posesión es una relación o estado de hecho, la cual se manifiesta a través del corpus, del conjunto de actos materiales que demuestran la existencia de un poder físico del hombre sobre la cosa"⁹

Para entender el primer elemento de nuestra definición, es necesario expresar que los elementos de la posesión tradicionalmente han sido el corpus (material) y el animus (psicológico).

Según el maestro Rafael Rojina Villegas:

⁸ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 593.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit., p. 593.

"El corpus comprende el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que se ejerce el poseedor sobre la cosa, este primer elemento engendra por si solo un estado que se llama detentación o tenencia, que es la base de la posesión, pero no implica la posesión, puede existir la tenencia y si no concurre el elemento psicológico llamado animus no hay posesión"¹⁰

Lo anterior es ejemplificado claramente por Rodolfo Sohm al expresar:

"Cabe que el poseedor tenga en su poder la cosa, e incluso que la tenga en su propio interés -como se tiene por ejemplo, un libro prestado- pero dejando a salvo y reconociendo la propiedad de otro -del dueño del libro-, para el cual más que para sí, la guarda y la custodia. En este caso dícese que el poseedor tiene el <corpus>, con lo que significa la mera materialidad corpórea de la posesión; más carece del <animus> posesorio, o sea de la intención que -para que la posesión sea plena- ha de animar el hecho material de la tenencia. Fáltale el animus rem sibi habendi o voluntad de poseer para sí, pues que posee para el propietario esta posesión meramente corpórea, se llama <tenencia>. El detentador, comodatario, arrendatario, usufructuario, depositario, mandatario, posee por otro, al servicio de otro. Actúa, según el derecho posesorio romano, como <representante>, aunque -más exacto sería decir servidor o auxiliar- de una posesión ajena. Es, en realidad, el comodante, arrendador, etc. quien posee a través de él"¹¹

"El animus, consiste en ejercer los actos materiales de la detentación, de conducirse como propietario, a título de dominio"¹²

¹⁰Ibid., p. 590.

¹¹Ibidem., p. 592.

¹²Loc. Cit.

El maestro Rojina Villegas, define tanto al corpus como al animus de la forma antes expresada, para efectos didácticos respecto de las doctrinas que analizamos dentro del presente trabajo , no porque de esa manera expresados sirvan de directriz para determinar indiscutiblemente qué es la posesión, aunque como ya se mencionó, son elementos tradicionalmente aceptados en el tema que nos ocupa.

B) Por virtud de este estado de hecho una persona tiene el poder o la posibilidad física actual, e inmediata y exclusiva sobre una cosa. El mero ejercicio de actos que demuestran el poder físico, no es la única forma de obtener la posesión, toda vez, que la mera posibilidad de ejercer ese poder físico, también constituye la posesión, pero deberá reunir según Savigny, los siguientes requisitos:

1.- Debe haber una disponibilidad absoluta de la cosa, para que el poseedor en cualquier momento pueda ejercer el poder físico.

2.- Esta posibilidad no debe estar subordinada a una condición para que en un futuro, pueda ejercerse ese poder, debe ser presente dicha posibilidad en el sentido de que no haya obstáculos de orden material que impida al poseedor ejercer su poder físico, ningún tercero podrá interponerse entre la cosa y el poseedor, disputarle la posesión o concurrir con él en el ejercicio de actos posesorios.

C) Se requiere de la existencia del animus dominii o el animus rem sibi habendi, para la existencia de la posesión, este elemento es de especial importancia para calificar a la presente tesis como subjetiva de la

posesión, toda vez que el elemento material no es considerado tan importante como el psicológico, en virtud que puede existir posesión teniendo el corpus por conducto de otro o por la mera posibilidad de ejercerlo, pero no hay casos en los que la posesión no implique el animus domini o animus rem sibi habendi, salvo las excepciones que históricamente señala el propio derecho romano y que más adelante se señalarán.

La mejor manera de comprender las ideas de Savigny sobre el animus domini, animus possidendi y animus rem sibi habendi, son expresadas a continuación por Lafaille:

"El animus possidendi, según Savigny, consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. El que tiene el corpus possessionis puede abrigar esa intención de dos maneras; ya deseando ejercer el derecho de propiedad ajeno, o bien, el suyo personal. En el primer caso, carece del animus requerido para poseer y es un mero detentador. Por el contrario, si no reconoce el derecho de propiedad y tiene la intención de ejercerlo para sí, tiene el ánimo requerido para poseer, es poseedor. Para Savigny, el poseedor se caracteriza por una voluntad especial, distinta de la corriente a semejanza de la imputada para ciertos hechos ilícitos (art. 1072) o para los propios actos jurídicos (art. 944); es la de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351). Tal es el animus domini, que Paulo denominó animus rem sibi habendi. Desde luego, nada tiene hacer esta intención especial, con la buena fe, o sea el convencimiento de la legitimidad; no dejará de poseer el ladrón, aunque haya adquirido por medio de la violencia. No obstante como en Roma, el enfiteuta, el precarista y el acreedor

prendario gozaban de la protección posesoria se vio Savigny en serias dificultades, cuando la crítica le formuló una de sus principales objeciones, puesto que en ninguno de aquéllos tenía en realidad animus domini. Surgió así la doctrina complementaria de la posesión derivada, que arbitró el autor para salvar esa dificultad.

El razonamiento se fundaba en que la posesión podía ser transmitida y por ello el titular primitivo estaba en condiciones de hacerlo respecto del adquirente; la primera sería la <posesión originaria> y la segunda la <posesión derivada>. Cuando se constituye un derecho como en la prenda, por ejemplo, quien lo ejerce tiene la posesión jurídica del mismo, aunque no pretenda ser dueño de la cosa y esto, por efecto de la transferencia que ha operado en su favor, el titular que la tenía plena y entera"¹³

La intención arbitraria de conducirse como propietario, en contra de una situación legal (animus), no debe tomarse en cuenta para determinar la existencia de la posesión, por el contrario, es la voluntad legal la que Savigny establece para tales efectos. Si un arrendatario se ostenta como poseedor, no es suficiente para fundar su posesión, pero si cambia de título a través de un contrato traslativo de dominio, si se convierte en poseedor.

¹³Lafaille, Héctor. Ob. Cit., pp. 120-121

2.2 Teoría de Ihering sobre la posesión.

Esta doctrina se conoce como objetiva y está en contra de la teoría de Savigny, pues considera que éste autor no realiza una debida interpretación del concepto romano sobre la posesión. Sus estudios son tomados en cuenta por nuestro Código Civil vigente por lo que revisten una especial importancia para el tema que nos ocupa.

2.2.1 Crítica:

A) A la teoría de la posibilidad como base de la posesión y

B) El animus dominii.

A) Teoría de la posibilidad.- Savigny consideraba que la posibilidad de ejercer el poder físico en una forma inmediata, exclusiva y presente originaba la posesión, pero Ihering afirmó que en el derecho romano existían casos en los que la posibilidad de ejercer el poder físico, pero que no reconocieron la posesión, por ejemplo:

1.- "El del tesoro, el dueño del predio en el que se encuentra un tesoro, tiene la posibilidad física de llegar a obtener la posesión material del mismo, porque nadie puede ejecutar obras de localización del mismo de propia autoridad, pero tanto el derecho romano como el moderno establecen que el poseedor del predio no lo es del tesoro"

2.- "El segundo ejemplo que nos ocupa, es el de la compraventa , cuando se entregan las llaves de la bodega en donde se encuentran mercancías,

en este caso se presenta claramente la posibilidad de ejercer el poder físico en una forma inmediata , exclusiva y presente, pero el derecho romano consideró que no había posesión"

En otros casos el derecho romano reconoció la existencia de la posesión, pero no de la posibilidad de ejercer el poder físico a que se refirió Savigny, por ejemplo:

3.- "El animal que es capturado en las redes que previamente preparó el cazador, a quien el derecho romano le otorgo la posesión de los mismos, no se dan los requisitos que señaló Savigny , pues el animal puede liberarse o alguien puede apropiárselo, toda vez que el cazador no se encuentra presente en el momento en que su presa cae en la trampa"

4.- "El dueño de las abejas que logran huir, continuaba como poseedor de las mismas en base al derecho romano antiguo, a pesar de que no se tenía la posibilidad inmediata y presente de ejercer el poder físico a que se refirió Savigny"

B) El animus domini.- Ihering crítica la teoría del animus domini, desde tres perspectivas:

1.- Lógica o legislativa.

2.- Interna

3.- Crítica práctica o de carácter procesal

1) Crítica lógica o legislativa

Ihering, afirma que la teoría subjetiva no tiene aplicación en ciertos casos como la prenda, en el precario, en la enfiteusis, el derecho romano reconoció la posesión aún en ausencia del animus dominii, por lo que Savigny denominó a éstos casos posesión derivada, a través de la transmisión del animus dominii del dueño al detentador y reconociendo que este último solo tenía el animus detinendi.

Para Ihering, Savigny sólo desarrolla la idea de Paulo sobre el animus dominii, pero no constituye una fiel interpretación legislativa del derecho romano.

Ihering, consideró que en el derecho romano todo caso de detentación, es decir el corpus, fue considerado como de posesión, salvo excepciones a ciertas figuras como el arrendatario, el depositario, comodatario, sirviente, mandatario etc. en los que la detentación no implicó la posesión.

2) Crítica interna.

La crítica de Ihering, parte del análisis de las distintas reglas derivadas del concepto de animus dominii, por lo que constituye su razonamiento más interesante respecto a la teoría subjetiva.

Primer regla.- El animus possidendi debe entenderse como animus rem sibi habendi lo cual significa tener la cosa para sí, detentarla con el ánimo de aprovecharla directamente.

Ihering manifestó que lo anterior no es cierto, pues en el derecho romano las figuras del representante indirecto, el secuestrario y el acreedor prendario, presentan el animus possidendi por el reconocimiento que de este hizo el derecho romano, pero no hay en ellos el animus rem sibi habendi.

En el caso del representante indirecto, esta primera regla supone como consecuencia necesaria de la voluntad tener la cosa para sí en toda la posesión, por lo que no existe la posesión si se tiene la cosa para otro, siendo inexacto para esta figura jurídica, porque el derecho romano reconoció los casos de posesión derivada, en los cuales se tiene la cosa para otro y la voluntad no es óbice frente a las relaciones jurídicas. El representante indirecto no tiene la intención de ~~poseer~~ poseer para sí, pero el derecho romano lo consideró como poseedor, aún cuando este crea que su representado es el que adquirió la propiedad o posesión inmediatamente a través de él. Por lo que el derecho subjetivo es independiente de lo que crean las partes.

El acreedor prendario no tiene la cosa para sí, la retiene como consecuencia de una función de garantía, con la obligación de restituir la cosa sin poderla usar ni adueñarse de la misma, puesto que la ley prohíbe en virtud de un pacto comisorio la apropiación.

El secuestrario tiene la cosa para después entregarla a aquel que por sentencia o adjudicación le corresponda, no hay animus domini o intención de retener la cosa para sí, pero el derecho romano le reconoció la posesión.

Segunda regla.- "En todos los demás casos de tenencia, la voluntad del detentador es la misma que la del poseedor.

De aquí desprende Savigny que nunca el detentador puede poseer para sí o en beneficio propio; que toda detentación nunca puede ser interesada; que el interés siempre radicará en el poseedor.

Ihering encuentra que hay casos de detentación interesada, es decir, en provecho del detentador, como ocurre con el arrendatario, que siendo un detentador, usa y goza la cosa en provecho propio".¹⁴

Tercera regla.- La voluntad del poseedor es permanente en tanto que la del detentador es temporal.

Ihering consideró que es falso afirmar lo anterior porque hay poseedores temporales como el mandatario indirecto, el acreedor prendario y el secuestrario (todos poseedores derivados) cuya voluntad no es poseer permanentemente.

Cuarta regla.- El poseedor es autónomo y el detentador subordinado o dependiente del poseedor.

¹⁴Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit., p. 602.

Ihering consideró que lo anterior también resulta falso, que los poseedores pueden ser autónomos y subordinados, que son autónomos cuando tengan el animus dominii y subordinados a los que el derecho romano les concedió la posesión como el caso del acreedor prendario, secuestrario y representante indirecto.

Quinta regla.- Savigny expresa: todo poseedor aspira a la propiedad, tiene una aspiración de dominio, pero la detentación no la implica.

El propio Ihering había mencionado con anterioridad que en los casos de posesión derivada, no hay pretensión de la propiedad y existe posesión.

Refiere Savigny:

1.- La posesión implica un valor patrimonial, vale aún cuando no se tenga la propiedad.

2.- Por lo que está en el comercio y puede transmitirse.

3.- Este valor patrimonial puede cederse originando así una posesión originaria y otra derivada.

4.- Los poseedores derivados carecen de animus dominii, pero adquieren la posesión como se transmite cualquier derecho por la mera cesión de éste.

Ejemplo de lo anterior: el acreedor prendario adquiere la posesión porque el dueño le cede su posesión por todo el tiempo que dure su garantía.

La crítica de Ihering, se puede expresar de la siguiente manera:

1.- Si la posesión se puede transmitir, no depende del animus domini, pero sí del capricho de las partes.

2.- Queda al arbitrio de las partes convertir la tenencia en posesión, mediante la transmisión del animus domini.

3.- Se puede cambiar la posesión en tenencia prescindiendo de dicho animus.

4.- En resumen: la disposición objetiva de la ley queda subordinada por la voluntad libre, subjetiva y arbitraria de las partes.

3) Crítica práctica a la teoría del animus domini.

1.- En caso de controversia de posesión, de acuerdo con la teoría del animus domini, se debe realizar al poseedor de la cosa la prueba de ese animus porque el que afirma esta obligado a probar.

2.- Savigny se da cuenta de que el animus como situación subjetiva era imposible de probarse objetivamente por lo que admite una presunción

iuris tantum en todo caso de controversia, aceptando que el poseedor debe comprobar la causa que dió origen a su posesión.

3.- El poseedor tendrá que demostrar el título o la causa que lo convierte en poseedor y no el animus domini, por lo que el desplazamiento del animus a la causa demuestran otra insuficiencia de la doctrina de Savigny

4.- Si la controversia se suscita no por el animus, sino por la causa, no corresponde al poseedor justificar el origen de su posesión, sino a su contrincante para demostrar que la causa que la originó no es suficientemente reconocida por el derecho.

2.2.2 Teoría de Ihering u objetiva de la posesión.

El pensamiento de Ihering sobre el tema de la posesión lo podemos resumir de la siguiente manera:

1.- Ihering, considera que la posesión se compone de dos elementos como son el corpus y el animus, pero entendidos de manera diferente a como lo hizo Savigny.

2.- El corpus, es la exteriorización del animus, a través de:

a) Un conjunto de hechos que demuestren una explotación económica de la cosa y son una forma visible de la propiedad.

b) La relación física de lugar con la cosa, de contacto entre el hombre y la cosa o la mera proximidad entre uno y otro, no tiene significado alguno, pero adquiere relevancia jurídica cuando existe además de esa relación física el "interés"

3.- El maestro Rafael Rojina Villegas en su obra Derecho Civil Mexicano expresa:

Ihering define al derecho subjetivo como el interés jurídicamente protegido, por lo que el detentador debe tener ese interés y no solo esa relación física con la cosa. El interés es un motivo de la voluntad para que se lleve a cabo la explotación económica de la cosa.'

4.- La posesión es la forma en como se hace externo o visible el derecho de propiedad, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico o medidas de seguridad que se tomen para protegerla, sino en el elemento jurídico o temor a lesionar los derechos de otro inspirado por la ley.

5.- El animus esta ligado al corpus.

6.- El animus debe entenderse como el propósito de explotación económica, distinto del animus domini de Savigny.

7.- El animus se encuentra ligado al corpus de forma indivisible porque el corpus es un conjunto de hechos que demuestren una explotación económica de la cosa y son una forma visible de la propiedad, mientras

que el propósito para la explotación económica de la cosa es el animus.
Del corpus se infiere el animus.

8.- Todo fenómeno de explotación económica de la cosa, tiene un fondo u origen que es un propósito o animus.

9.- Para Ihering no se puede desligar el animus del corpus a diferencia de lo expresado por Savigny que consideraba a estos elementos desligados, pudiendo existir la detentación sin el animus o el animus dominii sin tener el corpus materialmente.

10.- Ihering consideró que los romanos presumieron el animus del corpus salvo disposición expresa en la ley, por lo que todo detentador es un poseedor.

11.- Todo detentador es un poseedor mientras que la persona se encuentre consciente del hecho de explotar la cosa constituye un propósito o animus.

12.- El animus tiene una significación económica, es el propósito de explotación económica de la cosa, por lo que se presenta en los casos de detentación como en las figuras del arrendatario, el comodatario, el depositario, el mandatario y el sirviente, pero es debido a razones no justificadas desde un punto de vista jurídico que los romanos determinaron excepciones en los casos antes señalados a pesar de que en ellos se presentan claramente la detentación y la explotación económica.

13.- Siempre debe reputarse al detentador como poseedor, salvo que la ley declare lo contrario, todo caso de duda debe ser considerado como de posesión, salvo en los casos en que la ley determine que el detentador no es poseedor, por lo que la protección a la posesión deriva de la ley por motivos de índole práctico, económico o histórico únicamente.

14.- Por lo que hace a la prueba, Ihering pensó que el juez no debería investigar la causa que da origen a la posesión, sino que el demandante debe impugnar dicha posesión presentando pruebas en el sentido de que el origen de la posesión no es en nombre propio sino ajeno. Por lo que el juzgador debía de presumir que la posesión fue adquirida en nombre propio si su adversario no promovía la excepción correspondiente, lo que constituía una posesión iuris tantum, que podía ser destruida con la excepción antes referida, mediante la prueba que determinara el origen de la posesión. Con el transcurso del tiempo Ihering, modifica su pensamiento para quedar de la siguiente manera:

15.- El juez debe hacer una distinción entre posesión y tenencia desde un punto de vista estrictamente legislativo, a través de la existencia de un precepto que declare los casos de tenencia y de posesión, salvo que la ley no lo exprese por lo que en caso de duda toda tenencia se presumirá de posesión pero ya no será iuris tantum sino absoluta.

2.3 Doctrina de Raimundo Saleilles sobre la posesión.

Su posición es ecléctica respecto a las doctrinas de Ihering y Savigny.

Parte de la existencia de los elementos de la posesión como son el corpus y animus, pero los concibe en forma distinta a como lo hicieron los estudiosos antes mencionados.

2.3.1 El corpus es definido por Saleilles como:

"Un conjunto de hechos, susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio de un individuo, entre aquel a quien dichos hechos se refiere y la cosa que éstos tiene por objeto."¹⁵

Para Ihering, lo más importante en su teoría respecto al corpus fue considerar al corpus como una relación de apropiación jurídica y para Saleilles se trata de una relación de apropiación económica.

Salvo las cosas abandonadas (res nullius), todas estas están afectadas por un individuo en lo particular o por la colectividad para la satisfacción de las necesidades, por lo que las cosas están sujetas al servicio de alguien. Entre las cosas y el que se sirve de ellas existe un vínculo de subordinación y explotación económica lo cual no supone la realización de un acto de señorío económico.

¹⁵Saleilles, Raimundo. Elementos constitutivos de la posesión, Versión Española de J.M. Navarro, "La posesión", p. 160.

Para Saleilles el criterio adoptado por la doctrina romana fue el de considerar a la posesión como un estado de hecho que revela un estado de apropiación económica, por lo que se da preferencia al concepto de apropiación económica sobre el de la apropiación jurídica; como el ladrón que adquiere la posesión, aún cuando otro se presente con todas las apariencias de propietario"¹⁶

El explotador de una cosa no puede ser considerado como poseedor, pues la apropiación económica exige determinados requisitos, de no reunirse originan una explotación económica dependiente como la que tiene el arrendatario y comodatario que están subordinados a un contrato respecto al uso y goce de la cosa.

A) "Los requisitos que deben existir para constituir el corpus de la cosa (apropiación económica de la cosa) son los siguientes:"

- 1.- "Debe ser permanente"
- 2.- "Debe ser actual. El contrato o acto jurídico por el cual se estipule una posible apropiación de la cosa, no da la posesión"
- 3.- "Debe ser indiscutible, es decir, el poseedor debe presentarse ante los demás como el único dominador de la cosa"
- 4.- "Debe ser pública, ostentarse el poseedor ante todo mundo ejerciendo los actos materiales de explotación económica que revelen su propósito de adueñarse de la cosa"¹⁷

Para Saleilles:

¹⁶ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit., pp. 612-613.

¹⁷ Ibid., pp. 613-614.

"El obrar como dueño es querer ser dueño, para ser poseedor es preciso querer poseer lo cual significa querer obrar como dueño, a quien rehusa obrar como dueño no se le puede considerar positivamente como dueño"

De lo anterior se desprende la crítica que el maestro Rafael Rojina Villegas formula en su obra Derecho Civil Mexicano en el sentido que Saleilles consideró que el poseedor debe tener el animus dominii del cual habló Savigny en su doctrina subjetiva respecto al elemento psicológico o animus al expresar:

"..en párrafos posteriores se acerca a la doctrina de Savigny y nos presenta al poseedor dotado de un animus dominii, en nuestro concepto, hay en esto cierta contradicción en la teoría de Saleilles"¹⁸

B) El animus es definido por Raimundo Saleilles:

"Como la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de la cosa"¹⁹

La voluntad debe recaer sobre el corpus como un fenómeno de apropiación que no implica necesariamente el ejercicio del derecho de propiedad, por lo que:

"El poseedor será aquél que en el mundo fenomenal externo aparezca como dueño de hecho y con propósito de serlo de la cosa"²⁰

¹⁸Ibidem., p. 614.

¹⁹Saleilles, Raimundo. Ob. Cit., p. 285.

²⁰Loc. Cit.

A diferencia de lo expresado por Ihering en el sentido de que Paulo inventó el concepto de animus domini para la interpretación de algunos textos romanos, Saleilles considera que el inventor de la teoría del animus domini es Savigny, que Paulo se refiere al animus possidendi exclusivamente.

Para Saleilles el animus possidendi es:

"La voluntad de tener la cosa para sí y por consiguiente obrar como dueño de ella, por lo que según lo expresado por Ihering que se satisface con la detentación, tal como aparece en el estado de hecho actual, no se tomaría en cuenta el título para la toma de la posesión, pero cuando el derecho romano planteaba el estudio de la posesión, se refirió a la toma originaria de la posesión"

"Son tres los principios que pueden establecerse acerca del particular, que sólo tengo que recordar:"

"1º El saber si hay posesión o detentación depende de la causa de possessionis"

"2º El factor decisivo para averiguar si el usurpador clandestino de un inmueble ha adquirido la posesión, es la conducta del poseedor anterior; y para esto hay que acudir a la toma de posesión; conocer si de esto tuvo conocimiento el poseedor ausente, y si lo tuvo, si trató de repeler al usurpador. De modo que el acto presente de detentación no basta para convertir al usurpador en poseedor"

"3º Lo que decide si hay o no posesión es el estado espiritual del detentador en el momento de la toma de la posesión. Una vez adquirida, perdura a pesar de que el poseedor se vuelva loco"

"De modo que si un loco detenta actualmente una cosa, no sabemos si es poseedor o detentador hasta que conozcamos en qué condiciones se realizó la toma de posesión y nos cercioremos de si en este momento pudo tener o no propósito de poseer"²¹

Saleilles está de acuerdo con Ihering en los razonamientos que a continuación se expondrán:

1º La posesión implica un elemento voluntario.

2º La voluntad recae sobre el hecho y no sobre el derecho.

Pero sus razonamientos se tornan distintos al expresar:

" El acto en que consiste el animus no es el simple acto de tenencia y disfrute de la cosa, es el acto de señorío, que debe ser tal, que implique que no hay renuncia a este señorío, y, por consiguiente, existe un animus possidendi distinto de la voluntad de retener y gozar la cosa, y distinto, por consiguiente, del animus detinendi de que habla Ihering"²²

C) Saleilles define a la posesión como:

"Efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas. Estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño desde el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración sólo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto que imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica"

²¹Saleilles, Raimundo. Ob. Cit., pp. 295-296.

²²Ibid., p. 297.

D) Saleilles hace una clasificación de las teorías posesorias de la siguiente manera:

"1º La de Ihering, que funda la posesión en el vínculo de explotación económica, en esta es poseedor todo el que detenta, salvo el hallarse exceptuado expresamente por la ley.

2º En el extremo opuesto tenemos la teoría de Savigny, que es la dominante, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica y para él no hay más poseedores que los que pretenden la propiedad, y

3º Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, la teoría que acabo de exponer, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor a todo aquel en que en el orden de los hechos, aparezca gozando independientemente, y a quien entre todos aquellos que mantiene relaciones de hecho con la cosa, debe considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma"²³

2.4 La regulación jurídica de la posesión en los Códigos Civiles Mexicanos.

2.4.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884.

"Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, definieron a la posesión como:
La tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre"

²³ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. 617.

D) Saleilles hace una clasificación de las teorías posesorias de la siguiente manera:

1º La de Ihering, que funda la posesión en el vínculo de explotación económica, en esta es poseedor todo el que detenta, salvo el hallarse exceptuado expresamente por la ley.

2º En el extremo opuesto tenemos la teoría de Savigny, que es la dominante, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica y para él no hay más poseedores que los que pretenden la propiedad, y

3º Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, la teoría que acabo de exponer, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor a todo aquel en que en el orden de los hechos, aparezca gozando independientemente, y a quien entre todos aquellos que mantiene relaciones de hecho con la cosa, debe considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma"²³

2.4 La regulación jurídica de la posesión en los Códigos Civiles Mexicanos.

2.4.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884.

"Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, definieron a la posesión como: La tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre"

²³ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. 617.

"El corpus esta constituido por la tenencia de una cosa o por el goce de un derecho, el animus es la realización de esa tenencia o goce por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre. Notaremos que ya no se dice en nuestros Códigos que la tenencia o el goce sea en concepto de dueño"

"En la exposición de motivos del Código de 1870 se toma en cuenta el concepto que propuso García Goyena en su proyecto de Código Civil para España; la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño"

"No obstante que la comisión tuvo a la vista esta definición del jurista español, suprime la última frase "en concepto de dueño", seguramente porque consideró que no toda forma de posesión implica el animus dominii; que de acuerdo con los textos romanos, según hemos explicado, no es el animus dominii, sino el animus rem sibi habendi, es decir tener la cosa para sí, tenerla en nombre propio o como dice nuestro Código:

"...por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre". De lo que se desprende claramente la negación del animus dominii, pero no del animus rem sibi habendi"

"García Goyena sólo admite los dos requisitos que están implícitos en la doctrina del animus dominii de Savigny: Esta teoría supone que la cosa se tiene en nombre propio y, además en concepto de dueño"

"Si en la definición que propone el artículo 822 del Código de 1884, se dijera que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño, se estaría limitando la posesión de los derechos sólo al goce de la propiedad, y no se admitiría la posesión de otros derechos reales o personales que confieren el uso o goce de la cosa"²⁴

²⁴Ibidem., p. 619.

El artículo 826 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, determinan que:

"Únicamente es poseedor en derecho aquel que posee en nombre propio, el que posee en nombre ajeno no es poseedor en derecho"

Como lo establecieron Ihering y Saleilles, en el derecho romano nunca se estableció la existencia del animus dominii, por lo que denominaron a éste como animus possidendi y su concepción debe ser en este sentido.

"La voluntad en el corpus.- Debe señalarse ante todo, que el codificador comprendió perfectamente la necesidad de un factor voluntario dentro del corpus de suerte que éste no fuera considerado como un puro elemento objetivo y material, porque entonces no emanaría de él ninguna consecuencia jurídica"

"Con referencia a nuestro régimen, nos anticiparemos a lo que será materia de la adquisición de la posesión. Cuando es un tercero quien la obtiene para el verdadero interesado, el animus puede existir en éste, bastando con que dicho agente obtenga el corpus: así era desde la ley romana. En consecuencia, si el último factor hubiera sido meramente material, un sonámbulo, un insano o un sujeto privado de discernimiento, podría representar a este efecto, porque su papel sería independiente de todo carácter volitivo. Sin embargo, no es así, y el artículo 2399 no deja dudas acerca del tema: dichos mandatarios deben ser capaces de tener voluntad y esto, porque sin ella no alcanzarían a obtener validamente el corpus"

"Se infiere entonces que para adquirir la posesión por sí mismo o por medio de otro, basta con tener discernimiento, o sea, capacidad de

voluntad; de otro modo, no es posible, ni siquiera obtener el corpus, se crearía en tal supuesto, una simple relación de lugar desprovista de trascendencia jurídica"

"La capacidad de que tratamos no es la plena, pero sí la de discernimiento (art. 921) de ahí que -según el artículo 2392- no pueden adquirir por sí los dementes, los fatuos, los menores de diez años...como en general los que no tienen uso completo de razón"²⁵

El Código de 1884 acepta una presunción iuris tantum al considerar en su artículo 828, que :

"La posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos legales"

Lo cual evita la preponderancia del elemento psicológico derivado de la teoría del animus dominii de Savigny, al considerar que en toda posesión que tenga justificada la tenencia, habrá que inferir el animus y que ese animus se presume será el dominii. En caso de controversia durante el procedimiento el poseedor tendría que justificar los hechos que constituyeron el corpus y por la presunción legal prevista en el artículo 827 se considerará en nombre propio, y que en consecuencia, también se presumirá propietario. Lo anterior se desvirtuaría si la contraparte en el procedimiento impugna la posesión demostrando la existencia de la misma, pudiendo ser a través de un contrato, del cual se desprenda que su oponente no es poseedor, sino que detenta la cosa en nombre de otro.

²⁵Lafaille, Héctor. Ob. Cit., pp. 116-117.

Resumiendo, el Código de 1884, sigue la teoría tradicional partiendo de una doble presunción: basta justificar la tenencia para llegar a la posesión, artículo 825: "el poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo", la ley infiere del corpus el animus o el detentador se presume que detenta por sí mismo. La segunda presunción se relaciona con la primera cuando el artículo 828 del Código Civil señala: "la posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos legales", de aquí se infiere el animus dominii.

2.4.2 La detentación o posesión precaria, determinada por los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, determinaron que la posesión en nombre de otro se denominaba detentación o posesión precaria y por lo tanto no fueron consideradas como posesiones en derecho.

"Se consideraba como poseedor en nombre de otro aquel que recibía la cosa por virtud de un contrato o de un acto jurídico para detentarla temporalmente y restituirla al propietario"

"Se consideró que esta detentación originaba una simple posesión precaria; que podía tener algunas consecuencias jurídicas, como el uso de los interdictos; en algunos casos la apropiación de los frutos de la cosa, como en el arrendamiento o en el usufructo, pero que no confería las acciones posesorias ni tampoco era una posesión apta para adquirir la propiedad por virtud de la prescripción"²⁶

²⁶Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit., p. 621.

Para Valverde, existen diversas clases de posesiones como la posesión en nombre propio, en nombre ajeno, pudiendo ser llamadas mediata o inmediata, explicando su razonamiento de la siguiente manera:

"La posesión por otro se verifica cuando la tenencia corresponde a la persona que tiene una obligación o vínculo respecto de otra; puede decirse que la cosa esta a su disposición mientras el verdadero poseedor quiera que esté y no hay que decir que tratándose de posesión civil falta al tenedor el elemento intencional que exige el código. En este caso se encuentra el arrendatario, el mandatario y el representante legal, los cuales poseen en nombre de otro, puesto que les falta en la posesión la condición de señorío independiente sobre las cosas, y por esta razón poseen en nombre de los que son verdaderos poseedores"²⁷

"La posesión en nombre propio puede tener como causa un acto jurídico o un hecho jurídico y el hecho jurídico puede ser lícito o ilícito. en cambio la detentación siempre tiene como causa un acto jurídico y no puede presentarse detentación nacida de un hecho jurídico, consiguientemente, el acto jurídico para que sea válido debe ser lícito"

"Como la detentación supone la entrega de una cosa por un cierto tiempo, para que se custodie, para que se use o se goce conservando el dueño el dominio y delegando el corpus temporalmente en el detentador, es evidente que se requiere un acto jurídico para llevar a cabo esta delegación del corpus. Este acto jurídico (de arrendamiento, depósito, comodato o que de origen a los derechos reales de uso, habitación,

²⁷Valverde. Derecho Civil Español, Tomo II, p. 292.

usufructo o prenda) o puede ser un acto jurídico en el que por una comisión o encargo se entregue a una persona la custodia o administración de una cosa (por ejemplo el nombramiento del tutor trae consigo la entrega al tutor de los bienes del incapacitado con la administración de los mismos)....."

"Los actos jurídicos que engendrán la posesión son los contratos traslativos de dominio o bien, los actos que implican adquisiciones a título universal o particular"

"Por virtud de la herencia hay adquisiciones a título universal, y los herederos se convierten en poseedores desde el momento de la muerte del autor de la herencia. El legatario adquiere también, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, la posesión de los bienes objeto del legado"²⁸

"Tanto el heredero como el legatario se reputen poseedores originarios y adquieren tal carácter desde el momento de la muerte del de cujus, no obstante que sea albacea quién ejerza realmente el poder de hecho, pero en calidad de poseedor derivado"²⁹

"La posesión puede existir, cuando hay mala fe en la incorporación o unión de las cosas, una situación ilícita. Puede adquirirse la posesión mediante un delito, y esta posesión, que generalmente se presenta en el ladrón o en el usurpador, es animus domini, se tiene con el propósito de adquirir la propiedad....."

²⁸Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., p. 623.

²⁹Ibid., pp. 623-624.

"La detentación se mantiene en tanto no exista un cambio de título: el detentador siempre será detentador y el tiempo o el deseo personal y arbitrario nunca podrán convertirlo en poseedor. El depositario será indefinidamente depositario, mientras no concluya el contrato, y el tiempo no otorga al depositario la posesión, no lo convertirá en poseedor; el arrendatario, cualquiera que sea el tiempo que dure el contrato de arrendamiento, será siempre un detentador"

"Además el cambio de ánimo en el depositario o arrendatario no pueden transformar la detentación en posesión, porque éste cambio de ánimo no depende exclusivamente del deseo del detentador. El que opere jurídicamente el cambio de ánimo depende de un nuevo título que dé derecho para poseer como dueño"³⁰

Entendemos que se requiere de la existencia de una causa objetiva para que el detentador se convierta en poseedor, es decir, de la presentación de un cambio de título del que se desprenda el derecho a poseer como dueño, como en el caso del arrendatario que adquiere la propiedad del inmueble que está usando y gozando temporalmente, por lo que dejará de ser detentador, poseedor precarista o poseedor inmediato, para constituirse en poseedor en derecho. Nace de ésta forma el cambio de ánimo jurídico u objetivo que se requiere para la constitución de la posesión originaria o mediata.

³⁰ Loc. Cit.

2.5 La actual regulación de la posesión en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo diario el día 1º de septiembre de 1932)

En el libro segundo "De los bienes", título tercero, capítulo único, encontramos regulada la posesión.

El artículo 790, expresa:

"Es poseedor de una cosa, el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793, posee un derecho el que goza de él"

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

El artículo 793, nos habla de la inexistencia de la posesión cuando no se reúnen los siguientes elementos:

1.- La situación de dependencia en que se encuentra la persona que recibe la cosa respecto del propietario del bien. La situación de dependencia, considero se debe entender como aquella relación jurídica a través de la cual la persona que recibe el bien, está subordinada jerárquicamente al dueño de la cosa, en virtud de un acto jurídico que no debe recaer directamente sobre la cosa, sino sobre los sujetos de la relación.

2.- Retención de la cosa en provecho del propietario. La persona que se encuentra subordinada jerárquicamente al propietario del bien, en virtud de un acto jurídico, retendrá la cosa en su poder con la finalidad de obtener un provecho de la misma en beneficio del propietario.

3.- El propietario debe dar ordenes e instrucciones a la persona que recibe la cosa. El propietario o superior jerárquico debe proporcionar ordenes o instrucciones a la persona que detenta materialmente la cosa, porque ésta última carece de autonomía respecto de la misma, es decir, no puede hacer con el bien conforme a su libre voluntad y autodeterminación, por lo que siempre deberá retener la cosa en provecho del propietario y hacer con ésta de conformidad con las instrucciones u ordenes que se le impongan.

En resumen, la persona que recibe la cosa del propietario de la misma y con el que guarda una situación de dependencia jerárquica en virtud de

un acto jurídico, retendrá la cosa en provecho del propietario o poseedor originario , del cual recibirá ordenes o instrucciones. La figura que se estudia debe ser denominada como posesión precaria o mera detentación, y no debe ser considerada como posesión originaria o derivada.

2.5.2 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 posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada"

A) De lo anterior desprendemos la existencia de dos clases de posesiones:

1.- La posesión originaria, que corresponde al propietario de la cosa y que puede conceder a otro el derecho de retenerla temporalmente en su poder.

2.- La posesión derivada, distinta de la mera detentación o posesión precaria de la cosa, que corresponderá al usufructuario, arrendatario, etc.

2.5.3 Como el poseedor derivado no es un poseedor precarista o mero detentador de la cosa, podemos expresar que se diferencia uno de otro de la siguiente manera:

1.- En la posesión precaria, el acto jurídico debe recaer sobre los sujetos de la relación jurídica, mientras que en la posesión derivada el acto jurídico, contrato, resolución judicial , etc. recae directamente sobre la cosa que es transmitida.

2.- En la posesión derivada , el poseedor retiene la cosa en provecho propio o para su guarda o custodia, mientras que en la posesión precaria, el precarista la retiene para provecho del propietario de la misma.

3.- No existe una relación de dependencia entre el poseedor originario y el derivado, mientras que si existe dependencia jerárquica entre el propietario y el precarista.

4.- El propietario no da ordenes o instrucciones al poseedor derivado para que este último haga con la cosa conforme a la voluntad del primero, por lo que se puede hablar de una autonomía en que se desenvuelve el poseedor derivado (dentro de los límites que la ley le concede) , a diferencia del precarista o detentador que carece de ésta.

2.5.4 Después de precisar los anteriores conceptos, nos avocaremos al estudio de la definición de la posesión, pues nuestro Código Civil no la define en su artículo 790, lo que en realidad hace es definir al poseedor. Para lo cual citaremos a Oscar Morineau:

"Aunque el propietario no este ejercitando dicho poder de hecho sobre la cosa, tiene derecho a poseer frente a todas las personas enumeradas en el artículo 793 del Código Civil, o sea, frente a todos los que tienen en su poder la cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentran respecto del propietario y que la tienen en provecho de éste, en cumplimiento de las ordenes e instrucciones que de el han recibido. Se trata de la detentación subordinada, la cual no es posible en derecho. En estos casos (artículo 793 del Código Civil) el propietario no ha dejado de poseer ya que las personas que están ejercitando ese poder de hecho no son poseedoras. El propietario puede obligarlas a que le entreguen la cosa. Surge la primera falla de la doctrina que afirma que la posesión no es el ejercicio de un derecho sino el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa como simple hecho con consecuencias jurídicas, supuesto que aquí es poseedor precisamente el que no está ejercitando el poder de hecho y no es poseedor precisamente el que lo está ejercitando"

"... el ejercicio del poder de hecho por sí solo no es suficiente para determinar quien es poseedor, por la sencilla razón de que el ejercicio del poder de hecho, por sí solo, es un hecho y el código, a pesar de su

definición (artículo 790 del Código Civil) no tiene por objeto describir los hechos sino atribuirlos"³¹

Morineau considera que la posesión no puede ser definida como un hecho que produce consecuencias jurídicas y que el artículo 790 no aclara si es un hecho o un derecho.

Dice Oscar Morineau:

"Los hechos pueden producir consecuencias jurídicas, sin dar origen necesariamente a un derecho y los hechos pueden ser lícitos o ilícitos"

"Puede existir un hecho creador de tales consecuencias jurídicas, sin que implique el ejercicio de un derecho"

"Existen infinidad de hechos que tienen consecuencias jurídicas, las de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones sin ser por ello ejercicio de derechos. Además, todos los hechos ilícitos son creadores de consecuencias jurídicas y no son el ejercicio sino la violación del derecho. El nacimiento, la mayoría de edad, la muerte, la accesión y otros muchos hechos son constitutivos de derechos y no son el ejercicio de derecho. De lo anterior se desprende que si es posible que exista un hecho con consecuencias jurídicas sin que por ello tenga que ser ejercicio de un derecho. Pero toda actividad que es manifestación o ejercicio de un derecho presupone la existencia previa de un derecho subjetivo correspondiente."³²

³¹Morineau, Oscar. Los derechos reales y el subsuelo en México, p. 47.

³²Morineau, Oscar. Ob. Cit., pp. 46-47.

"¿Por qué es poseedor el propietario y no lo son las personas a que se refiere el artículo 793? Sencillamente porque la posesión jurídica es exclusivamente un derecho y no un hecho que en sí y por sí solo tenga consecuencias jurídicas a favor del que lo ejercita. En el caso que estudiamos es un derecho totalmente integrado porque es una actitud atribuida directamente al propietario, a pesar de que no lo está ejercitando y a pesar de que otro lo haga....."

"Posesión originaria y posesión derivada. Vuelven a aparecer contradicciones en la doctrina que comentamos cuando enfrentamos al propietario con otra persona que no sea una de las previstas en el artículo 793 citado, frente al usufructuario, depositario, arrendatario, etc. y el resto de las personas que tienen derecho a usar, gozar o conservar la cosa, el propietario ha dejado temporalmente, no solo el ejercicio del poder de hecho, sino el derecho a este ejercicio, en vista de la atribución que la ley hace directamente, no al propietario, sino a las personas antes mencionadas (artículo 791 del Código Civil). En estos casos aunque la ley diga que el propietario tiene posesión originaria y lo llame poseedor, no tiene posesión actual de la cosa, porque la tienen las personas antes mencionadas, a quienes la ley se las ha otorgado temporalmente, pero en forma directa. En todos estos casos el propietario no es poseedor actual frente a la posesión derivada, y el arrendatario, usufructuario, etc. podrán impedir que el propietario ejercite el poder de hecho sobre la cosa, por todo el tiempo que duren sus derechos, ya que aquí la posesión es la atribución directa y temporal del ejercicio del poder de hecho a favor de las personas antes mencionadas. Estas personas pueden pedir que se les mantenga o restituya; son poseedoras frente a todo el mundo, aún frente al

propietario mismo, quien por lo tanto ha dejado de ser poseedor de la cosa, temporalmente, frente a ellas"³³

En resumen, Morineau rechaza que la posesión sea definida como un hecho generador de consecuencias jurídicas, porque:

1.- El poseedor originario frente al detentador (artículo 793 del Código Civil) tiene derecho a poseer aún cuando este último tenga o ejerza un poder de hecho sobre la cosa, en virtud de la situación de dependencia que tiene el detentador o poseedor precarista respecto del propietario. Este puede obligarlos a que le devuelvan la cosa y no ejerce ese poder de hecho sobre la cosa.

2.- Frente al poseedor derivado (artículo 791 del Código Civil, el usufructuario, arrendatario, depositario etc.), el propietario ha dejado temporalmente de poseer la cosa, es decir no tiene el derecho al ejercicio del poder de hecho, carece de posesión actual de la cosa a diferencia del poseedor derivado que sí goza de esa posesión aunque en forma temporal.

3.- Morineau considera que la posesión es un derecho que radica en la atribución del ejercicio del poder de hecho. Es un derecho subjetivo, pues otorga una facultad a favor del poseedor e impone una obligación de respeto a las demás personas. Este derecho subjetivo encuentra protección mediante los interdictos y las acciones posesorias.

³³ Ibid., pp. 48-49.

Expresa Morineau:

"De aquí en adelante debemos entender la definición del artículo 790 del Código Civil como sigue: es titular del derecho de posesión el que está facultado para ejercer un poder de hecho sobre las cosas (bienes). Es poseedor de un derecho, el que goza de él; el derecho de posesión es la atribución del ejercicio de poder de hecho sobre las cosas (bienes) y el goce de los derechos"³⁴

Morineau, se refiere a la facultad que se otorga a una persona para realizar el poder de hecho sobre los bienes o gozar de un derecho, esa facultad será una atribución que se le confiera pero deberá ser reconocida en el ordenamiento jurídico; pues no basta el solo ejercicio del poder de hecho sobre las cosas para configurar la posesión. El derecho existe por su sola atribución aún cuando no se esté ejercitando.

"Tratándose del derecho de propiedad, usufructo, arrendamiento y de todos los derechos que atribuyen el uso, disfrute y conservación de la cosa, existe el derecho aunque no se ejercite, supuesto que el derecho es la facultad y su objeto es actividad facultada. No es el ejercicio requisito para la existencia del derecho. Al contrario, el titular tiene otra facultad fundada en la atribución anterior, la de optar por el ejercicio o no ejercicio (libertad jurídica). En estos derechos la existencia del hecho (su ejercicio) no es necesario para la existencia del derecho. No desaparece el objeto por el no ejercicio supuesto que el objeto no consiste en el fenómeno natural que es idéntico al ejercicio

³⁴Morineau, Oscar. Ob. Cit., p. 54.

sino en la posibilidad de realizarlo; la norma atribuye la posibilidad de conducta"³⁵

A) Crítica de Oscar Morineau al artículo 790 del Código Civil.

"Inaplicabilidad en derecho positivo de la doctrina inferida en el artículo 790 del Código Civil. Se comprende que no sea poseedor jurídico el poseedor de hecho a pesar de que esté ejercitando el poder de hecho (objeto del derecho) por la sencilla razón de que a él no se le hizo la atribución del hecho y el derecho es la atribución. Se comprende que no sean poseedores los detentadores subordinados (artículo 793 del Código Civil) por la misma razón. Pero lo que no puede comprenderse es como puede seguir siendo poseedor el poseedor jurídico si el objeto de su derecho es el ejercicio del poder de hecho. Nos encontraríamos con una atribución o derecho sin objeto, en el supuesto de que el objeto del derecho fuera el fenómeno natural y no la posibilidad de su realización; si el objeto de la posesión fuera el hecho natural, al desaparecer el hecho, desaparecería el objeto y necesariamente desaparecería el derecho"³⁶

³⁵ Ibid., p. 55-56.

³⁶ Loc. Cit.

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA
CAPITULO TERCERO
DIFERENCIAS ENTRE EL ABUSO DE CONFIANZA CON EL ROBO Y EL
FRAUDE GENERICO

3.1 Los presupuestos.

Doctrinalmente no existe un criterio uniforme sobre los presupuestos, como afirma el Doctor Celestino Porte Petit en su obra "Apuntamientos de la parte general del derecho penal"

3.1.1 Clasificación de los presupuestos.

"En la doctrina existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos:

a) Una negándolos, y

b) Otra que los acepta, en la cual se cuentan los autores que admiten la clasificación:

a') De presupuestos del delito y del hecho, y

b') Los que sostienen únicamente los presupuestos del hecho".¹

¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal. Editorial Porrúa; México 1989. pp. 207-208.

Los presupuestos, ya sean denominados del delito o bien del hecho, del delito y del hecho o solo del hecho son definidos por Grisapigni como:

"Las circunstancias constitutivas antedecentes, es decir toda circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista".²

La anterior definición no engloba todos los razonamientos jurídicos sobre el particular que nos ocupa, sin embargo se presenta como un soporte para el preámbulo del análisis a que nos referiremos de inmediato.

3.1.2 Los presupuestos generales del delito.

Los presupuestos del delito pueden ser divididos en generales y especiales.

Los presupuestos generales del delito -aún cuando exista discrepancia en esta apreciación por algunos juristas e investigadores- lo son de cada uno de los elementos constitutivos del delito:

"Así el sujeto activo lo será del elemento objetivo: conducta o hecho; el tipo o norma penal, de la tipicidad, el mismo tipo, de la antijuridicidad; la imputabilidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, considerándola como consecuencia del delito, serán sus presupuestos, los elementos del delito".³

² Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p.208.

³ Loc. Cit.

Los presupuestos generales del delito, son comunes a la generalidad de los delitos que contempla nuestra legislación penal.

Por lo anterior la ausencia de uno o más presupuestos generales del delito, recaería directamente sobre algunos de los elementos que constituyen a éste -no importando la concepción que la persona se haya formado para la conformación del mismo- reeditando en ausencia del delito.

“Es indudable que la ausencia de la norma penal, de la inimputabilidad, o de cualquier otro presupuesto general, originan según el caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose es lógico según los casos, diverso aspecto negativo del mismo”⁴

3.1.3 Los presupuestos especiales del delito.

Son definidos por el maestro Celestino Porte Petit como:

“..aquellos requisitos jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo”⁵

La ausencia de los presupuestos especiales trae como consecuencia, no la inexistencia del delito, sino la traslación de la conducta o hecho a otro tipo delictivo, presentándose por tanto un delito diverso. Aunque

⁴ Ibid. p. 209.

⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit. p. 210.

algunos consideren que no se da traslación de un tipo delictivo a otro, sino la existencia de un sólo delito exclusivamente, por lo que omitiremos en esta investigación referirnos a discusiones que lejos de aclarar y abreviar el tema en estudio formaría un dédalo jurídico insondable.

3.1.4 Los presupuestos especiales de la conducta o hecho.

Para Manzini pueden ser definidos como:

“aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito”⁶

Por lo que la privación de alguno de los elementos jurídicos o materiales, anticipado a la ejecución de la conducta o hecho, cuya existencia es necesaria para que pueda manifestarse ese elemento objetivo, trae como consecuencia, la imposibilidad de realización de ese primer elemento e inductivamente del propio delito.

Se colige que la ausencia del requisito material exigido por la ley, trae como consecuencia la imposibilidad para la configuración del delito y que la falta del requisito jurídico acarrea el traslado de un tipo delictivo a otro o bien la privación del delito. Esa transposición de un delito a otro deberá contener el mismo núcleo del verbo, y adelantamos por lo tanto que la apropiación, el apoderamiento y la disposición,

⁶ Loc. Cit.

históricamente fueron considerados términos sinónimos, pues todos derivan del furtum.

3.2 Los presupuestos especiales del delito y la transmisión de la tenencia.

3.2.1 La transmisión de la tenencia.

Como proposición, expresamos que "la transmisión de la tenencia" es un requisito o antecedente necesario, que exige la ley para poder configurar el delito de abuso de confianza (artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal) y su ausencia deriva en un traslado o conformación al delito de robo, por lo que se trata de un presupuesto especial del delito (en ningún momento un requisito material de la conducta o hecho), este requisito jurídico encuentra su origen en una ley, contrato, mandamiento de autoridad, etc. es previo a la conducta o hecho y sin el cual se modifica el título de la figura delictiva en estudio.

La transmisión de la tenencia de un bien mueble, se da mediante la existencia de un acto jurídico que reitera directamente sobre la cosa que generalmente es entregada por el propietario a otra persona a fin de que este último la retenga temporalmente y el cual no guardará una relación jurídica de dependencia referente al propietario, por lo que el tenedor o poseedor precarista (leer el artículo 790 del Código Civil)

actuará en correspondencia con el inmueble, en la autonomía que se le concede.

Lo anterior es evidenciado de la siguiente manera:

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 poseída 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 a su alcance puramente material a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa e inmediatamente sobre el objeto. El doméstico tiene dentro de su esfera material los útiles de su trabajo, pero sin que sobre los mismos haya recaído un acto jurídico que lo tenga como objeto directo e inmediato. En igual condición se encuentra el dependiente en relación con las mercancías que vende a los compradores. Es decir, cuando la cosa mueble está dentro de la esfera material de una persona como consecuencia de un acto jurídico, cuyo objeto sea distinto al de la cosa en sí, no tendrá una posesión derivada sino una posesión precaria. El dependiente es un precarista en relación con las mercancías porque aún cuando las tenga dentro de su alcance material, ello sucede a virtud del contrato laboral correspondiente; otro tanto sucede con el doméstico e incluso con el porteador. El hecho de que tanto el doméstico como el dependiente se les

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

Amparo directo 3884/80. Jerónimo Navarro Alonso. 2 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena.

Séptima Época: Vols. 139-144, Segunda Parte; Pág 9.

Séptima: Vol. 35, Segunda Parte, Pág 13.

Como ya se mencionó en el capítulo segundo de la presente obra cuando expresamos: "tenedor de la cosa", debemos entender que se trata de aquella persona que ejerce: un poder de hecho, temporal, sobre la misma, pero a la cual no le confiere la ley en forma alguna el derecho de ser considerado como poseedor derivado y menos aún poseedor originario, es decir, recibe el bien mueble como resultado de una prestación personal proveniente generalmente de un acto jurídico o contrato cuyo objeto directo e inmediato recae sobre la relación antes aludida en trabazón al propietario.

...inferimos que existen dos clases de posesión: la originaria y la derivada: De ellas es a la segunda a la que la ley se refiere bajo la expresión de "tenencia", dado que el poseedor precario recibe del dueño el derecho de retener la cosa temporalmente pero no puede ejercer sobre ella ningún acto de dominio, al contrario de lo que sucede en aquella posesión o poder de hecho que se ejerce en concepto de dueño. Por eso, con razón, Carrete Herrera concluye afirmando que "cuando al referirse al presupuesto material del hecho en el abuso de confianza, nuestro Código Penal vigente, emplea la palabra tenencia, se está refiriendo indudablemente a la posesión derivada que se ejerce sobre la cosa, y no a la mera detentación, material de la misma que no llegue a constituir posesión derivada. Es decir, para los efectos del abuso de confianza, tenencia y posesión son palabras sinónimas de acuerdo con la doctrina que acoge nuestro derecho privado y a la que en este capítulo nos hemos referido"⁷

3.2.2 Entrega de la cosa y entrega de su custodia.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra comentarios de derecho penal, se refiere a la importancia de diferenciar los conceptos de "entregar la cosa" y "entregar su custodia" tema que atañe indiscutiblemente a la autonomía para actuar respecto de la cosa, sin la ingerencia o vigilancia del propietario o persona de quien se haya recibido y que se encuentra contemplada dentro del artículo 793 del Código Civil.

⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal (Parte especial), Editorial Porrúa, México 1989. p. 142

“...Sebastián Soler sostiene que “son muy distintos el acto de entregar la cosa y el de entregar su custodia” agregando que existe custodia, cuando por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función, el sujeto no sólo maneja la cosa, sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido. Ello está plenamente de acuerdo con lo que el propio autor entiende por presupuesto de la retención y no es sino la “preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder legítimamente adquirido”, es decir de un poder de hecho sobre la cosa concedido voluntariamente por quien podía concederlo”⁸

“...no puede confundirse la simple tenencia de la cosa con la posesión que sobre ella tiene el agente, como situación previa y necesaria al acto de disposición integrante del delito, debe pues darse, no la mera entrega material sino el traslado de la posesión de la cosa, ya que mientras subsista la custodia del titular su recepción no dejará de ser una simple detentación, un contrato a acceso que no puede por sí, otorgarle al agente poder alguno respecto de ella”⁹

⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob cit. p. 144.
⁹ Loc. Cit.

3.2.3 La autonomía del poseedor derivado.

Francisco Pavón Vasconcelos, toca un punto de gran importancia respecto a la autonomía que tiene el poseedor derivado de la persona que le entrega la cosa mueble , cuando expresa:

“...la detentación sobre la cosa integraría una verdadera posesión cuando resulte apta para establecer una vinculación jurídica entre el poseedor y la cosa, rompiendo la relación de custodia del dueño sobre ella”

El maestro Rafael Rojina Villegas, define a la posesión de la siguiente manera:

“ La posesión es un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho.”¹⁰

“...no debe confundirse el poder económico dependiente del depositario o de ciertos poseedores con la detentación subordinada de aquél que retiene la cosa en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que ha recibido del dueño, para cumplir un servicio como por ejemplo: el trabajador o sirviente , el porteador en el contrato de transporte , el

¹⁰ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Editorial Porrúa, México 1991. p. 638.

hotelero respecto del equipaje del huésped o el constructor de obra mueble que ha recibido la materia prima, para darle forma".¹¹

"...el animus en la posesión originaria y derivada queda constituido por el simple propósito de aprovechamiento o de custodia, que va necesariamente vinculado al corpus, como lo pensó Ihering, de tal manera que en la entraña misma de éste último se encuentra imbibido el fin o propósito que se revela por los actos materiales que constituyen el corpus en el aprovechamiento o custodia de los bienes objeto de posesión".¹²

"...De esta suerte, pueden existir las siguientes posesiones: la originaria o animus domini, como consecuencia de la propiedad o del goce efectivo de ella; la derivada como consecuencia de los derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbre, o el goce efectivo de los mismos, aún cuando no exista título, asimismo la derivada como consecuencia de los derechos personales que transmitan el uso o goce de los bienes ajenos o simplemente la custodia de los mismos".¹³

Agregando que no sólo se debe romper con la relación de custodia o vigilancia de que habla el maestro Pavón Vasconcelos la cual se refiere al elemento animus de la posesión derivada exclusivamente, sino que también debe destruir el propósito de aprovechamiento total o parcial y el cual se encuentra ligado al corpus, por lo que al darse la ausencia del aprovechamiento total o parcial de la cosa o su mera custodia,

¹¹ Rojas Villegas, Rafael. Ob. cit. p. 639.

¹² Ob. cit. p. 639.

¹³ Ibid. p. 640.

romperíamos con el elemento psicológico y material que integran la posesión originaria y la derivada.

La custodia no equivale a la posesión misma, y no es la expresión más legítima del poder de hecho y de derecho que el titular tiene sobre la cosa , la custodia como ya se expresó, sólo es un elemento psicológico, relativo a la posesión derivada e íntimamente ligado al corpus.

A) Transmisión de la posesión a otra persona.

Por lo anterior, para poder transmitir la posesión a otra persona , es necesario:

1.- Renunciar a la posibilidad de ejercer un poder físico en forma directa y exclusiva sobre la cosa como consecuencia de la propiedad o del goce efectivo de ella. Cuando nos referimos a la posesión originaria o *animus domini*.

2.- Esa renunciación temporal a la posibilidad de ejercer el poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre la cosa , debe ser como una consecuencia de la constitución de los derechos reales de usufructo, uso, habitación , servidumbre, prenda, etc. o de la asunción de la custodia, en favor de la persona que se denominará poseedor derivado.

Constituyendo los dos requisitos antes expresados, el primer paso a seguir para conformar el presupuesto técnico del abuso de confianza, directriz de gran importancia para diferenciar al citado delito del robo y fraude genérico.

3.2.4 El presupuesto del delito de abuso de confianza.

1.- Mariano Jiménez Huerta, también se refiere "al presupuesto básico" del delito de abuso de confianza, expresando:

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

2.- Francisco González de la Vega, explica lo que para él es "LA ACCION DE TRANSFERIR LA TENENCIA Y NO EL DOMINIO"

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

3.2.5 Contratos o actos jurídicos que transmiten la posesión derivada de un bien mueble.

A continuación expresaremos los contratos o actos jurídicos por virtud de los cuales se puede transferir la posesión de los bienes muebles y que pueden ser el próambulo para la realización del delito de abuso de confianza.

Del artículo 791 del Código Civil, desprendemos:

" 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:

1.- Usufructuario. Según se desprende del artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal, el usufructo es: "el derecho real y temporal de disfrutar los bienes ajenos"

"El usufructuario tiene el derecho de ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias y ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario, siempre que en el se efectúe el usufructo." (artículo 989 del Código Civil para el Distrito Federal)

"El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario, terminarán con el usufructo" (artículo 1002 del Código Civil para el Distrito Federal)

De lo anterior se colige que el usufructuario puede enajenar, arrendar, y gravar su derecho de usufructo, por lo que si llegado el momento realiza cualquiera de las hipótesis citadas, perderá sus derechos de usufructuario aún temporalmente y por lo tanto no puede ser considerado en este inter de tiempo como candidato para poder convertirse en sujeto activo del delito de abuso de confianza o apropiación indebida a que se refiere el maestro Mariano Jiménez Huerta, pues ha perdido la posesión derivada de la cosa.

2.- Arrendatario.- "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 y goce un precio cierto" (artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal)

“La posibilidad de abuso de confianza se reserva a los arrendamientos de cosas muebles. El arrendatario que se extralimita en sus derechos sobre la cosa incurrirá en las sanciones penales de abuso, cuando esa extralimitación se manifieste en la forma de disponer u obrar sobre la cosa cum animo domini, sea para venderla, gravarla o empeñarla o sea para retenerla como si fuera su dueño. En cambio, los simples incumplimientos de sus obligaciones contractuales, cuando no llevan incluido el ánimo de apropiación, ameritan puras sanciones civiles, como en los casos en que el arrendatario vencido el plazo, continúe gozando el bien, o cuando lo subarriende no obstante la ausencia de autorización del dueño o cuando use la cosa para un fin no previsto en el contrato”.¹⁴

“Inquietante cuestión surge cuando se trata de resolver si comete delito de abuso de confianza el poseedor de un bien inmueble por naturaleza, que con fines de apropiación, moviliza un objeto que forma parte del inmueble por estar fijo y permanentemente adherido a él como un todo orgánico. En caso de la solución afirmativa pudiera esgrimirse insita en la de lo principal y que el acto de movilizar dicho accesorio objeto tiene la significación y el alcance de una apropiación ilegítima. Empero aunque el razonamiento anterior no esta desprovisto de lógica, no creemos que pueda aceptarse penalísticamente, pues el tipo de abuso de confianza exige como presupuesto fáctico que la tenencia de la cosa ajena mueble hubiere sido transmitida al sujeto activo del delito con anterioridad a la ejecución de la conducta típica. Lo transmitido con

¹⁴ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1993. p. 234.

anterioridad en el caso en examen, no fue una cosa mueble sino inmueble, de la cual después el agente moviliza una parte simultáneamente a su apropiación. Falta por tanto la concurrencia del presupuesto típico -transmisión de la tenencia de una cosa mueble- necesario para el encuadramiento del caso en el delito de abuso de confianza. Espero si cuando se transmitió la tenencia del inmueble al sujeto activo, aquel objeto estaba ya separado de la tierra o del edificio que formaba parte, obvio es que es susceptible de apropiación indebida, pues para la realística penal tiene la connotación de mueble.¹⁵

3.- Acreedor Pignoraticio.- (Artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal) "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago"

"...aunque en el caso en que el deudor no satisfaga la prestación garantizada por la prenda, su poseedor no queda autorizado para adueñarsela; por regla general su derecho se limita a solicitar del juez decrete la venta en pública almoneda."¹⁶

"Si la prenda se constituye jurídicamente quedando en poder de un tercero, éste por recibir la simple tenencia de la cosa, no tiene facultad alguna de disposición; guarda la misma situación explicada en el párrafo anterior."¹⁷

¹⁵ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. Editorial Porrúa. México 1986. p. 112.

¹⁶ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. p. 238.

¹⁷ Ibid. p 238

1

''Si la prenda se constituye jurídicamente quedando en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorize la ley, como dueño que es de la cosa cuyo dominio conserva, en ningún caso puede ser el autor de un abuso de confianza ; la infracción realizable será el fraude previsto en el artículo 387 fracción II del Código Penal''¹⁸

Artículo 387 fracción II del Código penal para el Distrito Federal:

''Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellas o un lucro equivalente''

''El dueño de la cosa dada en prenda a otro que intencionalmente la destruye o dispone de ella, comete el delito equiparado al robo previsto en la fracción I del artículo 368 del Código Penal para el Distrito Federal''¹⁹

Artículo 368 fracción I del Código penal para el Distrito Federal: ''El apoderamiento o destrucción de una cosa propia mueble, si ésta se haya por cualquier título legítimo en poder de otra persona y no medie consentimiento''

¹⁸ Ibidem. p. 238.

¹⁹ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. p. 238.

4.- Depositario.- El maestro Francisco Pavón Vasconcelos estima que la doctrina distingue entre el depósito judicial y el extrajudicial; englobándose en este último los depósitos civiles, mercantiles y administrativos.

Depósito civil.- El artículo 2516 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "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 restituirla cuando la pida el depositante"

"Si el depósito civil, como se tiene visto, implica la entrega de la posesión de la cosa al depositario, por parte del depositante, con la obligación de aquél de restituirla en el momento en el que se le requiera, la disposición de ella constituye una conducta típica de abuso de confianza, por darse los elementos de la figura delictiva: a) entrega de la cosa en tenencia; b) disposición de la misma por el depositario; c) perjuicio patrimonial como consecuencia de esa indebida disposición".²⁰

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. p. 154.

Cuando el depositario de los bienes secuestrados o embargados es su propio dueño, no se configura el delito de abuso de confianza genérico previsto por el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que la persona conserva el dominio de la cosa mueble, sin embargo la fracción 1ª del artículo 383 del mismo ordenamiento represivo expresa: "Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

"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..."

El legislador consideró establecer como equiparable el abuso de confianza, el hecho de disponer o sustraer una cosa, por parte de su dueño, cuando la ha dado en prenda y la conserva en su poder en virtud de un contrato (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 ésta).

Artículo 383 fracción II del Código Penal:

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

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Si el depositario judicial es el propio dueño de la cosa mueble y si dispone de ésta o la sustrae, su conducta se encuadrará en la fracción inmsdiata anterior. Cuando el depositario judicial no es el dueño de la cosa , tiene la posesión derivada de la misma y no el dominio, por lo que realizará el delito de abuso de confianza genérico, previsto por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal. Los planteamientos antes enunciados, son aplicables para el caso de que el depositario, propietario, o no de la cosa mueble, es designado por las autoridades administrativas o del trabajo.

El artículo 555 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal expresa:

“ Si el secuestro se efectúa en una finca rústica o en una negociación mercantil o industrial, el depositario será mero interventor con cargo a la caja, vigilando la contabilidad...”

El interventor con cargo a la caja es el depositario cuando el secuestro se realiza sobre una finca rústica , una negociación mercantil o industrial, coligiéndose que los bienes muebles siguen perteneciendo a la negociación mercantil etc. y si el depositario dispone de éstos se configurará el delito de robo y no abuso de confianza, porque a éste solo se le transmitió la posesión derivada de los productos obtenidos y no de los bienes muebles, si llega a disponer de los productos obtenidos, se configura el delito de abuso de confianza.

El depósito mercantil.- el artículo 332 del Código de Comercio, establece: "Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil"

"Al ocuparse del depósito mercantil, Godofredo E. Lozano estima que un depósito tiene carácter comercial cuando es realizado en un banco o en una empresa encargada de la guarda y conservación de efectos personales o bien cuando se efectúa dicho depósito por comisionista, aún cuando este no haga del depósito el objeto de su tráfico habitual. De igual manera estima que el depósito es comercial cuando se realiza por un comerciante, aún cuando el depositario no tenga esa calidad, es decir, que el depósito es mercantil cuando uno de los contratantes es comerciante, o bien el depósito tenga por objeto un acto de comercio o nasca de una acto de esta naturaleza".²¹

El depósito regular.- En este depósito la cosa se entrega para su guarda o custodia y se transmite por ende la posesión derivada de la misma; normalmente se presenta con la entrega al banco en saco, sobre sellado, estuches, etc. del bien mueble, el banco se obliga a conservarlo, guardarlo y custodiarlo en un lugar que presente buenas condiciones de seguridad y lo devolverá al depositario al término del depósito o cuando éste lo solicite.

²¹ Loc. Cit.

El depósito irregular.- A través de este depósito, el depositario transfiere la propiedad del dinero a la Institución bancaria, obligándose esta última a restituirle una suma igual y de acuerdo al pacto establecido. Como se transfiere la cosa en propiedad no se presenta la transmisión de la propiedad derivada.

"Por último, el depósito administrativo es aquél que tiene existencia con motivo de alguna concesión, permiso o autorización y transmite la posesión de la cosa con la obligación de parte del depositario de restituirla cuando lo requiera el depositante, la disposición de la cosa es un acto típico de abuso de confianza".²²

5.- El comodato.- Artículo 2497 del Código Civil para el Distrito Federal: "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"

De tal manera que si el comodatario dispone para sí o para otro de la cosa mueble objeto del contrato, se configura el delito de abuso de confianza genérico. Pero dejando debidamente claro que la exlimitación de los derechos establecidos en el contrato en forma alguna es constitutiva de la figura delictiva en estudio, como en el caso de que el comodatario de propia voluntad y sin la autorización del comodante permita el uso de la cosa mueble a un tercero.

²² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob cit. p. 156.

6.- Mandato.- Artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal.-

''El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga''

Dicho contrato puede traer como consecuencia que el mandante reciba la cosa mueble en posesión derivada para que éste la destine a ciertos usos y/o con la obligación de restituirla al mandante, en tales casos el mandatario no recibe el dominio del bien mueble y si realiza actos de disposición indebida respecto de la cosa se configura el delito de abuso de confianza, aunque el Código Civil para el Distrito Federal determine:

''De las obligaciones del mandante en relación con el mandatario

Artículo 2572.- ''El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión ; así como de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyó en mora''

''El anterior precepto ha dado lugar a la ingenua interpretación de que si el mandatario dispone de las sumas no es acreedor a la represión penal, puesto que el Código Civil se limita a señalar la sanción privada de pago de los intereses y de las cantidades en que resulte alcanzado. Nada autoriza semejante criterio porque no existe delito patrimonial que al mismo tiempo no entrañe una violación de los derechos civiles; en otras palabras, cualquier tipo de delito que afecte el patrimonio de las personas amerita dos diversas categorías de sanciones, la propiamente

penal y la de reparación del daño y dentro de esta la restitución o la indemnización en su caso, más los daños"²³

3.3 Diferencias entre los delitos de robo, abuso de confianza y fraude genérico.

3.3.1 Regulación jurídica del robo, abuso de confianza y fraude genérico.

En el Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, denominado "Delitos en contra de las personas en su patrimonio" del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, se encuentran regulados los delitos de robo, abuso de confianza y fraude.

Capítulo Primero.- "Robo"

Capítulo Segundo.- "Abuso de Confianza"

Capítulo Tercero.- "Fraude"

Capítulo Tercero bis.- "Extorsión"

Capítulo Cuarto.- "De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso"

Capítulo Quinto.- "Despojo de cosas inmuebles o de aguas"

Capítulo Sexto.- "Daño en propiedad ajena"

²³ González de la Vega Francisco. Ob cit. p.237

1) Artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal:

''Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley''

2) Artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal:

''Al que con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio''

3) Artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal:

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

''Considerando sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, todos los delitos patrimoniales tienen un rasgo en común, una semejanza consistente en el perjuicio patrimonial resentido por la víctima...''²⁴

²⁴ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1993. p. 162.

“Lo que varía en los distintos tipos de delitos patrimoniales son los procedimientos de ejecución efectuados por el infractor para causar la disminución patrimonial.”²⁵

3.3.2 Procedimiento para la ejecución de los delitos.

En la medida que se desarrolla la cultura y se dan cambios sociales y políticos, los delitos se van perfeccionando, el ladrón ya no utiliza exclusivamente la violencia para apoderarse de los bienes de otros sujetos, se desarrollan diversas formas más inteligentes y elaboradas para la realización de otras figuras delictivas en las que ya no está por medio la brutalidad. Sin embargo es un rasgo característico común del apoderamiento, indebida disposición o engaño el que se dé en contra del patrimonio de las personas, encontrando de esta manera, una división que nos servirá para iniciar el estudio sobre las diferencias en los procedimientos de ejecución para la consecución del delito de que se trate en contra de las personas en su patrimonio.

El maestro Francisco González de la Vega elaboró una interesante clasificación partiendo del estudio de los efectos sufridos en el sujeto pasivo en su patrimonio, para el estudio de las figuras delictivas que nos ocupan, expresando:

“a) Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido; y”

“b) Delitos patrimoniales de simple injuria”

²⁵ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. p. 162.

Entre los primeros se incluyen el robo, el abuso de confianza, los fraudes, el despojo, la extorsión y los de quiebra, es decir, salvo el daño en propiedad ajena todos los delitos que componen el título...²⁶

Estos delitos son cometidos en perjuicio de las personas en su patrimonio pero va de la mano el hecho de que el sujeto activo que los realiza obtiene correlativamente un enriquecimiento indebido en provecho propio o de otra persona, no admitiéndose la posibilidad de que su realización sea culposa.

En la segunda clasificación encontramos al delito de daño en propiedad ajena, pues el sujeto activo del delito no obtiene generalmente algún beneficio económico por su realización aunque se presenta el perjuicio al patrimonio perteneciente al sujeto pasivo de que se trate, admitiéndose la posibilidad de que su perpetración sea culposa.

De acuerdo a la clasificación que realiza el Código Penal, el delito de robo y abuso de confianza tienen como objeto del delito un bien mueble. Los fraudes pueden recaer sobre bienes muebles e inmuebles al igual que las quiebras delictuosas, daño en propiedad ajena y extorsión. El despojo puede ser cometido en bienes inmuebles únicamente.

²⁶ Ibid. p. 163.

“Entre los primeros se incluyen el robo, el abuso de confianza, los fraudes, el despojo, la extorsión y los de quiebra, es decir, salvo el daño en propiedad ajena todos lo delitos que componen el título...”²⁶

Estos delitos son cometidos en perjuicio de las personas en su patrimonio pero va de la mano el hecho de que el sujeto activo que los realiza obtiene correlativamente un enriquecimiento indebido en provecho propio o de otra persona, no admitiéndose la posibilidad de que su realización sea culposa.

En la segunda clasificación encontramos al delito de daño en propiedad ajena, pues el sujeto activo del delito no obtiene generalmente algún beneficio económico por su realización aunque se presenta el perjuicio al patrimonio perteneciente al sujeto pasivo de que se trate, admitiéndose la posibilidad de que su perpetración sea culposa.

De acuerdo a la clasificación que realiza el Código Penal, el delito de robo y abuso de confianza tienen como objeto del delito un bien mueble. Los fraudes pueden recaer sobre bienes muebles e inmuebles al igual que las quiebras delictuosas, daño en propiedad ajena y extorsión. El despojo puede ser cometido en bienes inmuebles únicamente.

²⁶ Ibid. p. 163.

A) Formas para la realización de los delitos:

En el robo, la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, radica en el apoderamiento de la cosa ajena mueble sin consentimiento y sin derecho.

De tal suerte que el agente:

a) Toma posesión de la cosa y la tiene bajo su radio de acción personal.

b) Esta cosa mueble no le es entregada al ladrón sino que despoja al sujeto que la tiene en su poder.

c) El ladrón aprehenderá directa o indirectamente a la cosa. En el primer caso cuando toma la cosa mueble con sus manos, sin derecho ni consentimiento. En la segunda hipótesis el ladrón logrará apoderarse de la cosa ajena mueble sin derecho ni consentimiento usando medios mecánicos, animales amaestrados, terceras personas, etc.

En el abuso de confianza, encontramos una indebida disposición del bien mueble que fue transmitido en tenencia o posesión derivada y no en dominio.

La conducta realizada por el sujeto activo no consiste en el apoderamiento. No existe necesidad de tales medios para su realización porque la cosa mueble es recibida por el sujeto como resultado de la transmisión de la posesión derivada por quien tenga derecho a hacerlo y su disposición para sí o para otro en perjuicio de alguien radicará en el desvío del destino para el cual fue recibida, ya sea por medio del ocultamiento, enajenación, empeño, cambio de apariencia, situaciones tales que evidencien la indebida disposición en perjuicio de alguien.

En el delito de fraude genérico, encontramos que se utilizan el engaño o el aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de un bien o alcanzar un indebido lucro.

a) Por engaño debemos entender:

“...Debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño -mutación o alteración de la verdad- supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva. Lo común en el “engaño” y “al aprovechamiento del error” es el estado mentiroso mental en el que se encuentra la víctima; una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude”.²⁷

²⁷ Ibidem. p. 251.

“El engaño consiste en la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer, Engañar según el Diccionario de la Real Academia española, es dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Engañar, pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad.”²⁸

b) “El aprovechamiento del error es, por el contrario, una acción negativa, mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error, el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima simplemente conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa.”²⁹

“Debemos distinguir entre error e ignorancia. El error es un concepto equivocado, la ignorancia es la ausencia de todo concepto. Error es saber mal, ignorar es no saber.”³⁰

“Esta forma de realizarse la conducta fraudulenta se manifiesta múltiples veces en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste al error en que la víctima se hallaba inmersa.”³¹

²⁸ Zamora-Pierce, Jesús. El Fraude. Editorial Porrúa. México 1989. p.

²⁹

González de la Vega, Francisco. Ob. cit. p. 251.

³⁰ Zamora-Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 93

³¹ Jiménez Huerta Mariano. Ob cit. p. 175.

“...En el aprovechamiento del error, si bien el agente no simula la realidad para sumergir en error a su víctima, disimula dicha realidad o impide con su actitud que la víctima salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida.”³²

De tal suerte que el deudor se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con el consentimiento del sujeto pasivo en conexidad con el engaño o aprovechamiento del error, constituyendo estas conductas los medios para lograr su injusto objetivo de enriquecimiento ilegítimo, a diferencia del robo en que la cosa llega al sujeto pasivo a través del apoderamiento sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa mueble conforme a la ley.

“...Cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo a que nos estamos refiriendo.”³³

Coligiéndose que si el sujeto activo del delito recibe la cosa mueble con el consentimiento de su propietario o poseedor a consecuencia de un engaño o aprovechamiento del error en que este se halla, estaremos en presencia del delito de fraude genérico. Si recibe el bien mueble en posesión derivada y dispone de este en perjuicio de alguien que tenga derecho a la cosa, se configurará el delito de abuso de confianza.

³² Ibid. p. 176.

³³ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. p. 180.

3.3.3 El momento de adquisición de la cosa

A) El ladrón se apodera de la cosa mueble en el momento consumativo del delito de robo, desapoderando correlativamente a su víctima.

Artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal.- "Se dará por consumado el robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella"

B) En el abuso de confianza el sujeto activo del delito obtiene la posesión derivada de la cosa a consecuencia de un contrato, acto jurídico, disposición legal, mandamiento de autoridad etc., adquiriéndola legítimamente, y dispone indebidamente del bien mueble con posterioridad a la asunción de la posesión derivada.

ABUSO DE CONFIANZA Y ROBO. DIFERENCIAS, POSESIONES DERIVADA Y PRECARIA.
Mientras que el poseedor derivado que dispone del bien comete el delito de abuso de confianza, el precarista lo que ejecuta es un robo; una directriz correcta para diferenciar al precarista del poseedor derivado, es la 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 con el dueño del mismo, en el segundo (poseedor derivado), el bien llega a poder de quien se convertirá en activo, a virtud de un acto jurídico cuyo objeto principal está constituido por un comportamiento en relación con el objeto; tal es el caso del doméstico y

del depositario respectivamente. Así en el caso de un obrero empleado en un taller, los instrumentos que usa para el desempeño de su trabajo, no tienen porque ser considerados como poseídos en forma derivada a título precario.

Amparo directo 2590/71. Fernando Pedrín Avilés. 24 de noviembre de 1971.
Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Séptima Época: Vol 35, Segunda Parte.
Pág 113.

...Es obvio afirmar que sólo a través de la concurrencia de estas cuatro constitutivas, puede admitirse que existe el abuso de confianza, razón por la que es indispensable la comprobación de todas y cada una de ellas. Como la disposición constitutiva del abuso de confianza, entraña forzosamente una violación de la finalidad perseguida por la entrega de la cosa, o un injusto cambio de destino del objeto, es ostensiblemente claro que difiere del simple apoderamiento que requiere la ley, para que se cometa el robo, o del proceder mediante el cual el defraudador se hace fílicitamente de una cosa, a través del engaño generador del fraude, que tiene tal naturaleza...³⁴

³⁴ Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCIII, p. 132, 5ª Época.

C) Por su parte el abuso de confianza se distingue del fraude en que el abusario obtiene la cosa lícitamente, sin emplear engaños, aprovechar errores, maquinaciones o artificios, la actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición.

La existencia de la posesión derivada es la condición indispensable que se requiere para estar en la aptitud de hablar sobre la viabilidad para el nacimiento del delito de abuso de confianza, constituyendo al mismo tiempo el singularísimo rasgo que lo distingue del robo y fraude genérico. Deduciéndose que si cualquier persona esta en aptitud de cometer un robo o fraude en cualquier momento en que una situación le sea propicia para tales efectos, no cualquiera pueda ser sujeto activo en el delito de abuso de confianza o disposición indebida, pues se requiere la existencia previa de la transmisión de la posesión derivada de la cosa mueble y así disponer de esta, mediante los actos que impliquen la desviación, distracción o cambio de destino, para el cual fue entregada.

Fuente: Penal. Sección: Jurisprudencia. Núm. tesis 4. Apéndice: 1985.

Página 9. Vol. Tomo: II

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS. Mientras en el delito de abuso de confianza, es esencial la acción de disponer o disipar la cosa, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal que el abusario obre como si fuera su dueño, tratándose del delito de fraude se requiere la concurrencia del engaño por parte del autor esto es, cuando éste realiza una actividad positivamente mentirosa que hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o cuando se aprovecha del error en que ésta se encuentra, pues si bien en uno y otro ilícitos, el autor alcanza un lucro indebido, que implica disminución patrimonial para el ofendido, de todas formas lo que es esencial, es que en el abuso de confianza, la tenencia del objeto le ha sido confiada voluntariamente, sólo que viola la finalidad jurídica de la tenencia; en tanto que en el fraude el autor se hace de la cosa o valores, mediante el engaño o maquinaciones a que recurre para obtener su entrega.

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. V, pág. 9. A.D. 5084/57. Mario Ruiz Ramírez. 5 votos.

Vol. X, pág. 69 A.D. 7612/57. David Acevedo García. 5 votos.

Vol. XVIII, pág. 17. A.D. 4998/58. Celestino Luján Carrasco. 5 votos.

Vol. XXV, pág. 55. A.D. 1251/59. Esteban González Alvarez. 5 votos.

Vol. XXVI, pág. 20. A.D. 1309/59. Antonio Hernández García. 5 votos.

FRAUDE Y NO ABUSO DE CONFIANZA. DELITO COMETIDO POR EMPLEADOS BANCARIOS.

Si el acusado retiró ciertas cantidades de dinero de la institución de crédito para la que laboraba, previo el apoderamiento ilegal de varias libretas de ahorro en blanco y la falsificación de las mismas, comete el delito de fraude y no el diverso delito de abuso de confianza, ya que tal relación laboral no le transmitía la tenencia de las cuentas de ahorro o de los fondos bancarios de que dispuso.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 186/87. Sergio Marco Antonio ambos de apellidos Loyola García. 26 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretaria: Bertha Edith Quiles Arias.

Informe 1988. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG. 532.

3.4 Robo cometido por dependiente, doméstico etc.

3.4.1 Artículo 381 del Código penal para el Distrito Federal

El artículo 381 del Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, establece:

“Además de la pena que le corresponda conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes:

Fracción II.- “Cuando lo cometa un dependiente o doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste , en cualquier parte que lo cometa”

“Por doméstico se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio gajes o emolumentos, sirve a otro, aún cuando no vive en la casa de éste;”

“Fracción V.- Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes y,”

''Fracción VI.- Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en habitación , oficina, bodega u otros lugares a que tenga libre entrada por el carácter indicado''

3.4.2 Robo agravado o abuso de confianza

1.- Sin duda el artículo 381 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, agrava la sanción que pueda llegar a aplicarse al delincuente (hasta por cinco años) cuando el robo es cometido por un dependiente, doméstico, obrero, artesano, aprendices o discípulos, etc. El problema al que nos enfrentamos, es saber en qué momento estamos ante la presencia de un delito de robo agravado o ante el abuso de confianza. En el abuso de confianza el sujeto activo del delito tiene el bien mueble en posesión derivada o para su custodia, mientras que en el robo agravado cometido por dependientes, domésticos, etc; el ladrón tiene la mera detentación material de la cosa o posesión precaria, como resultado de la actividad que desarrolla en su centro de trabajo en el cual presta sus servicios constituyendo esta última circunstancia el objeto de la relación existente entre el ladrón y el sujeto pasivo quien generalmente resulta ser el propietario del establecimiento, casa, taller, escuela, etc.

ABUSO DE CONFIANZA Y ROBO DE DEPENDIENTE. DIFERENCIAS. El presupuesto técnico del abuso de confianza es lo que se conoce como posesión derivada; debiéndose entender como tal la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto 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 como objeto directo e inmediato la cosa misma; en cambio el empleado de una empresa es un precarista en relación al dinero en efectivo y documentos de valor que maneja, porque aún cuando los tiene dentro de su alcance material ello sucede a virtud de la relación de trabajo que lo une con la empresa.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1519/90. Antonio Alvarado Hernández. 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA ÉPOCA. TOMO VII. ENERO 1991. TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG 95.

ROBO COMETIDO POR DEPENDIENTES O DOMESTICO, PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE, ES REQUISITO QUE NO SE LE HAYA TRANSMITIDO LA TENENCIA Y CUSTODIA DE LA COSA. Para que se dé el delito de robo calificado, previsto y sancionado por el artículo 373 y 380, fracción XII, del Código de Defensa Social para el estado de Puebla, es requisito indispensable que el sujeto pasivo del delito no haya transmitido al activo la tenencia ni custodia de los muebles sobre los que éste último realice el apoderamiento y sustracción , y que su sólo detentación derive con motivo de la relación de trabajo , dependencia o función que desempeñe, pues de suceder lo primero se convierte poseedor derivado de los bienes, y por consiguiente, al disponer de ellos en su provecho da origen al delito de abuso de confianza, cuya actividad típica se expresa en el verbo disponer.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo directo 143/91. Miguel Chaperó Rivera. 20 de mayo de 1991.

Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido.

Secretario: Manuel Acosta Tsintsún.

SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA ÉPOCA. TOMO VIII, AGOSTO 1991. TRIBUNALES COLEGIADOS PÁG. 218.

2.- Si el sujeto activo tiene contacto con la cosa mueble a consecuencia de una relación de trabajo, en el taller, escuela, etc. y esta no le fue entregada en posesión derivada o custodia sino en mera detentación para el cumplimiento de sus funciones en forma temporal y bajo la vigilancia de quien reciba instrucciones y respecto de la cual aún pueda actuar con un cierto grado de autonomía, se configurará el delito de robo gravado y no el delito de abuso de confianza.

ROBO Y NO ABUSO DE CONFIANZA. Si con motivo de una relación de trabajo o de amistad, el sujeto activo del delito tiene acceso a la cosa, aunque fuere con cierta autonomía del dueño, pero siempre y cuando no hubiera recibido de ella tenencia del bien mueble de que se trate, ni su custodia, el apoderamiento o sustracción de que éste haga constituye el delito de robo y no abuso de confianza, en virtud de que ese objeto no ha salido de la esfera de custodia del propietario o de quien legalmente la tenga.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 280/90. Sergio René Gorocica Cervera. 18 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando A. Yales Valdez. Secretaria: Gloria del C. Bustillos Trejo.

SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA EPOCA. TOMO VII. ABRIL 1991.

TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG 240.

ROBO Y ABUSO DE CONFIANZA. DISTINCIÓN (DEPENDIENTES, TRABAJADORES, ETC.). La actividad típica del delito de robo se encuentra expresada en el verbo "apoderarse", mientras en el abuso de confianza, dicha actividad se expresa en el verbo disponer. En el robo el infractor va hacia la cosa, mientras que en el abuso la cosa va hacia el infractor. La disposición de bienes con motivo de relaciones de trabajo, dependencia, etc. no siempre constituye abuso de confianza, sino que encuentra diversas soluciones en atención a la naturaleza del acto de entrega, debiendo distinguirse entre la entrega de la cosa, la entrega de su custodia o la de su simple vigilancia. Por lo tanto, si por motivo de la relación de trabajo, dependencia o función que desempeña, el autor tiene acceso a la cosa, aún con cierta autonomía de su dueño, pero sin haber recibido la tenencia de ella, ni su custodia, el apoderamiento y sustracción de ella constituye robo, en virtud de que la cosa no ha salido de la esfera de custodia del dueño.

Séptima Época, Segunda Parte:

Vol. 55. Pág 52. A.D. 4655/72. Juan Alcántara Salazar. Unanimidad de 4 votos.

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

Antes de entrar al estudio dogmático del delito de abuso de confianza, previsto y sancionado por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal y por ende al análisis de todos y cada uno de sus elementos constitutivos, es necesario iniciar el presente capítulo con una breve clasificación de este a fin de proporcionar un panorama general del tema que nos ocupa.

4.1 Clasificación del delito de abuso de confianza.

4.1.1 En función de su gravedad.

En México esta clasificación carece de importancia, pues el Código penal para el Distrito Federal únicamente establece a los delitos y no hace una distinción entre éstos y los crímenes, siendo que las faltas normalmente son establecidas por disposiciones administrativas únicamente.

4.1.2 Según la forma de conducta del agente.

“Los delitos pueden ser de acción o de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva”³⁵

“En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley”³⁶

Los delitos de abstención violan una ley dispositiva, mientras que los de acción quebrantan una ley prohibitiva

Los delitos de omisión o abstención suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión , también llamados delitos de omisión impropia

Los delitos de simple omisión gravitan en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, es decir, se sancionan por la omisión misma.

“Los delitos de comisión por omisión , o impropios delitos de omisión , son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material”³⁷

³⁵ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del derecho penal. Edit. Porrúa, México 1990. p. 136.

³⁶ Loc. Cit.

³⁷ Loc. Cit.

1

“En los delitos de omisión simple, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material.”³⁸

El delito de abuso de confianza genérico, de acuerdo a la presente clasificación, debe ser considerado como un delito de acción pues a través de un comportamiento positivo consistente en la disposición que haga el sujeto activo de alguna cosa mueble en perjuicio de alguien, viola una ley prohibitiva y no dispositiva, es decir realiza o lleva a cabo lo prohibido por la ley.

4.1.3 Por el resultado.

Se dividen en formales y materiales los primeros son aquellos en los cuales el tipo penal se agota con el solo movimiento del agente o en la omisión de éste, no requiriendo para su integración un resultado externo a diferencia de los materiales, en los cuales se requiere para su configuración una mutación en el mundo externo de las cosas.

El delito de abuso de confianza es de resultado material pues requiere para su configuración una alteración o perjuicio del sujeto pasivo en su patrimonio, provocado por el injusto acto de disposición que haga el sujeto activo sobre éste.

³⁸ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. p. 137.

4.1.4 Por el daño que causan.

Por el daño que recibe la víctima (o sea, sobre el objeto jurídicamente tutelado por la ley penal) , pueden ser divididos en delitos de peligro y delitos de lesión. Los primeros no causan un daño directo sobre los bienes jurídicamente tutelados por la ley , pero si los ponen en peligro. Los segundos lesionan o afectan los citados bienes jurídicamente tutelados por la ley como resultado de la violación a la ley penal.

El delito de abuso de confianza es un delito de resultado material porque afecta o lesiona a las personas en su patrimonio, configurándose con el perjuicio que sufre el sujeto pasivo que lo recibe.

4.1.5 Por su duración.

a) Los delitos en general se dividen en instantáneos. Cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos

Instantáneos con efectos permanentes. La conducta o hecho destruye o disminuye el bien jurídicamente tutelado por la ley , es un sólo momento en que se presentan los elementos constitutivos del mismo pero permanecen las consecuencias nocivas que este produce y no de manera temporal.

b) Permanente o continuo. Cuando su consumación se prolonga en el tiempo.

“En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución ; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito , sino del estado mismo de la ejecución , tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto o plagio, etc.”³⁹

c) Continuado. Cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Este delito es continuado en la conciencia y discontinuado en la ejecución.

El delito de abuso de confianza puede ser considerado como un delito instantáneo, pues su consumación se realiza en el momento mismo en que se presentan todos y cada uno de sus elementos constitutivos, y sus efectos difícilmente pueden ser considerados permanentes. Cuando hablamos de un cúmulo de bienes muebles que son transmitidos al sujeto activo del delito en posesión derivada y éste los enajena, empeña, grava etc. en perjuicio de alguien, pero no en un mismo momento sino en un lapso de tiempo más o menos prolongado, estamos en la posibilidad de hablar sobre un delito de abuso de confianza continuado, por existir en la mente del sujeto activo esa unidad de propósito delictivo, para

³⁹ Ob. Cit. p. 139.

violar el mismo precepto legal. Por ejemplo: cuando el poseedor derivado que enajena en partes y en tiempos diversos la máquina elaboradora de ropa que se le dió en arrendamiento exclusivamente

4.1.6 Por el elemento interno o culpabilidad.

Los delitos se clasifican en dolosos y culposos.

Artículo 9º del Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal:

''Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

''Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales''

El delito de abuso de confianza, necesariamente debe ser llevado a cabo en forma dolosa, pues de conformidad a lo mencionado en el capítulo tercero de la presente obra, en forma alguna podemos encontrar en la práctica y en la doctrina que un poseedor derivado enajene, empeñe, grave etc. algún bien mueble, sin que quiera o acepte el resultado prohibido por la ley jurídico penal.

4.1.7 Delitos simples y complejos.

“En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. Llámense simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible. Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura delictiva consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tratadas aisladamente.”⁴⁰

El delito de abuso de confianza es un delito simple porque la lesión jurídica es única e inescindible y no es el producto de la fusión de dos o más delitos que enlazados generen otro más grave que si fueran vistos o estudiados con separación.

4.1.8 Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

Los delitos unisubsistentes se forman a través de un solo acto, mientras que los plurisubsistentes se conforman a través de dos o más actos.

El delito prurisubsistente es la consecuencia de la unidad de varios actos desarticulados, bajo una sola figura ; el complejo, en cambio, es el resultado de la unificación de dos hechos en sí mismos delictuosos.

⁴⁰ Ob. cit. p. 142

El delito pruribusistente es el enlace de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

Por lo general el delito de abuso de confianza debe ser realizado a través de varios actos para su consumación pues el poseedor derivado, una vez que recibe la cosa en esa calidad , deberá por ejemplo: empeñarla, gravarla, enajenarla a otra persona, para lo cual en primer término acudirá con la persona con quien haya de celebrar la operación de que se trate y acordar sobre las condiciones de la misma, con posterioridad trasladar el objeto mueble y disponer de éste en perjuicio de alguien.

4.1.9 Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.

Los delitos unisubjetivos son cometidos por un individuo o sujeto activo del mismo, mientras que el delito plurisubjetivo es realizado por una pluralidad de sujetos activos.

En el caso en estudio el delito de abuso de confianza requiere una sola persona para perfeccionar el tipo, sin embargo no se descarta la posibilidad de que dos o más personas puedan realizar el mismo delito previsto y sancionado por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal.

4.1.10 Por la forma de su persecución.

Existen los delitos perseguibles de oficio en los cuales la autoridad una vez que recibe la denuncia, investiga , persigue y castiga a los responsables de los delitos, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

Los delitos sólo perseguibles por querrela de parte, serán investigados, perseguidos y castigados, si se deja satisfecho el mencionado requisito de procedibilidad.

El delito de abuso de confianza es perseguible por querrela necesaria, según se desprende del artículo 399 bis párrafo segundo del Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal:

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

4.1.11 Delito común o federal.

Los delitos comunes son formulados por leyes que se dictan por las legislaturas locales. Los federales se establecen en leyes que son expedidas por el H. Congreso de la Unión , en el caso del Distrito Federal es precisamente el Congreso de la Unión quién legisla para el orden común, por carecer de poder legislativo propio.

El delito de abuso de confianza es un delito del orden común y del orden federal.

4.1.12 Clasificación legal.

El abuso de confianza es un delito que se encuentra regulado dentro del libro segundo, título vigésimo segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, denominado: "Delitos en contra de las personas en su patrimonio"

Una vez agotada la anterior clasificación dimanaremos a entrar al estudio de los elementos del delito de abuso de confianza y su aspecto negativo por lo que partiremos de una concepción heptatómica, mediante un sistema atomizador o analítico del mismo, lo cual es propicio para los efectos didácticos del presente trabajo.

4.2 La conducta o hecho.

Expresamos que el término que usaremos para denominar a este elemento del delito es conducta o hecho, como lo hace el maestro Celestino Porte Petit Candaudap en su obra "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal", si los delitos son de mera conducta ésta consistirá en una acción u omisión según la describa el Código penal para el Distrito Federal pero sin la presencia de un resultado material o mutación en el mundo externo de las cosas. Sin embargo en el delito de abuso de confianza se requiere de la acción, un resultado material y la unión de ambos por un nexo de causalidad por lo que se infiere que hablamos de un delito cuyo primer elemento es el hecho.

La conducta se forma de una acción, de omisión o comisión por omisión. La primera, es decir, la acción se integra a través de una actividad voluntaria sin que exista una mutación en el mundo externo de las cosas. La omisión simple y la comisión por omisión se integran por la inactividad, sólo que la omisión simple no requiere un resultado material y se configura con la violación a una ley dispositiva, en la comisión por omisión se presenta un resultado material violándose una ley dispositiva y otra prohibitiva.

La acción se compone de la voluntad desplegada por el sujeto activo del delito. El concepto de conducta aunado al de resultado material y nexo de causalidad, produce el elemento hecho.

Los elementos de la omisión simple y comisión por omisión se encuentran integrados por el elemento volitivo y la inactividad del agente, sólo que en la omisión impropia existe un resultado material o mutación en el mundo externo de las cosas y el nexo de causalidad. El delito de comisión por omisión viola un precepto dispositivo y luego uno prohibitivo, acarrea como consecuencia un resultado jurídico y material , mientras que la sola omisión simple trae como consecuencia únicamente un resultado jurídico prohibido por la ley.

De tal manera que el abuso de confianza aún cuando es de resultado material no puede ser considerado como de comisión por omisión y menos aún de omisión simple, sino que se integra por la conducta (acción), un resultado material y el nexo de causalidad entre ambos.

4.2.1 El sujeto activo en el delito de abuso de confianza.

El sujeto activo del delito de abuso de confianza únicamente puede ser el hombre , porque el es el único ser capaz de poseer la voluntad indispensable para la conformación de nuestro primer elemento en estudio dentro del delito de abuso de confianza.

4.2.2 El sujeto pasivo en el delito de abuso de confianza.

El sujeto pasivo del delito no debe confundirse con el ofendido, el primero es la persona que es el titular del derecho jurídicamente tutelado por la ley y que resulta violado. El ofendido es la persona que recibe el daño causado por el quebrantamiento de la ley penal, en el delito de abuso de confianza generalmente el propietario de la cosa mueble, es aquel quien resulta ser el sujeto pasivo del delito y por supuesto la persona que resulta ofendida como resultado de la antijurídica conducta o hecho desplegada por el sujeto activo de delito. Pero debemos recordar que en ocasiones la persona que transmite la posesión derivada de la cosa mueble no es el propietario de la misma, en este caso el titular del derecho para transmitir la posesión derivada puede ser un usufructuario vitalicio y podrá arrendar temporalmente el bien mueble a otra persona que se erigirá como sujeto activo de delito, resultando que el sujeto pasivo del delito es el usufructuario vitalicio porque en ese momento es la persona facultada por la ley para transmitir temporalmente su derecho de uso y goce a otra persona y el ofendido resultará ser el propietario del bien mueble.

4.2.3 El objeto material y jurídico en el delito de abuso de confianza.

El objeto jurídicamente tutelado por la ley en el delito de abuso de confianza, concebido como el bien o institución amparada por la ley y que con posterioridad resulta afectada por el delito, lo constituyen las propias personas. Lo anterior queda de manifiesto si recordamos que de acuerdo a su clasificación legal, el delito en comento está considerado como aquellos delitos que son cometidos "En contra de las personas en su patrimonio", coligiéndose que se protege jurídicamente a las personas y desde un punto de vista material el objeto tutelado por la ley resulta ser el patrimonio de las personas.

4.2.4 El nexo de causalidad entre la conducta y el resultado material producido.

Es un serio problema el poder determinar qué conductas deben ser tomadas en consideración como causa del resultado producido, por lo que expresaremos que existen dos corrientes para una mejor explicación del citado nexo causal.

- a) La generalizadora
- b) La individualizadora.

a) La generalizadora parte de la idea de que todas las condiciones son productoras del resultado y deben ser consideradas como causa de dicho resultado.

La teoría más aceptada hoy en día es la denominada "teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non, estableciéndose que todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, por lo que todas son causa de éste. Una condición por sí sola y aislada de las demás es ineficaz, pero unida a las otras es causa de la consecuencia y tiene el mismo valor.

b) En la individualizadora basta tomar en consideración una condición en atención a factores cualitativos, cuantitativos o de tiempo.

Dentro de las teorías individualizadoras encontramos:

a) De la próxima, inmediata o última condición. Su criterio es temporal, consiste en pensar que entre todas las causas productoras del resultado sólo es más relevante la más cercana al resultado, o sea la última. Esta teoría no es admisible porque se ha demostrado que se atribuye el resultado a condiciones que no son las últimas o más cercanas al resultado producido. El ejemplo que presenta el maestro Celestino Porte Petit, es el siguiente: "¿realiza acaso la última condición aquel que para matar a su adversario arma la mano de un loco?"

b`) Teoría de la condición más eficaz (criterio cuantitativo). La condición que es causa del resultado, es aquella que en la pugna con las fuerzas antagónicas tiene una eficacia preponderante. Es decir aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más. Es una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones , pero su carácter individualizador niega a las otras condiciones y por lo tanto su eficacia en la producción del resultado.

c`) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Considerándola como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino que únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado fundándose en un criterio cualitativo. Por tanto es una teoría individualizadora.

La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre éste y la conducta.

4.2.5 Ausencia de la conducta.

Por la ausencia del elemento objetivo denominado conducta o hecho no se puede configurar el delito de abuso de confianza, es pues el aspecto negativo del hecho.

El artículo 15 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, establece:

El delito se excluye cuando

I.- "El hecho se realiza sin la intervención de la voluntad del agente"

Como ya lo expresamos, la voluntad es un elemento de la conducta en su forma de acción o de omisión, por lo que si falta el citado elemento volitivo queda destruido irremediablemente la conducta o hecho y por ende el delito en estudio.

El artículo 7º del Código penal para el Distrito Federal establece:

"El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"

En ausencia del acto u omisión por la falta del elemento volitivo queda destruido el concepto legal de delito en general.

No existe un criterio uniforme para determinar los casos de ausencia de conducta, máxime que los tratadistas consideran algunos de éstos como hipótesis de la inimputabilidad:

1.- La fuerza, física, humana e irresistible, es decir, la vis absoluta, consistente en que el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una

violencia física humana e irresistible. No puede ser considerada para la configuración del delito de abuso de confianza.

2.- La vis major se presenta cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad como resultado de una fuerza, subhumana, física e irresistible, en este caso la fuerza física irresistible proviene de la naturaleza o de los animales. Por lo tanto tampoco es dable considerar que por ejemplo: un huracán, tormenta o un perro enfurecido sean una causa para la realización del delito de abuso de confianza.

3.- Los movimientos reflejos, son aquellos movimientos musculares que son reacciones inmediatas e involuntarias a un aliciente externo o interno, sin mediación de la conciencia. En el delito de abuso de confianza resulta imposible concebir que los movimientos reflejos sean la causa de exclusión de la conducta o hecho.

4.- El sueño para algunos puede ser concebido como un aspecto negativo de la conducta o hecho y para otros como una causa de inimputabilidad.

En el delito de abuso de confianza no podemos utilizar el sueño como causa generadora de la ausencia de conducta, por parecernos una postura ilógica y desprovista de buen sentido.

5.- El sonambulismo. Al igual que en el sueño unos afirman que es una causa originadora de una ausencia de conducta o de la inimputabilidad. Sin embargo el delito de abuso de confianza es muy difícil que se pueda

configurar a través del sonambulismo que sufra el poseedor derivado de la cosa mueble, casi imposible.

6.- En la hipótesis de que el sujeto sin su consentimiento sea hipnotizado y realice el delito de abuso de confianza en ese estado es dable pensar que se pueda conformar, aunque algunos tratadistas consideran que se trata de una una causa de inimputabilidad.

4.3 Tipicidad

Para que una conducta o hecho pueda ser considerada como delictuosa, debe ser típica, antijurídica y culpable, por lo que de llegar a faltar ese segundo elemento del delito estaría desprovisto de su carácter contrario a derecho.

El tipo es la creación o descripción que hace el Estado de una conducta o hecho en las leyes penales, y la tipicidad es la adecuación de esa conducta o hecho al tipo delictivo de abuso de confianza previsto y sancionado por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal.

4.3.1 Clasificación del tipo de abuso de confianza.

El tipo de abuso de confianza genérico de acuerdo a su composición debe ser considerado como anormal, pues no se limita a una mera descripción objetiva por estar conformado de elementos objetivos, subjetivos y normativos, de tal suerte que desde nuestro punto de vista la

configurar a través del sonambulismo que sufra el poseedor derivado de la cosa mueble, casi imposible.

6.- En la hipótesis de que el sujeto sin su consentimiento sea hipnotizado y realice el delito de abuso de confianza en ese estado es dable pensar que se pueda conformar, aunque algunos tratadistas consideran que se trata de una una causa de inimputabilidad.

4.3 Tipicidad

Para que una conducta o hecho pueda ser considerada como delictuosa, debe ser típica, antijurídica y culpable, por lo que de llegar a faltar ese segundo elemento del delito estaría desprovisto de su carácter contrario a derecho.

El tipo es la creación o descripción que hace el Estado de una conducta o hecho en las leyes penales, y la tipicidad es la adecuación de esa conducta o hecho al tipo delictivo de abuso de confianza previsto y sancionado por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal.

4.3.1 Clasificación del tipo de abuso de confianza.

El tipo de abuso de confianza genérico de acuerdo a su composición debe ser considerado como anormal, pues no se limita a una mera descripción objetiva por estar conformado de elementos objetivos, subjetivos y normativos, de tal suerte que desde nuestro punto de vista la

descripción que hace del mencionado tipo previsto y sancionado por el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal puede ser escindido para su estudio de la siguiente manera.

a) La expresión "al que con perjuicio de alguien...", deber ser considerado como un elemento subjetivo del tipo, pues se refiere al fin o móvil del sujeto activo.⁴¹

b) "Disponer", se refiere a la descripción objetiva o la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal.⁴²

c) "...para sí o para otro...", es otra expresión alusiva al móvil, por lo tanto es un elemento subjetivo.

d) "...cosa ajena...", es un término que atañe a la valoración jurídica, por tanto es un elemento normativo del tipo.

e) "...mueble...", es una referencia al objeto material tutelado por la ley.

f) "...transmisión de la tenencia y no el dominio" , es una referencia al sujeto activo, en éste caso al poseedor derivado por lo cual lo consideramos como una descripción objetiva.

⁴¹ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1990. p. 256.

⁴² Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. p. 253

4.3.2 Por su ordenación metodológica.

En los delitos contra las personas en su patrimonio estimamos básico el tipo de abuso de confianza descrito por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal, porque de acuerdo con lo expresado por el maestro Jiménez de Asúa en su obra "La ley y el delito"... "el tipo es básico cuando tiene plena independencia"

4.3.3 Por su autonomía o independencia.

Se trata de un tipo autónomo o independiente, pues tiene vida propia y no depende de otro tipo para su existencia.

4.3.4 Por su formulación.

Es de formulación casuística y dentro de su subclasificación los encuadramos en los alternativamente formados, por usar la expresión "disponer para sí o para otro", es decir, son dos hipótesis comisivas y el tipo se puede configurar con cualquiera de ellas. Aunque la disposición puede consistir en varias formas para que se colme, como la enajenación del bien mueble, su empeño, hipoteca etc. no consideramos que se trate de un tipo de formulación amplia por el empleo de la disyuntiva "o".

4.3.5 Por el daño que causan.

Es un tipo de daño porque la ley protege al bien contra la disminución del bien.

4.3.6 Ausencia de tipo y atipicidad.

La falta de la adecuación de la conducta o hecho al tipo , trae como consecuencia la atipicidad y por tanto surge la imposibilidad hasta éste momento de la configuración del delito en estudio, así cuando el sujeto activo del delito no tenga la calidad de poseedor derivado de la cosa, o bien cuando el bien no sea mueble, o no sea ajeno, o no se disponga del mismo en perjuicio de alguien, no podemos hablar de la existencia del delito de abuso de confianza genérico, en resumen, por no adecuarse la conducta a por lo menos uno de los elementos del tipo descritos anteriormente.

La ausencia del tipo se presenta cuando el legislador no describe por pasar inadvertida o en forma deliberada la realización de alguna conducta o hecho en la legislación jurídica penal, es decir cuando estima no debe ser incluida en el catálogo de los delitos.

4.4 La antijuricidad.

“...la antijuricidad es lo contrario al Derecho. por lo tanto no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho...”⁴³

“...Según el sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso...”⁴⁴

“ El tipo es la descripción; la antijuricidad da la estimativa al acto...”⁴⁵

4.4.1 La antijuricidad según Carlos Binding o Normwidrigkeit.

“ Era frecuentísimo escuchar que el delito “es lo contrario a la ley”. Así, Carrara lo definía como “la infracción de la ley del estado”. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario, a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es

⁴³ Ob. cit. p. 267

⁴⁴ Op. cit. p. 268

⁴⁵ Loc. cit.

un libro de normas: "no mataras", "no robaras". Si se mata o se roba se quebranta la norma; más no la ley. Por eso Binding decía: "La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera exacta, la norma valoriza, la ley describe. Ésta construye la disposición penal que se compone del "precepto", en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", en que se determina la pena con que el hecho está conminado".⁴⁶

4.4.2 Norma y cultura. La Kulturwidrigkeit de Max Ernesto Mayer.

El profesor Mayer es el creador de la doctrina de "Las normas de cultura". "...llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. "Es anijurídica -concluye el genial maestro- aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado".⁴⁷

⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. p. 269
⁴⁷ Ob. cit. pp. 275-276

4.4.3 La antijuricidad formal y material.

“La antijuricidad constituye un precepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von List ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos”⁴⁸

“Según Cuello Calón, hay en la antijuricidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuricidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esta rebeldía (antijuricidad material)”⁴⁹

En forma negativa existe antijuricidad en el delito de abuso de confianza cuando el acto de disposición de la cosa ajena mueble no encuentra justificación alguna en la ley, es decir que no concurre ninguna causa de exclusión del delito. La injusta disposición como acto de valoración es lo que constituye la antijuricidad en el delito en estudio.

La inexistencia en el perjuicio sufrido por alguien derivado por el acto de disposición, trae como consecuencia que la conducta o hecho sea considerado como lícita y no antijurídica.

⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando. Ob cit. p.180
⁴⁹ Loc. cit.

Si el perjuicio sufrido por alguien es lícito porque el acto de disposición del bien mueble esta justificado, tampoco da lugar a valorar de antijurídica la conducta o hecho desplegada por el sujeto activo del delito de abuso de confianza.

4.4.4 Causas de justificación o de exclusión del delito.

Las causa de justificación o de exclusión del delito en el delito de abuso de confianza, son aquellas condiciones que excluyen la antijuricidad de una conducta o hecho que se adecúa al tipo de referencia. Son por lo tanto el aspecto negativo de la antijuricidad.

Son causas de justificación en el delito de abuso de confianza genérico, previsto y sancionado por el artículo 382 del Código penal para el Distrito Federal:

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

A) El estado de necesidad.

El estado de necesidad se configura a través de una situación de peligro, real actual o inminente, el cual no haya sido ocasionado intencionalmente, que dicho peligro recaiga sobre cualquier bien que se encuentre vigilado o tutelado por el agente, siendo este propio o ajeno, como ocurre normalmente en el delito de abuso de confianza.

Franz Von Liszt, define al estado de necesidad como:

"Es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos"

La fracción V del artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal, establece:

El delito se excluye cuando:

"...lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo."

Si los bienes sacrificados son de menor valor que los amenazados, estaremos en la aptitud de hablar de una causa de justificación, si el bien sacrificado es de mayor valor jurídico que el salvado, el delito existirá. Para el caso de que los bienes sean equivalentes, entonces, no

habrá delito, pero por una excusa absolutoria y no de justificación. Consideramos lo anterior porque la expresión "causa de exclusión del delito" no concierne única y exclusivamente a las causas de justificación o aspecto negativo de la antijuridicidad, sino a todo aquello que pueda traer como consecuencia cualquier aspecto negativo de alguno de los elementos del delito.

En el delito de abuso de confianza, si el poseedor derivado de la cosa ajena mueble dispone de ésta con el propósito de salvar su vida o conservar su salud encontrará justificada su conducta, pues el bien mueble sacrificado no tiene un valor superior a los bienes antes señalados.

B) Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

Como lo establece el artículo 15 fracción VII, del Código penal para el Distrito Federal:

"La acción o la omisión se realicen 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, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro"

Son dos hipótesis que pudieran surgir para el caso de que el poseedor derivado de la cosa mueble reciba un mandato judicial para entregar la cosa a otra persona distinta de quien le transmitió la posesión de la

misma, o que ejercite su derecho para poder transmitir temporalmente los derechos que tenga sobre la cosa a otra persona, siempre y cuando en ambos casos no se actúe en perjuicio de alguien.

C) El consentimiento del ofendido.

Artículo 15 fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal:

"Que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;**
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y**
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan, fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;"**

El delito de abuso de confianza será justificado siempre que se reúnan esas circunstancias descritas anteriormente, consideramos que el consentimiento debe ser anterior a la realización de la conducta o hecho a fin de poder hablar de dicha causa de justificación, si el consentimiento fuera posterior hablaríamos del perdón al sujeto activo del delito por quien tenga derecho a hacerlo, pero no impediría el nacimiento de la figura delictiva en estudio.

4.5 Imputabilidad.

La imputabilidad es definida por el maestro Fernando Castellanos Tena, como:

“...La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal”, “...es, pues el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo”

Algunos autores consideran que la imputabilidad es un elemento autónomo del delito, presupuesto del delito, algunos la comprenden dentro del campo de la culpabilidad y otros son de la opinión de que se trata de un presupuesto de la culpabilidad.

Al respecto expresa el maestro Luis Jiménez de Asúa:

“El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Aquélla no comienza hasta que están comprobadas la tipicidad y la antijuricidad. Y el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor.”⁵⁰

“Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad como se verá más adelante intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo,

⁵⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Ob cit. p.334

debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad, por eso a la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas...⁵¹

Nosotros estamos de acuerdo en que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, sin dicho presupuesto no existe la culpabilidad y por tanto no nace el delito, por ello resulta de gran importancia entrar a su estudio en el delito de abuso de confianza genérico.

Cuando el sujeto activo del delito o poseedor derivado de la cosa ajena mueble realiza el acto de disposición de la misma en perjuicio de alguien, debe gozar de esa capacidad de querer y entender el hecho delictivo por él desplegado, sin embargo, para que éste pueda ser considerado como imputable debe contar con otro elemento denominado físico representado por la edad mínima que debe tener una persona para ser considerada como imputable, y la cual sabemos es de 18 años de edad. Desprendiéndose de lo anterior que además del elemento psíquico (consistente en la salud y desarrollo mental), el sujeto activo deberá contar con por lo menos 18 años de edad al momento de la consumación del delito para ser considerado como un sujeto imputable (elemento físico).

⁵¹ Catellanos Tena, Fernando. Ob. cit. pp. 217-218

No estamos de acuerdo con el criterio del requisito de la edad mínima para ser considerado un agente como imputable en el campo del derecho penal , existen infinidad de jóvenes que antes de la misma son individuos que conocen el resultado de su injusto proceder y lo desean.

Volviendo al delito en estudio, es poco común que se transmita la posesión derivada de un bien mueble a un menor de edad, porque éstos debemos recordar poseen una capacidad de goce pero no de ejercicio, sin embargo de llegar a consumarse el abuso de confianza genérico en la presente hipótesis consideramos que por la falta del elemento físico el agente no sería imputable y por tanto no podemos hablar del elemento culpabilidad, siendo imposible la configuración del delito en estudio.

Para el caso de que una persona mayor de edad, la cual cuente con la capacidad de querer y entender, es decir con un mínimo de salud y desarrollo intelectual, en forma dolosa o culposa se coloca en estado de inimputabilidad para de esta forma "darse valor" y disponer de la cosa mueble que recibió en posesión derivada y en tal situación cometa el delito de abuso de confianza genérico, no se le podrá considerar como inimputable, pues estaremos ante la presencia de una acción libre en su causa pero determinada en cuanto a su efecto, la cual encuentra su origen precisamente en el acto precedente a la realización de la conducta o hecho, pues el sujeto activo antes de cometer el delito se encontraba en una situación de imputabilidad y por medio de su voluntad o culposamente se colocó en dicho estado de incapacidad, pensamos que sí debería considerársele responsable del delito.

4.5.1 Inimputabilidad.

Constituye el aspecto negativo de la imputabilidad por lo tanto desde un punto de vista genérico existirá una causa originadora de la inimputabilidad, cuando el sujeto activo o poseedor derivado no cuenta con esa capacidad de querer y comprender el acto que realice o no sea mayor de 18 años de edad.

El artículo 15 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible"

"Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."

Artículo 69 bis del Código Penal para el Distrito Federal:

"Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de éste Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor"

No podemos hablar de un miedo grave como causa originadora de inimputabilidad en el delito de abuso de confianza, aún cuando éste se origine a causa de procesos psicológicos en la imaginación del sujeto que pudieran llegar a afectar el elemento psicológico de la imputabilidad. Nos parece casi imposible pensar en un ejemplo para acreditar lo contrario.

Sin embargo consideramos que si se puede llegar a presentar en el delito de abuso de confianza alguna causa que pueda llegar a ocasionar algún transtorno mental y para el caso expresaremos el siguiente ejemplo:

Un alto ejecutivo, después de concluir con sus arduas labores recibe de un amigo suyo la posesión derivada de un reloj de oro para bolsillo elaborado por lo mejores artesanos Europeos del siglo pasado, de tal suerte que al dirigirse a buscar su automóvil resbala en la acera que se encontraba mojada y cae irremediamente al piso recibiendo un fuerte

golpe en la cabeza que altera su capacidad de comprensión y empieza a deambular por las calles de la ciudad sin rumbo fijo por algunas horas, finalmente se para frente al aparador de una tienda de juguetes y le despierta un deseo incontenible el adquirir una muñeca de cierto valor, por lo que ingresa al establecimiento y al percatarse de que no tiene dinero en efectivo para adquirir el citado bien y no recuerda siquiera como utilizar sus tarjetas de crédito, paga la muñeca con el reloj de oro por ser lo primero que encuentra a su alcance y se retira del lugar.

Pensamos que el artículo 69 bis del Código penal para el Distrito Federal se refiere expresamente a que la conducta o hecho, típicamente antijurídica, será imputable a la persona cuando ese trastorno mental o desarrollo intelectual disminuya pero no llegue a neutralizar del todo los elementos volitivo o intelectual configuradores del elemento psicológico que el sujeto activo debe poseer, desprendiéndose que para llegar a conformarse un aspecto negativo de la imputabilidad, es necesario, de acuerdo al artículo 15 fracción VII, que se neutralicen los elementos antes aludidos pero no en forma dolosa o culposa por el agente, porque entonces será una acción libre en su causa y por lo tanto el sujeto podrá resultar responsable, como ya se mencionó.

4.6 Culpabilidad.

".....se considera culpable la conducta -según Cuello Calón- cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y a su autor, debe serle jurídicamente reprochada."⁵²

Para Luis Jiménez de Asúa, la culpabilidad es:

"En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."⁵³

El maestro Castellanos Tena define a la culpabilidad como:

"...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."

A) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado producido, conteniendo dos elementos, el primero denominado volitivo que implica la suma de dos querereres (querer la conducta y querer el resultado), el segundo llamado intelectual consistente en el conocimiento antijurídico de la conducta o hechos desplegados por el sujeto.

⁵² Ob. cit. p. 232

⁵³ Jiménez de Asúa. Luis. Ob. cit. p. 352

Por lo anterior, el citado elemento deberá ser estudiado en la psique del individuo o indagar dicha relación psíquica entre el sujeto y el resultado acaecido.

B) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.

Esta teoría se sustenta en un juicio de reproche de tal manera que si un sujeto imputable realiza una conducta o hecho en forma dolosa o culposa y el orden normativo le exige un proceder diferente al realizado, ésta se configura como culpable.

Si el sujeto no puede comportarse de conformidad con lo exigido por el orden normativo, la culpabilidad no nacerá.

“La culpabilidad, pues considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.”⁵⁴

4.6.1 Formas de la culpabilidad.

- a) Dolo
- b) Culpa

El dolo se integra de dos elementos, uno volitivo o emocional y otro ético (conciencia de que se quebranta el deber), lo anterior se traduce en un desprecio por el orden jurídico.

⁵⁴ Cita el maestro Castellanos Tena al Lic. Fernández Doblado, en los Lineamientos elementales del derecho penal, p.236

Luis Jiménez de Asúa, define el dolo como:

''Si como consecuencia de cuanto dijimos, quisiéramos ensayar una definición del dolo, diríamos que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del 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...''⁵⁵

El artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, define actualmente al dolo como:

''Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito en la ley, y''

La culpa, segunda especie de la culpabilidad, es concebida como el olvido a un cuidado mínimo, que se impone a las personas en la vida social.

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede preveer.

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob cit. p. 365

Artículo 9º del Código penal para Distrito Federal:

''Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales''

Existen dos clases de culpa:

a') Culpa, consciente, con precisión o representación.

b') Culpa inconsciente, sin precisión o sin representación.

En la primera el sujeto ha previsto que su conducta puede producir un resultado típico que no desea, sin embargo la realiza con la esperanza de que éste no se presente.

En la segunda clase, el sujeto realiza su conducta voluntariamente, sin prevser que su conducta puede producir un resultado típico, siendo previsible y evitable.

Debemos tener presente que no todos los delitos admiten la forma culposa, como es el de abuso de confianza genérico, es decir el hecho debe dirigirse subjetivamente a la realización típica para que pueda configurarse como delito.

4.6.2 Inculpabilidad.

La inculpabilidad se presenta como el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, cuando no se configura alguno de los elementos conformadores de la culpabilidad como lo son el volitivo e intelectual.

A) El error.

El error puede ser definido como:

"...un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente."⁵⁶

Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento, en el error se conoce, pero se conoce mal.

El error se divide en error de hecho y de derecho.

El error de hecho se clasifica en esencial y accidental:

a) En el error de hecho esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo que su proceder es lícito. Es decir realiza la conducta o hecho pensando que es jurídico o permitido. Esta clase de error ataca el elemento intelectual de la culpabilidad.

⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob cit. p. 259

b) El error accidental recae sobre causas secundarias y no esenciales del delito, encontramos el error en el golpe (aberratio ictus), error en la persona (aberratio in persona), error en el delito (aberratio delicti).

Estos errores no son generados de una causal de inculpabilidad.

El error también se clasifica en:

a) De tipo y

b) De prohibición o licitud, (no confundir con error de derecho).

En el error de tipo el sujeto cree atípica su conducta o hecho, por lo tanto la considera lícita, siendo que en la realidad es contraria a derecho.

Esta clase de error debe ser esencial e invencible o insuperable, de lo contrario no opera como causa de inculpabilidad.

En el error de prohibición, entendido como error de licitud, el sujeto actúa típicamente y lo sabe, sin embargo cree actuar por una causa justificante cuando en realidad esto no sucede.

Esta clase de error debe ser esencial e insuperable para que opere como causa de inculpabilidad.

En el error de derecho el sujeto realiza una conducta o hecho bajo un error invencible respecto de la ilicitud de su proceder ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma.

Artículo 15 del C.P. para el D.F.:

''El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

b) Respecto de la ilicitud de su conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta''

B) La obediencia jerárquica.

Hipótesis:

a) El inferior tiene poder de inspección y desconoce la ilicitud del mandato en forma esencial e insuperable, opera una causa de inculpabilidad. En el delito que nos ocupa ésta forma de ausencia de culpabilidad es probable no se presente.

b) El inferior conoce la ilicitud del mandato, la ley no le permite rehusarse y éste no lo hace porque recibe la amenaza de sufrir alguna afectación. Opera en la especie una coacción sobre el elemento volitivo del sujeto activo constituyéndose una ausencia de culpabilidad. Así el arrendatario dispone de la cosa en perjuicio del propietario del bien mueble por la amenaza de sufrir graves consecuencias en su persona en caso de desobediencia a dicha intimidación.

C) Eximentes Putativas.

a) Legítima defensa putativa. En la que el sujeto actúa por un error esencial de hecho e invencible, porque el sujeto creyó como antijurídica una agresión que no existía o no era tal. Se afecta el elemento intelectual de la culpabilidad, pero no es aplicable al delito que nos ocupa.

b) Legítima defensa putativa recíproca, en la que ambos sujetos se sienten recíproca e injustamente agredidos considerándose víctimas de una agresión. No es aplicable al delito de abuso de confianza genérico.

c) Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa. Si un sujeto por error cree actuar en forma legítima y agrede a otra persona que repele la injusta agresión de que es objeto. El primero se conduce bajo un error esencial e insuperable, obra inculpablemente y el actuar del segundo es justificable por la legítima defensa. Tampoco es aplicable al delito de abuso de confianza.

d) Delito putativo y legítima defensa putativa. En el primero el sujeto cree que su actuación es punible cuando no lo es, en la defensa legítima putativa el sujeto cree que su proceder está justificado cuando en realidad este no es lícito o permitido. Consideramos que no se presenta alguna de las eximentes anunciadas en el delito que nos ocupa.

e) Estado necesario putativo. Siempre que se ocasione por un error esencial e insuperable, que el sujeto crea en forma fundada que se

encuentra ante una situación de peligro real, actual o inminente que ponga en peligro los bienes transmitidos en posesión derivada, lesionado un bien de menor valor que el antes señalado, siempre que se crea en forma esencial e insuperable que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo. Resulta complejo idear una forma de estado necesario putativo que se pueda presentar en el delito de abuso de confianza, sin embargo no apartamos la remota posibilidad de que esto se llegue a suscitar.

f) El ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber putativos, siempre que se actúe bajo un error esencial e insuperable. Puede presentarse que el poseedor derivado disponga del automóvil que arrendaba creyendo que éste le pertenecía por haber hecho uso de una opción terminal relativa a la adquisición del mismo, otorgando poderes a otra persona para que ésta cierre la citada operación en ausencia suya y resulta engañado por dicho apoderado que le presenta una documentación falsa referente al ficticio cierre de la operación con la arrendadora automovilística.

D) La no exigibilidad de otra conducta.

Considero debemos verla como excusa absolutoria y no como causa de inculpabilidad, porque no se ha definido qué elementos conformadores de la culpabilidad afecta, como son el volitivo e intelectual. De tal suerte que un sujeto realiza una conducta o hecho delictivo pero no es sancionado por razones de política criminal, como bien lo expresa el maestro Castellanos Tena: "...no es necesario pasar sobre la verdad

técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del derecho, sin que medie causa alguna que la autorice..."

Especies de la no exigibilidad de otra conducta:

a) El temor fundado. Entendido como aquel temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. Actualmente el artículo 15 del Código penal para Distrito Federal no la admite como una causa de exclusión del delito y no opera en el delito de abuso de confianza.

b) Encubrimiento de parientes y allegados, como forma de la no exigibilidad de otra conducta no afecta ningún elemento conformador del elemento culpabilidad, por lo que consideramos que se trata de una excusa absolutoria que nuestro Código Penal para el Distrito Federal contempla en su artículo 400, perteneciente al título vigésimo tercero, denominado encubrimiento.

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

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

14
"IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y..."

"No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de :"

"a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;"

"b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado; y por afinidad hasta el segundo; y"

"c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud, o estrecha amistad derivados de motivos nobles."

Es indiscutible que las formas de encubrimiento ya referidas pueden constituir excusas absolutorias dentro del tipo de abuso de confianza genérico.

c) Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

Cuando los bienes en conflicto no son de un mismo valor y se sacrifica el de menor importancia estaremos ante la presencia de una causa de justificación. Si por el contrario el bien sacrificado es de igual valor al salvaguardado estaremos ante la presencia de una no exigibilidad de otra conducta que debe ser vista como una excusa absoluta, porque el estado no puede exigir otra manera de conducirse, aún cuando la conducta

o hecho realizada sea delictuosa. Puede presentarse que un sujeto observa que un incendio esta consumiendo su hogar e intenta salvar dos obras pictóricas de afamados artistas cubistas (equivalentes en su precio), sin embargo la extinción total del inmueble es tan evidente y en vista de que el tamaño de las producciones le permite sacar una exclusivamente, decide redimir la que es de su propiedad y sacrificar la otra que le fue proporcionada sólo en posesión derivada.

4.7 Condiciones objetivas de punibilidad.

No se trata de elementos integrantes del delito en estudio. Son exigencias del legislador a fin de que la pena pueda ser aplicable.

4.8 Punibilidad.

Consiste en el merecimiento de una pena por la realización de una conducta o hecho prohibidos por la ley, lo cual acarrea la amenaza de la aplicación de dicha sanción jurídica. Aún cuando algunos tratadistas (acertadamente) consideran que no es un elemento del delito sino una consecuencia y que no forma parte integrante del mismo, porque una conducta o hecho es punible por ser delito, pero no adquieren dicha característica delictiva por ser punibles.

El artículo 383 del Código penal para el Distrito Federal en sus párrafos 1º, 2º y 3º determinan la punibilidad del delito de abuso de confianza genérico en función de las cantidades injustamente dispuestas en perjuicio de alguien.

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

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

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

Hablamos de salario mínimo vigente en el momento en que el delito se realice y de conformidad con lo establecido para la zona geográfica de que se trate.

4.8.1 Excusas absolutorias.

Deben ser entendidas como aquellas causas que dejan existentes la tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, y culpabilidad de una conducta o hecho pero que por razones de política criminal impiden la aplicación de una pena.

Hicimos referencia a éstas en el capítulo de la ausencia de culpabilidad, por lo que evitaremos inútiles repeticiones.

4.9 La vida del delito o itercriminis.

Aún cuando para algunos juristas el delito de abuso de confianza genérico no admite la posibilidad de la tentativa, somos de la opinión de que sí puede presentarse la posibilidad de la misma aún cuando la cosa mueble se encuentre en posesión derivada del sujeto que más adelante intentará la consumación del delito. Si el sujeto tiene la posesión derivada de una importante cantidad de dinero y pretende pagar con éste el importe del automóvil que siempre ha deseado y antes de cerrar la operación el propietario de la misma impide su cierre, estaremos ante la presencia de una tentativa inacabada o delito intentado, en virtud de que el legítimo propietario impide la consumación del ilícito, existen actos tendientes a la producción del resultado, pero este no se presenta por causas extrañas, es decir, el sujeto omite uno o varios actos necesarios para la ejecución del delito.

También puede presentarse el desistimiento espontáneo por parte del poseedor derivado, el cual no es punible según la fórmula establecida en el artículo 12 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal.

4.10 Participación

Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

El delito de abuso de confianza genérico requiere la concurrencia de un sujeto para su realización aún cuando en forma contingente pueda

presentarse mediante la cooperación de varios individuos, por lo que se trata de un delito monosubjetivo que acepta de la participación o concurso eventual y no necesario.

Las formas de participación aceptadas para el delito que se investiga son las siguientes:

Art. 13 del Código Penal para el Distrito Federal. Son autores o partícipes del delito;

I.- "Los que acuerden o preparen su realización." Difícilmente podemos hablar de un autor intelectual en el delito de abuso de confianza genérico, porque la cosa va al sujeto como resultado de la transmisión de la posesión, infiriéndose que el poseedor derivado no pueda acordar o preparar su realización si dicha transmisión es en gran parte producto de la subjetiva voluntad de quien tenga derecho a hacerlo, como el propietario.

II.- "Los que lo realicen por sí." Este delito sí acepta el autor material, es decir, es aquel que dispone de la cosa en perjuicio de otro.

III.- "Los que lo realicen conjuntamente o coautores". Normalmente no se presenta esta forma de participación, a no ser que dos sujetos sean los que recibieron la cosa mueble en derivada posesión.

IV.- "Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro." La autoría mediata consideramos no se presenta a través de la disposición de la cosa ajena mueble, pues el único que puede cometer el ilícito penal en comento es el poseedor derivado de la misma y por tanto no puede valerse para su ejecución material de un sujeto excluido de responsabilidad que adquiera la condición de mero instrumento.

V.- "Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo." La instigación o inducción difícilmente puede presentarse, salvo que sean dos o más los poseedores derivados del mismo bien mueble y uno de ellos quiere disponer del mismo a través de otro determinando en éste su comisión.

VI.- "Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión o complicidad." El sujeto activo del delito es auxiliado por otro distinto para la consecución de la disposición de la cosa, por lo que somos de la opinión que sí puede presentarse en el delito de abuso de confianza genérico.

VII.- "Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito." Puede presentarse como una forma sui generis de encubrimiento en el delito de abuso de confianza.

VIII.- "Los que con acuerdo previo intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo." No se presenta en el delito en estudio.

4.11 Concurso de delitos

a) Concurso ideal. En el delito de abuso de confianza consideramos no se presenta la realización del delito de abuso de confianza genérico, pues con una sola conducta estimamos casi imposible que pueda presentarse un fraude, abuso de confianza o robo (artículo 18 del Código penal para el Distrito Federal).

b) Concurso real. Si con pluralidad de conductas se cometen varios delitos sin que haya recaído una sentencia para algunos de ellos, ya sea que las infracciones sean semejantes o no lo sean, aceptamos que en éste caso si puede presentarse la realización del delito de abuso de confianza genérico (artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal).

Conclusiones

1.- El delito de abuso de confianza genérico, previsto y sancionado por el artículo 382 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia federal, se distingue de las demás figuras delictivas patrimoniales en la expresión: "...de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio...", aún cuando también el robo y fraude encuentren sus orígenes en el "furtum" romano.

2.- En el derecho romano cuando un sujeto tenía la cosa en posesión o tenencia, podía cometer el furtum privado cuando con posterioridad decidía apropiarse de esta con dicha conciencia, o bien si se extralimitaba en el derecho de uso que le correspondía, lo cual es aplicable hasta nuestros días.

3.- Actualmente es aplicable el término de apropiación indebida al delito de abuso de confianza genérico y los elementos integradores del furtum privado siguen siendo útiles en los estudios que sobre el particular se deben realizar.

4.- El furtum se caracterizaba porque estaba conformado entre otras cosas por un dolo punible consistente en el ánimo de enriquecimiento ilegítimo por parte del sujeto activo, distinguiendo esto el daño en las cosas de la ofensa personal.

5.- Algo que hasta nuestros días sigue vigente, es que el furtum o hurto debía recaer exclusivamente sobre cosas muebles.

6.- El furtum o hurto sobre bienes particulares se perseguía a instancia de parte al igual que el abuso de confianza actualmente.

7.- En Francia, el extralimitarse en el derecho de usar una cosa mueble, era visto como una apropiación indebida cuando se tuviera la posesión o tenencia previa de ésta.

8.- El abuso de confianza originalmente en México fue regulado como una circunstancia agravante y como delito particular, sin embargo aún a pesar de tal desatino evoluciona su concepto con el paso del tiempo hasta quedar integrado como lo conocemos actualmente, usando el impreciso y vago concepto "... de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio..." que debiera ser el rasgo singular que lo individualizara de las otras figuras delictivas patrimoniales.

9.- La tenencia es distinta del dominio y de la posesión.

10.- La posesión es originaria o derivada.

11.- La detentación es sinónimo de tenencia o precaria posesión.

12.- La transmisión del dominio es transmisión de la propiedad o posesión originaria.

13.- La transmisión de la tenencia, literalmente interpretado, debe ser entendida como la transmisión de la precaria posesión o mera detentación, corpus y no ánimo, continente sin contenido, por lo que el sujeto activo del delito debe ser cualquier persona que celebra algún acto jurídico con otra persona cuyo objeto incida sobre los sujetos mismos de la relación jurídica. Dicha expresión debe cambiar o estaremos en peligro de que una misma conducta desplegada por el sujeto activo, llámese empleado o doméstico, deba ser encuadrada al tipo de robo y de abuso de confianza al mismo tiempo.

14.- Para evitarnos complicaciones, la expresión "... de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio..." debería quedar de la siguiente manera "... de la que se haya transmitido la posesión derivada y no el dominio o posesión originaria...", lo cual nos aclararía el panorama y nos obligaría a conocer que para la conformación de dicho presupuesto del delito es básico tener presente la existencia de los dos elementos conformadores de la posesión.

a) Cuerpo (Corpus) o actos materiales que la ley faculta a ejercer sobre la cosa y lo cual por sí sólo conforma la tenencia o posesión precaria.

b) Ánimo (Animus) lo cual significa la intención de conducirse como propietario o dueño de la cosa, que aunado al corpus produce la posesión originaria y si se respeta el derecho de propiedad de otro teniendo presente que ya sea por disposición legal o judicial o por un acto jurídico se recibe el derecho de usar, gozar, guardar o custodiar la

cosa, etc. deberá ser vista la persona como un poseedor derivado de la cosa mueble, según lo establece nuestra ley.

15.- La tenencia precaria, posesión o mera detentación según lo establece el artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal, está conformada por los siguientes elementos:

a) La situación de dependencia, en que se encuentra la persona que recibe la cosa respecto del propietario del bien.

b) Retención de la cosa mueble en provecho del propietario.

c) El propietario debe dar órdenes e instrucciones a la persona que recibe la cosa, para que esta última se conduzca respecto de la misma de acuerdo a lo instruido.

d) La persona que recibe la cosa del propietario de ésta, carece de autonomía y no puede actuar de acuerdo a su voluntad porque siempre la retendrá en provecho de su dueño.

16.- No siempre el propietario del bien es la persona que transmite la cosa mueble a otra persona en posesión derivada, pues esta regla tiene sus excepciones como el mandato de autoridad judicial que puede ordenar el secuestro de un bien mueble y que una persona determinada pueda ser el depositario de ésta. Por lo que el propietario de la cosa, y en algunos casos otra persona distinta de éste, puede conceder a otro

temporalmente el derecho de retenerla en su poder para los efectos antes señalados.

17.- En la posesión derivada:

a) La transmisión de la cosa mueble se presenta a través de un acto jurídico, contrato, resolución judicial, etc. que recae directamente sobre la cosa mueble.

b) El poseedor derivado retiene temporalmente la cosa mueble en provecho propio o para su guarda o custodia.

c) Actúa con independencia respecto del poseedor originario y no depende jerárquicamente de él.

18.- La posesión es un derecho en favor de alguna persona atribuido generalmente al propietario de la cosa mueble, aún cuando no lo ejercite en forma personal, sino a través de otro sujeto.

19.- Si el poseedor originario transmite el derecho al ejercicio del poder de hecho sobre la cosa mueble temporalmente a través de alguna de las formas enumeradas en el artículo 791 del Código Civil para el Distrito Federal a otra persona, no tendrá posesión actual de la cosa y perderá por tanto la atribución directa y actual para el ejercicio del derecho consistente en el aprovechamiento de la misma.

20. La posesión originaria es un derecho subjetivo en favor del propietario de la cosa mueble, al cual faculta para que en forma personal o a través de uno o varios sujetos distintos ejerza un poder de hecho sobre el bien mueble para su aprovechamiento, pudiendo transmitir temporalmente este derecho a otra persona distinta y que impone la obligación de respetar estas facultades a otros individuos.

21.- La transmisión de la posesión derivada constituye el antecedente necesario exigido para configurar el delito de abuso de confianza genérico, luego entonces, su ausencia provoca el traslado a otra figura delictiva, siendo generalmente el delito de robo. Por lo que es en presupuesto especial del delito.

22.- El robo cometido por un doméstico encuentra singular característica en que tiene esta persona dentro de su esfera de acción y alcance los instrumentos que utiliza para sus cotidianas faenas, pero los adquiere por un acto jurídico que no recae directamente sobre la cosa mueble, sino sobre los sujetos de la propia relación. Es pues un precarista de la cosa exclusivamente.

23.- El robo cometido por un dependiente se destaca porque éste recibe el bien mueble como derivación de un acto jurídico por medio del cual recibe la cosa, pero que no incide directamente sobre ésta, sino en los sujetos de la relación. Seguirá siendo precarista respecto del objeto aún cuando sea encargado de recibir el dinero producto de la venta de mercaderías, pues esa es la naturaleza de su empleo que en forma alguna le otorga facultades sobre éste.

24.- El tenedor, poseedor precarista o detentador, es una figura jurídica aplicable al delito de robo de empleado y de doméstico, pues el sujeto retiene la cosa en cumplimiento de las instrucciones que recibe del propietario de la cosa.

25.- En la posesión derivada se tiene el propósito de aprovechamiento personal de la cosa, su guarda o bien su custodia, y este fin se ve violentado con la injusta disposición del bien mueble, lo cual surge ulterior a la transmisión de la comentada posesión.

26.- El poseedor derivado actúa respecto de la cosa con autonomía, independencia y sin la vigilancia del poseedor originario en forma temporal.

27.- la transmisión de la posesión de los bienes muebles se puede realizar mediante el usufructo, arrendamiento, prenda, depósito, comodato, mandato, etc.

28.- El fraude genérico, robo y abuso de confianza tienen un rasgo en común...el perjuicio patrimonial sufrido por la víctima y el enriquecimiento indebido correlativo, por lo que su realización es siempre dolosa.

29.- El robo y el abuso de confianza recae sobre bienes muebles, y el fraude puede presentarse sobre bienes muebles e inmuebles indistintamente.

30.- En el robo la conducta consiste en el apoderamiento de la cosa ajena mueble, el ladrón despoja de la cosa a la persona que la tiene en su poder, sin que medie derecho que lo asista o bien el consentimiento de la víctima.

31.- El ladrón puede aprehender en forma directa o indirecta la cosa, o recibirla previamente en precaria posesión.

32.- En el abuso de confianza genérico el sujeto activo desvía el destino de la cosa, por medio del ocultamiento, enajenación, empeño etc. evidenciándose su indebida disposición.

33.- En el delito de fraude genérico el delincuente o defraudador se sirve del engaño o provechamiento del error a fin de hacerse de un bien o alcanzar un indebido lucro.

34.- El abusario tiene la cosa en forma lícita, sin que medie un engaño para tales efectos o el aprovechamiento del error, la injusta disposición surge con posterioridad.

35.- Cualquier persona puede cometer el delito de robo o fraude genérico en el momento en que se presente la situación propicia para tan injustos propósitos. Pero no cualquier persona puede ejecutar un abuso de confianza genérico, porque no es tan fácil obtener la posesión derivada de un bien mueble, previo a la disposición de éste.

36.- Cuando el bien mueble no ha salido de la esfera de custodia del propietario o de quien la tenga legalmente, la sustracción de ésta configura el delito de robo y no el de abuso de confianza.

Bibliografía

ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal. 8ª edic., Edit. Temis, Colombia, 1988.

AMUCHASTEGUI REQUENA, Irma. Derecho penal. Edit. Harla, México, 1993.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. 25ª edic., Edit. Porrúa, México, 1988.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano. Edit. Porrúa, México, 1990.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. 13ª edic., Edit. Porrúa, México, 1992.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho privado romano. 14ª edic., Edit. Porrúa, México, 1986.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho procesal penal. 7ª edic. Edit. Porrúa, México, 1989.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho penal mexicano. 26ª edic., Edit.
Porrúa, 1993.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el delito. 3ª edic., Edit. Abeledo-
Perrut, Argentina, 1990.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho penal mexicano. 6ª edic., tomo IV, Edit.
Porrúa, México, 1986.

LAFAILLE, Héctor. Derecho civil. Tratado de los derechos reales, tomo
III, vol. I, Edit. Ediar, Argentina.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. Edit. Porrúa, México, 1993.

MARTINEZ DE CASTRO. Exposición de motivos al código penal de 1871. edic.
del Código penal, México 1907.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Edit. Temis, Colombia, 1991.

MORINEAU, Oscar. Los derechos reales y el subsuelo en México.

ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del delito. Edit. Porrúa, México, 1994.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de derecho penal. 6ª edic.,
Edit. Porrúa, México, 1989.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho
penal. 12ª edic., Edit. Porrúa, México 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil. tomo III, 12ª edic.
Edit, Porrúa, México, 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. tomo III, Edit. Porrúa,
México, 1991.

SALEILLES, Raimundo. Elementos constitutivos de la posesión. versión de
José María Navarro. "La posesión"

ZAMORA PIERCE, Jesús. El fraude. 3ª edic. Edit. Porrúa, México, 1993.

Legislación y otras fuentes consultadas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal.

Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal.

Diario oficial de la federación, de fecha 15 de enero de 1951.

Diario oficial de la federación, de fecha 30 de diciembre de 1975.

Diario oficial de la federación, de fecha 29 de diciembre de 1981.

GUITRON FUENTEVILLA, Julian. Tesis. Edit. promociones jurídicas y culturales, México. 1991.

Moderno diccionario ilustrado de la lengua castellana, Edit. Comunicación S.A., España 1994.

Semanario judicial de la federación, tomo XCIII, p. 132, 5ª época.