

19



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

“NECESIDAD JURÍDICA DE ADICIONAR LA SANCIÓN AL TIPO PENAL DE ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FLOR DE MARIA ALVAREZ MARTINEZ

287334

ASESOR:
LIC. RAFAEL GUERRA ALVAREZ



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.

A G R A D E C I M I E N T O S

INFINITAMENTE A MI MADRE:

COMO UN HOMENAJE DE GRATITUD, SABIENDO
QUE NO HABRA OTRA FORMA DE PAGARTE TODOS
LOS ESFUERZOS CON LOS QUE ME HAS GUIADO
EN TODOS Y CADA UNO DE LOS DIAS DE MI
EXISTENCIA Y QUE HAN INFLUIDO EN MI,
DE TAL MANERA QUE HAN SIDO LA BASE PARA
NORMAR MI VIDA Y LLEGAR A SER LO QUE AHORA
SOY.

A MI PADRE: JESUS ALVAREZ LARA (+).
EN HONOR A TU RECUERDO
RESPETUOSAMENTE.

A MIS HERMANOS: MARTHA, MIGUEL
ANGEL, MARIA GUADALUPE, JOSE DE
JESUS Y MARIA DE LA LUZ: POR
POR SU APOYO Y CARIÑO HACIA MI,
DURANTE LAS DIVERSAS ETAPAS DE
MI VIDA.

A TODOS MIS SOBRINOS Y EN
ESPECIAL A ROBERTO Y
Y MARTHA PATRICIA
CARIÑOSAMENTE POR NUESTRA
CONVIVENCIA.

AL SR. JORGE PIMENTEL (+):
POR EL ALIENTO BRINDADO
PARA ALCANZAR MI OBJETIVO
Y CON LA PROMESA DE SEGUIR
SIEMPRE ADELANTE.

A LA LICENCIADA EVA VERONICA DE
GYVES ZARATE: (C.JUEZ 59° PENAL
DEL RECLUSORIO ORIENTE), CON
RESPECTO ADMIRACION Y CARIÑO, EN
RECONOCIMIENTO A SU APOYO Y
Y ORIENTACION BRINDADOS, ADEMAS
DE SER UN EJEMPLO A SEGUIR.

A MI ASESOR DE TESIS LICENCIADO
RAFAEL GUERRA ALVAREZ, (C.JUEZ 64°
PENAL DEL RECLUSORIO SUR): CON
CARIÑO Y RESPECTO, POR BRINDARME SU
APOYO, TIEMPO Y EXPERIENCIA.

A EL LICENCIADO:

ARMANDO SANCHEZ PALACIOS:
(SECRETARIO DE ACUERDOS
DEL JUZGADO 64° PENAL DEL
RECLUSORIO ORIENTE), CON
CARIÑO, POR DEDICARME SU
TIEMPO Y EXPERIENCIA,
ADEMAS DE SER PIEZA
IMPORTANTE EN MI VIDA
PROFESIONAL.

A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIO
Y TRABAJO POR NUESTRA
CONVIVENCIA.

A LOS LICENCIADOS RAMON VAZQUEZ
DIAZ Y ARMANDO RIVAS PEREZ:
AFECTUSAMENTE, POR TODO SU APOYO
BRINDADO.

EN ESPECIAL A TI...
POR APOYARME, AMARME,
PROTEGERME Y SER PARTE
DE MI.

A DIONE CON AMOR: ESPERANDO
QUE EL DIA DE MAÑANA LOGRES
ALCANZAR TODAS LAS METAS
POSITIVAS QUE TE TRACES EN LA
VIDA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO, FUENTE DE INAGOTABLE SABER.

A MI H. JURADO RESPETUOSAMENTE

A DIOS:
POR PERMITIRME
LLEGAR HASTA
ESTE MOMENTO

I N D I C E

**TEMA: NECESIDAD JURIDICA DE ADICIONAR LA
SANCION AL TIPO PENAL DE ABUSO DE
CONFIANZA EQUIPARADO CONTEMPLADO EN EL
ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.**

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.....	6
A).-EPOCA PREHISPANICA.....	7
1.- RAZA NAHOMA.....	8
2.- LOS AZTECAS.....	9
B).- ROMA (LA LEY DE LAS XII TABLAS).....	11
C).- EDAD MEDIA.....	17
D).- DERECHO GERMANICO.....	18
E).- GRECIA.....	19
F).- DERECHO ESPAÑOL.....	20
1.- FUERO JUZGO.....	20
2.- FUERO REAL.....	20
3.- LA LEY DE PARTIDAS.....	21
4.- CODIGO ESPAÑOL DE 1822.....	21
5.- CODIGO ESPAÑOL DE 1850.....	23
6.- CODIGO ESPAÑOL DE 1870.....	24

G).- DERECHO FRANCES	25
1.- CODIGO NAPOLEONICO DE 1810.....	26
2.- LEY FRANCESA DEL 13 DE MAYO DE 1863.....	28
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DISTRITO FEDERAL	
DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.....	29
A).- CODIGO PENAL DE 1871.....	29
B).- CODIGO PENAL DE 1929.....	31
C).- CODIGO PENAL DE 1931.....	31
D).- LEGISLACION ACTUAL.....	32
DERECHO COMPARADO (ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA).....	35
A).- AGUASCALIENTES.....	36
B).- GUANAJUATO.....	37
C).- JALISCO.....	38
D).- QUINTANA ROO.....	39
E).- SAN LUIS POTOSI.....	40
F).- SINALOA.....	42
G).- SONORA.....	44

CAPITULO II.

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO.....	45
A).- TEORIA DEL DELITO.....	46
B).- CONDUCTA O HECHO.....	52
C).- AUSENCIA DE CONDUCTA.....	57
D).- TIPICIDAD.....	60
E).- ATIPICIDAD.....	67
F).- ANTIJURIDICIDAD.....	69
G).-CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	70
H).- IMPUTABILIDAD.....	83
I).- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	85
J).- CULPABILIDAD.....	89

K).- INculpABILIDAD.....	94
L).- PunIBILIDAD.....	98
M).- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	100
N).- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	102
Ñ).- AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	104

CAPITULO III.

ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO.....	105
A).- CONDUCTA O HECHO.....	106
*AUSENCIA DE CONDUCTA.....	108
B).- TIPICIDAD.....	108
*ATIPICIDAD.....	112
C).- ANTIJURIDICIDAD.....	113
*CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	114
D).- CulpABILIDAD.....	116
*CAUSAS DE INculpABILIDAD.....	117
E).- IMPUTABILIDAD.....	118
*CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	118
F).- PunIBILIDAD.....	121
*EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	122
G).- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	123
*AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	123
H).- CONCURSO.....	124
I).- TENTATIVA.....	125

CAPITULO IV.

PROPUESTA DE REFORMA QUE DEBE SUFRIR EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	126
---	-----

A).- LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTICULO 382, EN RELACION AL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO.....	126
B).- PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL.....	137
CONCLUSIONES.....	141
BIBLIOGRAFIA.....	145

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

El primer capítulo de la presente tesis versara indudablemente sobre datos históricos, en donde veremos la figura del abuso de confianza en general, y su evolución hasta llegar a nuestro tema de estudio, como lo es el tipo penal de "ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO", mismo que se encuentra contemplado en el Capítulo II del Título Vigésimo Segundo del Código Penal vigente para el Distrito Federal, denominado "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO" en su artículo 384, titulo vigente por decreto de fecha 31 de diciembre de 1945, (publicado en el Diario Oficial de fecha 9 de marzo de 1946); el motivo por el cual se hablará en primer término de los antecedente del tipo básico denominado ABUSO DE CONFIANZA; es en razón, a que la equiparación contemplada en el artículo a estudio, es de reciente creación, por tanto los antecedente del primero tienen relación con el origen del segundo, al ser éste una especie de lo general; y para lo cual estudiaremos desde la época prehispánica contemplando dentro de ella a la raza nahoma así como al Imperio Azteca con el fin de observar su forma de organización jurídica; en

virtud, de que, de alguna forma el régimen azteca es considerado el cimiento para fundar el sistema jurídico que nos rige hoy en día; de igual modo, nos ubicaremos en Roma, en donde como lo manifiestan los historiadores surge el hurto que en un principio estuvo indiferenciado con el abuso de confianza, pero gracias a los elementos constitutivos de cada uno de los tipos se fue diferenciando uno del otro, por lo tanto es considerado el hurto como el más antiguo antecedente del abuso de confianza; también se abarcara la Ley de las XII tablas; por otra parte, haremos mención de como en la edad media el abuso de confianza no sufre evolución alguna, esto, debido a la importancia que tuvo el uso de la palabra "furtum" en ese país; también se analizará el Derecho Germánico; se contemplará el Derecho Español, y dentro de éste el fuero Juzgo, fuero real, la ley de partidas; así como los Códigos españoles de 1822, 1850 y 1870; se hará mención sobre el Derecho Francés, y dentro del mismo el Código Napoleónico, ordenamiento jurídico que tiene el mérito de ser el creador del delito conocido como abuso de Confianza, así como el más inmediato antecedente legislativo de nuestro Derecho Positivo Mexicano; siguiendo este orden de ideas, se comentará sobre la ley francesa del 13 de mayo de 1863; y por otra parte se hará mención de los antecedentes legislativos del delito en comento, los cuales versaran en los Códigos

Penales de 1871, 1929, de 1931, abarcando hasta la reforma del último Código, misma que conforma nuestro precepto legal vigente; por último se mencionará el Derecho Comparado entre nuestra legislación así como la de diversos Estados de la República Mexicana, con el fin de observar, como de una u otra forma los legisladores preven el mismo comportamiento del sujeto activo en las diferentes Entidades Federativas. Lo anterior con el afán de observar el cambio paulatino que ha tenido el delito de abuso de confianza a través de la historia.

El segundo capítulo tratara sobre datos generales de la teoría del delito, y en el mismo se llevará a cabo un estudio de todos y cada uno de los elementos del tipo penal tanto positivos así como los negativos.

En el tercer capítulo llevaremos a cabo un estudio dogmático del tipo penal del delito de abuso de confianza.

por lo que respecta al capítulo cuarto del presente trabajo de investigación se hará un análisis jurídico de la inexacta aplicación del artículo 382 del Código Penal en relación al artículo 384 del mismo ordenamiento jurídico, situación que a nuestro criterio no debería de presentarse en el delito a estudio en relación a la sanción que deba imponerse aquél sujeto que encuadre su conducta al tipo penal de abuso de confianza equiparado contemplado en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal; por último se señalará la esencia de esta tesis, pues asentaremos de una manera concreta el como a nuestro criterio debería modificarse el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, esperando que con la posible reforma se obtenga uno de los objetivos que reclama la Sociedad actual, en virtud de que nuestra sociedad es cambiante, y por ende nuestro derecho positivo también debe serlo; en consecuencia y desde nuestro punto de vista muy particular, es necesario no solamente crear nuevas leyes, sino que las ya habidas sean de total aplicabilidad y que sean acordes al momento actual de nuestra sociedad y no favorezcan la impunidad, de ahí la necesidad de que las diversas disposiciones existentes, propiamente en nuestra legislación, deben ser completas, es decir, que se describa tanto el tipo penal, como qué sanción se deberá aplicar al caso concreto, esto es que sean leyes que nos

sirvan en nuestra vida actual y que sean de total aplicabilidad en su momento, de ahí que la siguiente obra cumpla no solamente con una simple propuesta sino que la misma sea una aportación a nuestro campo jurídico ya que el objetivo principal es la adición de un segundo párrafo al artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde remita al Juzgador al artículo 382 del Código Penal para efectos de la aplicación de la sanción, y de esta forma evitar la impunidad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL ABUSO DE CONFIANZA.

A).- EPOCA PREHISPANICA, 1.- Raza Nahoma, 2.- Los Aztecas, B).- ROMA (La Ley de las XII Tablas), C).- EDAD MEDIA, D).- DERECHO GERMANICO E).- GRECIA, F).- DERECHO ESPAÑOL, 1.- Fuero Juzgo, 2.- Fuero Real, 3.- La Ley de partidas, 4.- Código Español de 1822, 5.- Código Español de 1850, 6.- Código Español de 1870, G).- DERECHO FRANCES, 1.- Código Napoleónico de 1810, 2.- La ley Francesa del 13 de mayo de 1863, ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DISTRITO FEDERAL DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA, A).- Código Penal de 1871, B).- Código Penal de 1929, C).- Código Penal de 1931, D).- Legislación actual. DERECHO COMPARADO.- A).- Aguascalientes B).- Guanajuato, C).- Jalisco, D).- Quintana Roo, E).- San Luis Potosí, F).- Sinaloa, G).- Sonora.

=====

ANTECEDENTES DEL ABUSO DE CONFIANZA.

En este apartado realizaremos un análisis de los diferentes antecedentes que han servido de base para llegar a crear el tipo general de abuso de confianza; ello en razón, de que el artículo a estudio, es decir, el abuso de confianza equiparado, es de reciente creación, además de que los

antecedentes del primero tienen una estrecha vinculación con el origen del segundo, mismo que se encuentra previsto en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, texto vigente por decreto de fecha 31 de diciembre de 1945; Por lo anterior se estudiará a partir de la época prehispánica, hasta culminar el primer capítulo realizando un estudio comparado del abuso de confianza equiparado con los artículos de algunos de los diferentes Códigos de la República Mexicana que contemplan de alguna manera el mismo.

A) . - EPOCA PREHISPANICA

Por lo que respecta a este punto, y en base a los distintos criterios que los historiadores nos han proporcionado sobre la huella indeleble que dejó esta época, es así como nos ubicamos en el Continente Americano, toda vez que fue en este territorio donde predominaron los grupos o tribus que de alguna manera conformaron la época citada, encontrando que se cuenta con antecedentes muy remotos de este delito, ya que surge a raíz de que nuestros antepasados empezaron a satisfacer intereses deseados, y para lograr esto acuden al engaño, y las falsedades para obtener lo que

anhelan; es ahí donde cometen entre otros delitos el robo, el fraude ó abuso de confianza que afectan el patrimonio de sus víctimas por amor a sus fines, que éstos no eran otra cosa que la ambición, y la avaricia.

Por tanto, en la época prehispánica, ya se hablaba del abuso de confianza propiamente, aunque no con ese nombre, pero sí de una manera muy semejante; siendo el caso que en la época a estudio existieron diversas razas, que a continuación se citarán.

1 . - LA RAZA NAHOMA .

En esta raza, se procederá al estudio de los diferentes grupos de hombres o mejor llamados tribus que en épocas remotas habitaron el Continente Americano; en relación a la época prehispánica existe una gran diversidad de criterios, en cuanto a sus costumbres y a su organización, siendo primordialmente la jurídica materia de estudio; es el caso que la raza nahoma, estaba formada por varias tribus, mismas que integraban el territorio de Mesoamérica,

destacando por su avanzado grado de civilización, los olmecas, mayas, zapotecas, teotihuacanos, y los toltecas, pero no todos estos grupos de población antigua tuvieron la misma importancia; ya que si bien es cierto, los pueblos o tribus señalados eran los que más destacaron en la época prehispánica, también lo es que eran pobres en cuanto a su grado de organización jurídica, toda vez que carecían de sistemas jurídicos debidamente establecidos, para poder mantener una organización social adecuada; siendo el caso que la tribu azteca fue una de las más avanzadas respecto a su estructura jurídica, y por ende en el apartado siguiente se enuncia.

2.- LOS AZTECAS.

Al llegar los españoles a la altiplanicie mexicana hubieron de luchar y vencer a una de las organizaciones humanas mejor constituidas de América; siendo ésta el señorío azteca, que dominaba un vasto territorio y se extendía al sur hasta cerca de Honduras.

Entre la raza Azteca existieron diversidad de delitos, de los cuales en este trabajo únicamente señalaremos con detalle el relacionado a nuestro tema de investigación; pero sin que sea obstáculo para invocar aquéllos delitos cometidos entre la raza Azteca y que afectaban directamente el patrimonio de nuestros antepasados, siendo entre otros el asalto, daño en propiedad ajena, malversación de fondos, el robo; y el que nos interesa, el abuso de confianza, mismo que para los aztecas era, el que se apropiaba de un terreno ajeno que se le había confiado, o vendía la propiedad de otro, y la pena era convertirse en esclavo el sujeto que encuadrara su conducta en tal ilícito, de lo anterior se puede observar que el abuso de confianza era castigado con la esclavitud en ese derecho antiguo, pero hoy en día no esta permitida la misma, incluso esta prohibida, por nuestra Constitución Política.

Como se puede ver en el primer antecedente encontramos que en los dispositivos de la organización jurídica que regía aquéllas tribus, ya se elevaba a rango de delitos diversas conductas, entre las cuales encontramos al abuso de confianza, mismas conductas eran castigadas por las autoridades con el fin inmediato de mantener el orden social,

y con el paso del tiempo imponían penas cada vez más severas. De esta forma se puede observar que desde esos tiempos el fin de las autoridades era que las personas no se aprovecharan de la confianza que en ellas se había depositado; sino por el contrario, que se respetaran las cosas ajenas inmuebles, como lo eran los terrenos que se habían confiado a algún aborigen y asimismo no fuera burlada esa confianza.

B). - ROMA. -

(LA LEY DE LAS XII TABLAS)

De la misma manera encontramos un segundo antecedente, del abuso de Confianza, pero ahora es en Roma, donde se podrá constatar que efectivamente al delito en comento en un principio se le llegó a confundir con el *furtum*, (hurto). Desde la antigua Roma se le conoció al abuso de Confianza, como *furtum*, mismo que no solo se refería al robo, al contemplarlo como el "apoderamiento" que como sabemos constituye el elemento esencial de ese tipo penal; si no que también abarcaba el abuso de Confianza, en virtud de que refiere el acto de "disposición", el cual es elemento esencial en el delito a estudio, del que se desprende que

existe una intromisión no consentida por el propietario de la cosa mueble.

Justiniano elabora en un cuadro los distintos casos de *furtum* (*hurto*), que existían en el Derecho Romano, es así como enunció (*furtum Rei*), sustracción de la cosa, (*furtum usus*), uso ilícito y (*furtum possessiones*), indebida apropiación, siendo el segundo de los antes mencionados, el que más se asimila a el delito materia de investigación, en virtud de que en el presente caso se preve el uso indebido que se haga de la cosa ajena mueble.

En Roma dentro de las modalidades de hurto, se encontraba el robo de uso, y esa variante podría consistir en el abusivo del bien confiado (abuso de confianza). El *furtum usus*, se daba principalmente en el contrato de depósito cuando el depositario usaba la cosa depositada, o en el comodato, cuando el comodatario utilizaba la cosa prestada en uso distinto al convenido.

Es en Roma, donde se localiza la base principal del hurto, el cual se encontraba clasificado entre los delitos de índole privada, en razón de que este tipo de actos consistían en la realización de los hechos ilícitos, pero que solamente causaban daño entre los particulares; es decir, que únicamente recaían en la propiedad privada, pero sin perturbar el orden público, estos comprendían el *furtum* propiamente dicho, el abuso de confianza, el fraude, y la ocultación; de lo anterior se desprende sin duda que el *furtum*, fue el antecedente más antiguo del Abuso de confianza.

La Ley de las XII Tablas, prevenía y sancionaba un cierto número de hechos delictivos, entre otras cosas, se limitaba a regular la venganza, que ejercía la víctima del delito a la persona del culpable, en razón de que era muy frecuente que los ofendidos hicieran justicia por su propia mano; a pesar de que la ley romana fue una de las más completas, carecía de exactitud para aplicar el castigo al delito del que se trataba y muchas veces estos quedaban impunes.

Por otro lado, el término hurto, ha sido definido por el maestro Campomanéz, como: "la sustracción lenta de una cosa, con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto contrario a la ley natural." (1)

En la ley de las XII Tablas, se sabía con anticipación todos los casos de abuso de Confianza, los cuales eran reconocidos completamente, aunque generalmente estaban incorporados a la figura genérica del robo, además esta Ley romana consideraba culpable, a un depositario cuando éste hiciere uso del objeto en depósito, o, cuando el comisionado empleaba para su utilidad el dinero que en forma anticipada le habían dado fiado para cederselo a un tercero. Por otra parte, en las Institutas y en la antigua jurisprudencia los diversos actos de mala fe, fueron identificados como fraudes integrantes del delito de Robo, es decir en la antigua Roma el abuso de confianza era considerado como una modalidad del robo, de acuerdo con las características descriptivas del furtum.

(1) CAMPOMANEZ BAEZ, Gustavo Adolfo; El Robo, El Abuso de Confianza, y El Fraude, en relación con la posesión; Porrúa, México Distrito Federal 1948, pp. 13 y 14.

En la Ley de Roma, el hurto era clasificado en dos grupos que fueron el manifiesto y el no manifiesto, basandose en que el ladrón fuera o no sorprendido en el acto, en el sitio del robo, o teniendo todavía la cosa hurtada en la mano; pero una vez conducida esta a su destino aún cuando se encontraba la cosa en su poder, ya no había hurto manifiesto; en estos tipos de hurto, la pena o sanción era fijada tomando en consideración la diferencia entre ambas clases de furtum.

La ley de las XII tablas; sin embargo, estableció la pena capital para el hurto manifiesto, debiendose entender como dicha pena no solo la de muerte, si no toda la pena que llevase consigo la *capitis deminutio* del agente infractor.

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

En relación a la apropiación de una cosa, se estimaba que era cuando se aprovechaba alguna persona del bien que se encontraba en posesión legítima de otro sujeto y cuando el Agente se excedía ilícitamente en el derecho que de utilizarla le correspondía, principalmente cuando el dueño hubiera otorgado a otra persona la tenencia del objeto y el tenedor o poseedor no lo usara de acuerdo a lo establecido previamente. Por lo anterior, vemos, cómo, desde la época antigua se detectó este problema en la colectividad de aquéllos años, y resulta evidente que algunas personas podían recibir una cosa y posteriormente negarse a devolverla lo cual creaba una situación de conflictos.

Por todo lo anterior, afirmamos que en Roma, fue en donde se definió con claridad el hecho de realizar la apropiación indebida de cualquier bien ajeno, siempre que el agente hubiese tenido antes la confianza depositada en su favor para después defraudar. Las primeras referencias del mencionado delito' de abuso de confianza fueron señalados en los antiguos Códigos de Manú. De manera que los antiguos Códigos no marcaron la distinción entre los delitos de Robo, y la apropiación indebida de un bien ajeno, ya que el Abuso de Confianza no era considerado como género del hurto.

Por consiguiente existió gran confusión entre el término *furtum* (hurto), y el Abuso indebido, posiblemente el uso de dos expresiones similares como fueron; el hurto y el hurto como uso.

El delito de hurto era cuando una persona sustraía un bien contra la voluntad de su propietario y después se abusaba de la cosa ajena, sin intención de apropiársela si no para hacer uso de ella, en provecho propio y después restituirla; en cambio, se configuraba el ilícito de hurto con uso, cuando el objeto material se adquiría con entrega del dueño y posteriormente se abusaba de la cosa ajena sin intención de apropiársela; esto es, lo que hoy conocemos como el ilícito de Abuso de confianza.

C).- EDAD MEDIA

En el transcurso de este periodo no existió distinción alguna en relación a la evolución del abuso de Confianza, debido a la importancia que tuvo el uso de la palabra "*furtum*"; en Roma no se realizó ningún cambio en el

concepto de hurto, por ello, el maestro Campomanéz, nos dice "durante la edad media, influenciada por el derecho Romano no encontramos diferencia substancial, manteniendo su modificación el concepto de furtum. " (2).

D).- DERECHO GERMANICO.

Debemos a este ordenamiento legal el origen de la segunda transformación del delito de abuso de confianza. En el ordenamiento Alemán se conocieron dos clases de hurto, que fueron el propio y el impropio, con la mencionada clasificación se hizo una modificación a las sanciones tan excesivas con que se castigaban algunos casos de hurto y que muchas veces eran más graves que las establecidas para sancionar el delito de homicidio; se tomaba en consideración para distinguir los tipos de hurto señalados, la previa existencia de la posesión en el agente; por ello, Octavio Carrete, menciona: "el hurto impropio se configuraba cuando

(2) Op. cit pág. 48

el infractor ya se hallaba en poder del bien ajeno; en cambio, el hurto propio era reconocido en los casos que la cosa fuera quitada al propietario sin su autorización."⁽³⁾

Tanto en la antigua Roma como en el Derecho Alemán existieron dos clases de hurto similares el "manifiesto y el no manifiesto", (propio e impropio), por lo tanto la transformación histórica legislativa del abuso de Confianza había sido muy lenta.

E).- GRECIA

En esta legislación no se introdujo ninguna modificación al delito de abuso de confianza; toda vez que la tutela penal de la propiedad quedaba integrada en el concepto de furtum, como lo describe Octavio Carrete; al decir, " en el Derecho Griego no se percibe ningún adelanto pues los

(3) CARRETE HERRERA, Octavio El Presupuesto Material en el delito de Abuso de Confianza Porrúa Hermanos, México 1956
pág.11

distintos hechos que de alguna forma, dañaban la propiedad en las relaciones derivadas de ella, seguían comprendiéndose dentro de la ampliación del hurto."⁽⁴⁾

F).- DERECHO ESPAÑOL.

1.- FUERO JUZGO.

El fuero Juzgo, no estableció ninguna distinción entre el hurto y el abuso de confianza; ocupándose solo del hurto sin agravantes especiales, siendo las penas para los hombres libres de carácter pecuniario y proporcionables al valor de lo hurtado y para siervos penas infamantes y corporales.

2.- FUERO REAL.

Tampoco en el fuero real se estableció diferencia alguna entre el ilícito de hurto y el abuso de confianza,

(4). *IBIDEM.*

solo se encargó del ilícito de robo, que fue castigado con la pena pecuniaria, mutilaciones y hasta la muerte para el reincidente o el ladrón conocido; en fin, la legislación española estableció mayor confusión entre el Robo y el abuso de confianza.

3.- LA LEY DE PARTIDAS.

Las leyes de España y en especial la ley de partidas, se inspiraron en la ley romana por lo que consideramos que tanto el derecho Germánico como el español tuvieron su fundamento legal en el ordenamiento romano por que sus disposiciones fueron adoptando los conceptos de hurto que se aplicaron en Roma.

4.- CODIGO ESPAÑOL DE 1822.

En esta legislación se estableció mayor diferencia entre el robo y el hurto (artículo 123, 47, 45), caracterizándose aquél por el empleo de la violencia como

medio para apoderarse de lo ajeno y el hurto como un medio fraudulento en donde cualquier sujeto se apropia de un bien mueble, sin fuerza ni violencia entre personas. Este ordenamiento solo menciona en sus artículos 774, 775 y 777, la malversación fraudulenta hecha por el tutor, el curador, el albacea de los bienes del pupilo demente o la testamentaria que estuviere a su cargo, que se castigaba con una multa igual al valor de la misma cosa y con arresto de dos días a dos meses; pero esta legislación no precisaba el delito de abuso de Confianza.

En fin había grandes diferencias entre el robo y el abuso de confianza de aquella época, debido a la naturaleza de los hechos en cada uno de estos delitos, siendo el caso que, en el de robo existía la característica del adueñamiento es decir cuando el bien ajeno era sustraído por medio de la violencia física o moral, quedando en forma astuta la cosa en manos de su poseedor; en cambio, el abuso de confianza establece como hipótesis: que al bien mueble se le localice legítimamente en poder del agente, éste lo refiere con el consentimiento del propietario y no utiliza ni la astucia ni la violencia para conseguir la cosa, por tanto es imposible imputar al sujeto activo del ilícito de abuso de Confianza una planeada premeditación.

5.- CODIGO ESPAÑOL DE 1850.

En este Código los legisladores españoles señalaron de manera especial el delito de Abuso de confianza; esto a diferencia de los anteriormente señalados que no lo hicieron. Al respecto el artículo 452 del Código de 1850 describe específicamente el Abuso de Confianza, y dice: "A los que en perjuicio de otro, se apropien o distrajeran efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en deposito, comisión o administración o por título que produzca obligación de entregarle o devolverlos".

En el artículo anterior, el contenido era diferente al del actual art. 382 del Código Penal mexicano, por que anteriormente decía "cosa mueble" sin importar si era ajena o no, tampoco menciona "de lo que se halla transmitido la tenencia y no el dominio; solo nos habla de la obligación de restituir el bien.

6.- CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Dentro de esta legislación, el artículo 452 fue reformado, a pesar de ello no existió separación alguna de la estafa con el delito de abuso de confianza, dicho código solo se limitó a darle mayor extensión.

Así las cosas el artículo 348 de ese ordenamiento jurídico, en su fracción V, estableció: "los que en perjuicio de otro se apropien o distrajeran dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, o que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, o negaren haberla recibido."

El Código de 1870, calificó como estafadores a quienes abusaban de la confianza de otro, en relación a ello, la ley de partidas y el Código Penal español, trataron de clasificar esos delitos con las palabras de estafa y otros engaños, sin embargo existió una enorme diferencia entre el delito de estafa y el de Abuso de Confianza por las características descriptivas de cada uno.

G).- *DERECHO FRANCÉS*

En el ordenamiento penal francés la expresión "robo", tuvo un amplio significado, de manera que fue transformado poco a poco hasta configurar el ilícito de abuso de Confianza.

En la palabra robo, se incluía el delito de abuso de confianza, por ello el autor Mungía de Vauglans, citado por Sodi Demetrio, definía el robo diciendo que era "la sustracción o el abuso fraudulento, y el maestro Domart, citado por el mismo Sodi, afirmaba que era el hecho de sustraer, por el fraude alguna cosa para apropiarsela contra la voluntad del dueño." (5)

El Abuso adquiere su propia descripción en forma especial, en la ley de 1791, bajo el título de "LABUS DE CONFIANCA", El abuso de Confianza hasta ahora comprendido

(5), MUNGIA DE VAUCLANS Y DOMART, Citados por SODI, Demetrio, Nuestra Ley Penal, segunda Edición Tomo I, Temis, S.A, México 1987 página 91

dentro de los casos de robo, obtiene por primera vez una configuración propia en la Revolución Francesa en la ley del 29 de septiembre de 1791. Además, en la legislación romana y en la francesa el abuso de Confianza estaba comprendido en los casos considerados como delitos de robo; toda vez, que el robo no solo se cometía por medio del apoderamiento; de tal suerte, que el agente dispone indebidamente de la cosa depositada en sus manos, actuando así en oposición a la voluntad del sujeto pasivo; siendo hasta esa fecha, cuando la ley francesa señaló una incriminación especial para algunas disposiciones de los bienes confiados en depósito al infractor, la citada ley sancionaba este tipo de ilícitos con la degradación cívica.

1.- CODIGO NAPOLEONICO DE 1810.

Este ordenamiento, tiene el mérito de ser el creador del delito conocido como abuso de Confianza, siendo por lo tanto su primer antecedente legislativo.

En relación a este punto González de la Vega, citado por Sodi Demetrio comenta: "Corresponde al Código Napoleónico de 1810 la verdadera creación del delito de abuso de confianza, el que después de las reformas del 28 de abril de 1832 y del 13 trece de mayo de 1863 que le dieron mejor alcance, llegó a su definitiva redacción."⁽⁶⁾

El artículo 408 del Código Penal francés de 1810, es según el maestro Octavio Carrete, el antecedente inmediato de nuestra ley, en la regulación del abuso de confianza; al decir: "El que halla malversado o disipado en perjuicio de sus propietarios, poseedores o detentadores efectos, valores, mercancías, billetes recibos, o cualquier otros escritos que contengan obligación o descargo que les halla sido entregados, si no a título de depósito de mandato por un trabajo asalariado o no asalariado con cargo de devolverlo o repretar, hacer de ellos un uso o empleo determinado, será castigado con las penas."⁽⁷⁾

(6), *IBIDEM*.

(7). *Op. Cit.* págs. 13 y 14

Se habla del daño ocasionado al propietario de algún bien mueble, además de ciertos contratos en virtud de los cuales puede ser realizado el delito de abuso de confianza.

EL ordenamiento penal de 1810 fue integrador del Abuso de Confianza en apoyo a lo anterior Campomanéz citado por Sodi Demetrio, nos dice "En el Código de 1810 este delito es bien definido en el artículo 379, al decir: cualquiera que sustraiga fraudulentamente una cosa que no le pertenezca es culpable de robo."⁽⁸⁾

2.- LA LEY FRANCESA DEL 13 DE MAYO DE 1863.

En esta ley se encuentran las bases del delito denominado Abuso de Confianza, por ello, Sodi nos dice: "La ley del 13 de mayo de 1863 dejó las actuales bases del delito reformándose el artículo 408 del Código Penal Francés."⁽⁹⁾

(8, Op. Cit. pág. 20

(9), Op. cit Pág.115

La ley francesa fue generadora de nuestro actual delito de abuso de confianza tal y como es conocida por la ley mexicana. Como ya se describió en líneas anteriores, podemos observar que el abuso de confianza estuvo indiferenciado y fundido en el delito de *furtum*, y posteriormente con lo que denominamos fraude o estafa, pero como los rasgos ontológicos de las conductas integradoras de cada uno de los delitos antes mencionados eran distintos, paulatinamente pero de manera firme, fue independizándose la forma constitutiva del delito que hoy conocemos como abuso de confianza, hasta alcanzar el rasgo autónomo que en la actualidad tiene.

***ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DISTRITO FEDERAL DEL DELITO
DE ABUSO DE CONFIANZA
A).- CODIGO PENAL DE 1871.***

En cuanto al derecho penal mexicano, se regula el ilícito en comento, desde el primer Código que existe en México, así como las modificaciones que va sufriendo con las diversas reformas, hasta llegar a nuestros días como lo presenta el tipo.

El abuso de confianza, es un delito autónomo y no una circunstancia agravante o una modalidad del robo, figura con la que en un principio estuvo confundido, como ya lo describimos anteriormente, a continuación haremos la transcripción de los artículos 405, 406, y 407 del Código Penal de 1871.

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

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

"ARTICULO 407.- El que fraudulentamente y con perjuicio de otro disponga de todo o en parte de una cantidad de dinero, en numerario, en billetes de Banco o papel moneda, de

un documento que importe obligación de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato u otro o de los que no transfieren el dominio."

B).- CODIGO PENAL DE 1929

Durante el Gobierno del presidente provisional Emilio Portes Gil, se elaboró el Código Penal de 1929, mismo que en lo referente al abuso de confianza no sufre variación alguna en cuanto a su esencia, ya que los preceptos, los encontrábamos al igual en el Código anterior, solo que en diferentes numerales, ya que el delito en comento se regula en los artículos 11, 1145, 1146 y 1147.

C).- CODIGO PENAL DE 1931

En cuanto a las reformas del artículo 382 de los años de 1945, 1950, 1975 y 1981, solo se modifican en cuanto al aumento de la punibilidad del tipo en lo referente al abuso de confianza.

D).- LEGISLACION ACTUAL.

El Código de 1931, contempló por primera vez el tipo penal equiparado del abuso de confianza, previsto hasta la actualidad en el artículo 384 del mismo ordenamiento Penal, posteriormente sufre una reforma por decreto del Presidente Pascual Ortíz Rubio, de fecha 31 de diciembre de 1945, entrando en vigor en fecha 9 de marzo del siguiente año; por lo anterior, se considera necesario transcribir el tipo penal en comento como se tipificaba en el Código en cita, antes de que sufriera la reforma aludida; el cual a la letra dice:

ARTICULO 384.- "No se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida, cuando no se haga con el fin de apropiarsela, o disponer de ella como dueño.

Del anterior precepto legal se desprende que no era considerado como abuso de confianza equiparado la retención de la cosa cuando no hubiera ánimo de apropiación, o

disposición de la misma como dueño; de lo anterior se observa que al reformarse el precepto legal citado, en la actualidad es contemplado de una manera muy distinta, en tal virtud, para que se configure el tipo penal de abuso de confianza equiparado (actual), es necesario que se reúnan una serie de elementos tales como:

a).- la ilegítima posesión de un bien mueble con ánimo de retención, es decir que una persona física (no una moral), sea tenedora o poseedora en precario de una cosa; este elemento constituye el presupuesto de un delito;

b).- Que sea requerida en forma por quien tenga derecho a la posesión de la cosa; el requerimiento formal puede ser notarial, judicial ante dos testigos etc; y

c).- Que el agente no devuelva la cosa a quien tenga derecho a ella, o no la entregue a la autoridad para que disponga de la cosa conforme a la ley.

Los anteriores elementos constitutivos se desprenden del precepto legal 384, mismo que enuncia:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

En el anterior texto legal, se puede observar que no se precisa el lapso de tiempo dentro del cual debe ser devuelta la cosa retenida, ó entregada a la autoridad, entendiéndose que esta omisión de devolución o entrega podría surtir efectos inmediatamente después del requerimiento; Por lo anterior consideramos que el citado artículo debe contemplar esa circunstancia y señalar un término prudente para realizar la entrega de la cosa, ya sea a la persona que tenga derecho ó a la autoridad correspondiente, mismo término que deberá contarse a partir del siguiente día al requerimiento formal hecho por parte del propietario del bien mueble.

Por lo anterior se desprende que el artículo 384 reformado que contempla el Código Penal vigente para el Distrito Federal, carece de antecedentes remotos, por tanto como ya se expresó en líneas anteriores, fue, lo que nos orilló a analizar el tipo básico para llegar al especial como lo es el abuso de confianza equiparado.

DERECHO COMPARADO

(ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA)

En los siguientes apartados, será materia de estudio, preceptos legales de diversos Estados, con la finalidad de llevar a cabo un análisis de derecho comparado, y de esta forma poner de manifiesto que dentro de la República Mexicana se ha tipificado la conducta descrita en el artículo 384 del Código Penal, en algunos casos de una manera muy similar, en otros idéntica y en otros de ellos, no se encuentra contempla la figura en comento, pero sin embargo preven otras formas del abuso de confianza de acuerdo a sus necesidades y vida en sociedad; observandose con ello que los legisladores de los diversos Estados de la República Mexicana, tratan de una u otra manera de proteger el

patrimonio de las personas; Siendo el caso que en los subsecuentes apartados se analizaran los Estados de, Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, y por último el estado de Sonora.

A).- AGUASCALIENTES.

En la legislación actual del Estado de Aguascalientes, se desprende que el legislador no previo la figura jurídica del abuso de confianza equiparado como lo hace nuestro Derecho Positivo, observandose que en el Código Penal para el Estado de Aguascalientes sólo se maneja la calidad específica del sujeto activo; es decir, hace referencia a que cuando se trate de depositario judicial, o el designado por una autoridad judicial, administrativa o del trabajo, al ser requerido formalmente para que entregue el bien mueble y no lo haga, o no justifique su paradero a satisfacción de aquellas autoridades; se estará en presencia del delito de abuso de confianza; cosa que no ocurre en nuestra legislación actual, ya que en el artículo aludido no se hace mención a que el activo deba tener una calidad

especifica, entendiendo por esto que cualquier persona puede cometer el delito en cuestión. Por lo anterior se manifiesta que sería justo que en la legislación penal del Estado en mención, se contemple la figura jurídica en comento, para prevenir el delito de índole patrimonial como lo es el tipo penal en comento.

B).- GUANAJUATO.

En esta legislación local tampoco existe precepto alguno que contemple alguna conducta semejante a la establecida en el abuso de confianza equiparado en el Distrito Federal, materia de estudio. Por lo que a nuestro criterio, es indispensable que dicha legislación local contemple algún tipo penal que abarque la conducta delictiva del artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, esto en razón de que es indispensable proteger el patrimonio de las personas cuando se comete la conducta referida.

C).- JALISCO

ARTICULO 247.- "Se impondrán las mismas sanciones del abuso de Confianza, a quien requerido formalmente retenga la cosa que estuviere obligado a entregar o devolver, si la hubiere recibido por cualquier título que produzca tal obligación o cuando la cosa deba entregarse a resultas de una resolución firme de autoridad competente."

Del artículo invocado se advierte que es semejante al que contempla el Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, existen diferencias, siendo las siguientes:

a).- La legislación Penal del Estado de Jalisco, sí menciona que se impondrá las mismas sanciones del abuso de confianza a quien retenga la cosa que se le ha requerido formalmente; cosa que no ocurre en nuestra legislación penal actual, ya que solamente hace mención de qué es lo que se equipara al abuso de confianza, pero sin mencionar cual es la penalidad que deberá imponérsele al sujeto que encuadre su conducta en este tipo legal.

b).- En la legislación Penal jalisciense se habla de cuando la cosa se hubiere recibido por cualquier título que produzca la obligación de devolverla, o cuando la cosa deba entregarse a resultas de una resolución firme de autoridad competente; situación que no preve nuestro derecho positivo, toda vez que en el mismo lo que se menciona es que si el tenedor de la cosa no la devuelve pesar de ser requerido por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley.

D).- QUINTANA ROO

artículo 151.- "Se aplicaran las mismas penas previstas en el artículo anterior al que disponga de una cosa mueble de su propiedad si no tiene la libre disposición de la misma, en virtud de cualquier título legítimo ó al que habiendo sido requerido en forma indubitable, retenga la cosa que estuviere obligado a entregar o devolver."

Del anterior precepto legal en su segunda parte se desprende que, sí, se encuentra contemplado el abuso de confianza equiparado en el Estado de Quintana Roo de una

manera similar a nuestra legislación, en razón de que entre ambas legislaciones, de la simple lectura se infiere que existen semejanzas en sus elementos constitutivos, para que se de la conducta requerida en el abuso de confianza equiparado, las cuales son:

- a).- Que exista la retención ilegítima de una cosa
- b).- El requerimiento de la misma.
- c).- El hecho de negarse a devolver el bien mueble.

E).- SAN LUIS POTOSI.

Artículo 387.- "Se equipara al abuso de confianza y se sanciona como tal;

I.- El hecho de disponer o sustraer una cosa propia si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;

II.- El hecho de disponer de la cosa depositada o en sustraerla el depositario que no sea dueño de ella;

III.- El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un deposito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad;

IV.- La ilegítima posesión de una cosa, si el tenedor o poseedor de ella la retiene y no la devuelve dentro del plazo de tres días a pesar de ser requerido en forma indubitable, por quien tenga el derecho, por la autoridad a resultas de una resolución firme o no la deposite a disposición de autoridad competente para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

Como se puede observar, el anterior precepto legal en su última fracción, es muy semejante al artículo contemplado en la legislación penal vigente del Distrito Federal, siendo la diferencia que el artículo invocado, sí prevee el lapso de tiempo que ha de transcurrir para que sea devuelta la cosa retenida, siendo este el de tres días,

circunstancia que nuestra legislación penal no contempla, y a nuestro criterio como ya se mencionó en párrafos anteriores, se debe establecer un término prudente para que la cosa sea devuelta, esto en razón de prevenir de alguna forma que se cometa la conducta delictiva que contempla el tipo penal en comento, además la legislación penal potosina, sí hace mención de la sanción que ha de imponerse al sujeto activo que encuadre su conducta delictiva en el precepto penal en cita, y nuestro derecho positivo no lo contempla.

F).- SINALOA

Artículo 231.- "Se aplicaran las mismas penas previstas en el artículo anterior al que:

I.- Disponga de una cosa mueble de su propiedad si no tienen la libre disposición de la misma, en virtud de cualquier título legítimo;

II.- Siendo poseedor derivado de una cosa mueble no la devuelve cuando debiera hacerlo, a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga el derecho o no la entregue a la autoridad competente."

En atención al ilícito en comento, el anterior artículo señala en su fracción II, elementos constitutivos del abuso de confianza muy parecidos a los que contempla el código penal para el Distrito Federal en su artículo 384, los cuales son esenciales para que encuadre la conducta desplegada por el sujeto activo en el delito de abuso de confianza equiparado, mismos que a continuación se enuncian:

- a).- El tener la posesión de una cosa
- b).- El hecho de negarse a devolver la cosa.
- c).- El requerimiento formal de la misma, o;
- d).- La negación por parte del poseedor de entregar ésta a la autoridad competente

G).- SONORA.

ARTICULO 316.- "Se reputa como abuso de Confianza, la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o el poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

Del anterior precepto se desprende que en la legislación Penal del Estado de Sonora el legislador contemplo la figura del abuso de confianza en comento idénticamente como lo prevee nuestra legislación penal, y por lo tanto cae en el mismo error al no contemplar sanción alguna.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO

A).- Teoría del delito, B).- Conducta o hecho
C).- Ausencia de Conducta, D).-Tipicidad
E).- Atipicidad, F).- antijuridicidad,
G) .-Causas de Justificación, H)Imputabilidad
I)-Causas de Inimputabilidad, J)-Culpabilidad
K).- Inculpabilidad, L).- Punibilidad,
M)- Excusas Absolutorias, N).-Condicionalidad
Objetiva, Ñ).- Ausencia de Condicionalidad
=====

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO

Para el estudio del tipo penal de abuso de confianza equiparado, se llevara a cabo un análisis dogmático-jurídico, y para lo cual se tomará como cimiento a la teoría del delito.

A).- TEORIA DEL DELITO

Primeramente abordaremos algunas generalidades respecto a qué se debe entender por delito. De esta manera tenemos que delito proviene del vocablo latino "delinquere", que en pocas palabras significa abandonar el buen camino.

A través del tiempo los autores han tratado de implantar un concepto universal del vocablo delito, pero dicho propósito ha sido en vano, ya que lo que se considera delito en un lugar y época determinada, puede perder dicho carácter con el transcurso del tiempo.

En la escuela clásica, el maestro Francisco Carrara citado por JIMENEZ DE AZUA, define al delito como: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."⁽¹⁰⁾

(10) FRANCISCO CARRARA CITADO POR JIMENEZ DE AZUA, Principios de Derecho Penal (La ley y el delito), Editorial Abeledo-Pierrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pág.2

De dicha definición se desprende que el delito, para el maestro Carrara, debe tener ciertos elementos como la infracción a la ley del Estado, con esto para él, solo existe el delito cuando un acto contraviene a lo establecido por la ley, y para no confundir con cualquier otra clase de ley, especifica que debe ser ley promulgada por el Estado, la cual tiene como finalidad la seguridad de los ciudadanos, siendo éste el segundo elemento, toda vez que sin este no tendría obligatoriedad, así mismo el jurista, señala como un tercer elemento el que dicha violación debe ser producida por un acto externo realizado por el hombre, y con esto excluye en su explicación del delito los actos internos, como son: el pensamiento, la opinión, etc; como último elemento que contiene la mencionada definición es que dicho acto puede ser positivo o negativo, moralmente imputable, con esto se trata de advertir que el acto puede consistir en una acción u omisión que al momento de llevar a cabo cualquiera de las dos tener la capacidad de entender y querer el resultado en el campo del derecho penal.

Por otro lado en la doctrina positiva, se trata de demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultante de factores hereditarios, causas físicas o

sociológicas, de esta manera y como máximo representante tenemos al profesor Rafael Garófalo, mismo que define al delito natural como: "La violación de los sentimientos altruistas de providad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."⁽¹¹⁾

Ahora bien, de la definición antes expuesta, se desprende que al hablar de la violación al sentimiento, esto es, la ofensa a los sentimientos de piedad, el maestro Garófalo, se refería al homicidio, heridas, mutilaciones, etc; y al mencionar a los de providad, citaba por ejemplo al robo, incendios, falsedades, etc. Así de esta manera y a nuestro criterio la definición del delito no se puede buscar en la naturaleza, toda vez que ella sola no existe, esto es, la esencia del delito y la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, justicia, altruismo, disciplina y de necesidad en la convivencia humana.

(11) RAFAEL GAROFALO, CITADO POR CORTÉS IBARRA, Miguel Angel, Derecho Penal, Editorial Cárdenas, Tercera Edición, México, 1987, Pág. 121.

Por otro lado en la noción Jurídico sustancial La gran mayoría de autores que definen de esta forma, tratan de tomar como base para dicha definición la esencia del delito, esto es, lo definen de acuerdo a los elementos que a su criterio conforman a éste, así tenemos que el profesor Cuello Calón, define al delito como "La acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible".(12)

Por otra parte el maestro Jiménez de Azúa, nos lo define textualmente de la siguiente manera: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."(13)

Sin embargo el profesor Porte Petit, elabora su definición tomando los elementos que a continuación se mencionan: "Es una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible".(14)

(12) CUELLO CALÓN, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1975, Pág. 156.

(13) JIMÉNEZ DE AZÚA, La Ley y el Delito, Editorial A. Bello Caracas, Buenos Aires Argentina 1990, Pág. 256.

(14) PORTE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática-Jurídica Penal, México 1987, Pág. 30

Como se ve en algunas de las definiciones anteriores incluyen como elementos del delito: la sanción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Nos adherimos sin reserva, a quiénes atribuyen carácter de elemento esencial a la punibilidad.

Desde el punto de vista jurídico, el delito, se visualiza de su fuente que es el derecho, de esta manera se pretende buscar la noción del mismo en el derecho, esto es, en vez de hablar de móviles egoístas y antisociales, se va a hablar de un elemento como lo es la culpabilidad; así hasta llegar a la definición jurídica del delito. De tal suerte que encontramos la noción jurídico- formal en la ley positiva, es decir, en el Código Penal en su artículo 7, en su primer párrafo que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Dicha definición a nuestro criterio, es del todo acertada en virtud de que tiene como presupuesto necesario del delito a la pena, al establecer que el delito es aquél

acto u omisión que sancionan las leyes penales, y por ende si no hay pena no se puede hablar de delito, por lo que enfatizamos que concordamos con dicha definición.

De las anteriores manifestaciones del delito, se puede observar que es casi imposible establecer un criterio uniforme sobre el mismo, ya que depende del criterio de los autores, al elegir cuales son los elementos esenciales que conforman al delito y cuales no lo son; más sin embargo es importante señalar que entre los mismos debe existir una preferencia lógica.

A nuestro ver se analizará a continuación los elementos del delito de acuerdo al criterio general de los estudiosos de la materia, y que de acuerdo a éstos son los siguientes aspectos:

POSITIVOS

- CONDUCTA
- TIPICIDAD

NEGATIVOS

- FALTA DE CONDUCTA
- ATIPICIDAD

- | | |
|----------------------------|-------------------------------------|
| - ANTIJURICIDAD | - CAUSAS DE JUSTIFICACION |
| - IMPUTABILIDAD | - INIMPUTABILIDAD |
| - CULPABILIDAD | - INCULPABILIDAD |
| - CONDICIONES
OBJETIVAS | - FALTA DE CONDICIONES
OBJETIVAS |
| - PUNIBILIDAD | - EXCUSAS ABSOLUTORIAS. |

B).- CONDUCTA O HECHO

Los autores que abordan este primer elemento positivo del delito utilizan varias denominaciones, tales como acto, hecho, conducta, etc. Nosotros nos hacemos partidarios de los términos conducta o hecho, entendiendo por conducta.

El maestro Castellanos Tena. define a la conducta como: "el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito."⁽¹⁵⁾

(15) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 1986, Págs. 130, 131 y 132.

De tal suerte, si partimos de la base de que todo delito proviene de la conducta o hecho del hombre, y que esta conducta o hecho, viene a ser un comportamiento humano positivo o negativo, encaminado a un propósito (resultado formal o material), podríamos observar que la conducta se puede manifestar de dos formas y que a saber son:

- Una acción
- Una omisión

Por acción según el profesor Jiménez de Azúa se entiende que es "La manifestación de voluntad que mediante un movimiento voluntario causa un cambio en el mundo exterior."⁽¹⁶⁾

Así las cosas tenemos que los elementos de la acción son: a).- Voluntad siendo el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito, es propiamente la intención, b).- Actividad consistente en el hacer o actuar, es el hecho positivo o movimiento encaminado a producir el

(16) JIMÉNEZ DE AZÚA, La Ley y el Delito, Editorial Hernes, México 1954, Pág. 227.

ilícito, c).- Resultado es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal; ahora bien y partiendo de los elementos de la acción, tenemos la necesidad de hablar de la relación de causalidad entre los dos primeros elementos, esto es, la relación que existe entre la manifestación externa de la voluntad y el resultado ocasionado al mundo exterior. De tal situación se desprenden varias teorías y a nuestro criterio solo haremos alusión a la teoría de la equivalencia de las condiciones, por considerarla la más adecuada y eficaz, al respecto tenemos; que la citada teoría cuenta con un innumeral de practicantes y por ende, defensores de la misma; esta teoría, considera que la causa se integra por la concurrencia de todas las condiciones que producen el resultado, por lo que todas ellas son equivalentes entre sí.

Al respecto el maestro Cortés Ibarra: señala: "Para esta tendencia es causa, todas y cada una de las condiciones que operan en la producción del resultado, pues si suprimimos mentalmente una de ellas, el resultado no llegaría a producirse (Conditio Sine Qua Non)".(17)

(17) CORTÉS IBARRA, Miguel Angel, Op. cit., Pág. 152

Como se ha mencionado, la segunda y última forma de manifestarse la voluntad es por medio de una omisión, y debemos entender por esta una forma negativa de la acción como lo manifiesta la maestra Amuchategui Requema Irma es "realizar la conducta típica con abstención de actuar esto es, no hacer o dejar de hacer" (18); así como lo señala Pavón Vasconcelos al decir: "la omisión radica en un no hacer, es la inactividad voluntaria o involuntaria frente al deber de obrar consignado por la norma penal". (19)

Ahora bien, los concedores del derecho penal han dividido a la omisión en:

- Omisión simple u omisión propia
- Comisión por omisión u omisión impropia

(18) AMUCHATEGUI REQUEMA, Irma, Op. cit., Pág. 51

(19) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, Sexta Edición, Editorial Porrúa, Pág. 196, México.

La omisión simple también conocida como omisión propia la podemos observar con claridad, ya que en ésta se deja de hacer lo ordenado expresamente en la norma preceptiva, produciendo solamente un resultado típico.

Es por las anteriores razones que al hablar de la omisión simple establecemos que el elemento objetivo del delito será la conducta, ya que como ha quedado establecido, ésta se encuadrará a la descripción del tipo penal, pero carente de un resultado material, por que solo trae como consecuencia un resultado formal o típico.

Siguiendo este orden de ideas estimamos conveniente que al hablar de la comisión por omisión, se viola un doble deber, esto es; uno de obrar y el otro de abstenerse, violando de esta forma una norma preceptiva y una prohibitiva, teniendo como consecuencia un resultado material.

Así las cosas, se pueden establecer que los elementos de la omisión son los mismos que los elementos de la acción, cabe aclarar que en los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado.

De esta forma podemos ver que en los delitos de comisión por omisión, se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal.

C).- AUSENCIA DE CONDUCTA

Existirá ausencia de conducta cuando no se encuentre la voluntad en la conducta del sujeto activo, ya que al no existir dicha voluntad, por consecuencia no puede existir el delito. La ausencia de conducta, se encuentra prevista en el artículo 15 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:
"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

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

Siguiendo este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la doctrina, señalan como conductas involuntarias las siguientes:

Fuerza física exterior irresistible (vis absoluta), consiste en que una fuerza exterior irresistible se ejerza contra la voluntad de alguien quien en apariencia comete la conducta delictiva, de lo anterior se desprende que ni desde el punto de vista lógico ni jurídico puede ser responsable quien es usado como medio para cometer un delito.

Fuerza de la naturaleza (vis mayor), consiste en la fuerza mayor que a diferencia de la vis absoluta proviene de la naturaleza.

Actos reflejos, son aquéllos que obedecen a excitaciones no percibidos por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y este a un nervio y el sujeto esta impedido para controlarlos.

Sueño, sonambulismo e hopnotismo son los estados de inconciencia temporal en que se encuentra la persona, por lo tanto existe ausencia de conducta.

En todas ellas se encuentra ausencia de la voluntad, ya que si un sujeto por actividad o una inactividad infringe una norma prohibitiva o dispositiva, no obstante las conductas, no cometerá ningún delito, por encontrarse ausente de voluntad.

A mayor abundamiento, el profesor Castellanos Tena al respecto, señala: "No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento esencial del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de lo que diga o no expresamente el

legislador en el capítulo de las eximentes de responsabilidad penal." (20)

Estamos de acuerdo, con la manifestación citada con anterioridad, por que basta la existencia de una causa suficiente para eliminar el elemento voluntad, y del tal suerte con tal ausencia de esta no puede configurarse el delito.

D).- TIPICIDAD

Para que se llegue a configurar el delito se necesita de la existencia de una conducta o hecho humanos, y éstos deben ser típicos, antijurídicos y culpables. De igual manera es momento de estudiar el segundo elemento esencial, y que lo es la tipicidad, así como su aspecto negativo, la atipicidad. De esta forma, tenemos que no se debe de

(20) CASTELLANOS TRINA Fernando; op. cit. Págs. 164 y 165.

confundir los términos tipo y tipicidad, toda vez que el primero es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma, es decir, el tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales.

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, es decir, el encuadramiento de un comportamiento en la hipótesis legal, podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, mientras tanto la tipicidad es concreta y dinámica. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Función de la tipicidad.

Al establecer el artículo 14 Constitucional, el principio de legalidad, a la tipicidad se le da el rango de garantía constitucional individual, al encontrarse apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios

supremos, por lo que a continuación se detallan a).- Nullum crimen sine lege, no hay delito sin ley, b).- Nulum crimen sine tipo, no hay delito sin tipo, c).- Nulla poena sine tipo, no hay pena sin tipo, d).- Nulla poena sine crimen, no hay pena sin delito, e).- Nulla poena sine lege, no hay pena sin ley.

la Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se pudiera imputarle.

Antes de hablar del tipo, se debe de establecer sus elementos, y para tal fin ubicaremos dos clases de elementos; los generales que son:

- Conducta
- Sujeto activo
- Sujeto pasivo
- Bien jurídico
- Objeto material
- Resultado

Asimismo, la segunda clase de elementos son los especiales y que a saber son:

- Referencias temporales
- Referencias espaciales
- Referencias de ocasión
- Elementos normativos

A continuación enunciaremos todos y cada uno de los elementos que conforman al tipo, empezando por los generales, para posteriormente citar los especiales.

* Conducta.- Consiste en ejecutar el verbo descrito en la norma, es decir, llevar acabo lo que se nos prohíbe.

* Sujeto activo.- Es aquel que interviene en la comisión del ilícito penal. Es importante establecer que dentro de esta figura existen dos clases, como lo son:

a).- Propio o Exclusivo: Es cuando en el tipo se exige determinada calidad especifica en el sujeto activo.

b).- Común o Indiferente: Este es cuando el tipo no exige ninguna calidad especifica para que se pueda ser sujeto activo del delito, es decir, cualquier persona puede llevar acabo el encuadramiento de su conducta al tipo penal.

* Sujeto pasivo.- Es aquel titular del bien jurídico tutelado o sobre de quien recae la conducta delictuosa que exterioriza el sujeto activo.

* Bien jurídico.- En sentido amplio es todo aquello susceptible de producir utilidad a la sociedad, o a la persona en particular, de tal manera que todo bien jurídico, lo entenderemos como los intereses de las personas físicas y morales, ya sean públicas o privadas y tutelados por la ley, bajo la amenaza de una sanción penal.

* Objeto material. - Es la persona o cosa en la que recae el delito.

* Resultado. - Es la consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo del ilícito penal y puede ser

a).- Formal. - ya que para la integración del delito no se requiere que se produzca un resultado pues basta con realizar la acción u omisión para que el delito nazca y tenga vida formal jurídica.

b) Material. - Aquí es necesario un resultado de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el mundo exterior que puede ser susceptible por los sentidos.

De esta forma tenemos que los elementos especiales del tipo son los siguientes:

* Referencias temporales: Se establece que éstas son el tiempo determinado en el que se despliega la conducta delictuosa, es decir, en el tipo se señala una referencia temporal, ejemplo el artículo 329 del Código Penal expresa que: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", es decir si no ocurre la muerte del producto durante la gestación, el sujeto no cometería el delito de aborto.

* Referencias espaciales: Como su nombre lo indica, aluden a un lugar o espacio determinado en el cual necesariamente debe cometerse el delito. Como un ejemplo de lo anterior tenemos el allanamiento de morada al enunciar el numeral 285 del Código Penal "Al que sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fueras de los casos en que la ley lo permite se introduzca furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda aposento o dependencia de una casa habitada", en consecuencia si se encontrase ausente dicha referencia o dicho de otra forma, si el sujeto activo desplegara la conducta en un lugar distinto al que señala el tipo, existirá atipicidad.

* Referencias de ocasión: Estas son las circunstancias descritas en la ley penal y relativas al momento o la ocasión en que debe desplegarse la conducta por el sujeto activo.

* Elementos normativos: La mayoría de las descripciones que hace la ley, en su mayoría contienen términos, vocablos o palabras que necesariamente deben ser valorados con la finalidad de saber si el sujeto activo se ubica en la descripción. De tal suerte que esos términos de valoración pueden ser de tipo cultural ó, jurídico, y estos últimos vienen a ser los elementos normativos.

Una vez establecido qué se entiende por tipicidad y por tipo, pasaremos al estudio del elemento negativo correspondiente a la atipicidad.

E).- ATIPICIDAD

Por esta entendemos la no adecuación de la conducta al tipo penal. Por ende si la conducta no es típica jamás

podrá ser delictuosa. Ahora bien, debemos establecer cuándo hay ausencia de tipicidad, esta surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

Desde este momento establecemos que en fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo, es decir, la conducta del agente no se adecúa al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, el objeto material etc.

No se debe confundir a la tipicidad con la ausencia de tipo, ya que la segunda es la carencia de la descripción típica de una conducta determinada en el ordenamiento legal.

De lo anterior se puede decir que, si un hecho específico no encuadra exactamente en lo descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

F).- ANTIJURIDICIDAD

Tercer elemento positivo del delito y se entiende como lo contrario al derecho. Es esta según el maestro Orellano Wiarco, "la contradicción de la conducta desplegada por el agente y el ordenamiento jurídico sin que tal conducta esté amparada por alguna causa de justificación".(21)

Así las cosas, el concepto o definición de dicho elemento positivo del delito, es según el maestro Porte Petit: "una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no esté protegida por ninguna causa de justificación".(22)

La escuela causalista coloca a la antijuridicidad como un aspecto objetivo del delito al considerar a esta, como resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contradicción que existe entre la conducta típica y la norma jurídica, ya que la conducta es opuesta a la norma cultural reconocida por el Estado.

(21) ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Editorial Porrúa S.A., México 1994, Pág. 153.

(22) PORTE PETIT, Op.cit pág. 15

Por otra parte, el sistema finalista considera a la antijuridicidad como la contradicción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico; distinguiendo dicho sistema entre el término antijuridicidad e injusto penal, ya que el primer término se identifica como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico; y lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma; siendo lo injusto el elemento subjetivo distintivo entre una teoría y la otra.

G).- CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada al considerarla lícita, jurídica y justificativa.

Y por ende, podemos decir que cuando la conducta realizada sea cual fuere, se encuentre permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, es decir, no choca con el orden

jurídico, por estar amparada por una causa de justificación, siendo estas las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la misma.

Conforme a nuestro derecho son causas de justificación las siguientes:

- Legítima Defensa

- Estado de necesidad

- Ejercicio de un derecho

- Cumplimiento de un deber

- Consentimiento del ofendido

Ahora bien, una vez citadas las causas de justificación, a continuación realizaremos un breve estudio sobre las mismas.

Legítima Defensa

Quizá la legítima Defensa es la más importante de las causas de justificación, en la práctica esta figura jurídica se presenta con frecuencia.

Esta se encuentra regulada en nuestra legislación penal en el numeral 15 fracción IV, que a la letra dice:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...:

fracción IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de

penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

De la fracción IV, del precepto antes invocado se desprende que hay legítima defensa cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entraña un peligro inminente para su persona, honor o bienes o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Es menester que la agresión sea actual, es decir, en el momento, ni pasada ni futura; que sea violenta, por lo que se debe de entender, enérgica, brutal, con fuerza física o moral; injusta, que significa contraria a la ley, ilícita y que entrañe un peligro inminente, inmediato, inevitable, por otros medios, para la persona o bienes propios o ajenos.

La defensa debe estar vinculada, con la protección de estos objetos de la tutela penal. Así, de esta forma resulta que como elementos de la legítima defensa tenemos a los siguientes:

Repeler una agresión, actual real o inminente, esto significa rechazar un ataque, que sea cierto no imaginario, y que este ocurra al mismo instante de repelerlo que sea próxima o cercana sin derecho, la agresión debe carecer de derecho por que la existencia de este anularía la antijuricidad.

En defensa de bienes propios o ajenos, esto e s obedece a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, ya que así lo señala la ley.

Necesidad racional de la defensa empleada, significa que la acciuón realizada para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se poretendía causar con la agresión injusta.

Que no medie provocación, el agredido no debe haber provocado la agresión ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ello.

La fracción cuarta citada, del ordenamiento penal, señala los casos en que opera la legítima defensa, y aquellos en que no opera, así como las circunstancias en que se presume.

El exceso de legítima defensa es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable, posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa.

La legítima defensa no opera en el caso de la riña, entendiéndose por la segunda según el Código Penal para el Distrito Federal como la contienda entre dos o mas personas de obra y no de palabra, la riña dice Amuchategui Requena Irma "es un a contienda en que ambos sujetos se hallan en

igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido"⁽²³⁾.

La defensa legítima recíproca, no es admisible en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a ésta sea legítima, de tal modo que cuando el agresor repele la defensa, esta revistiendo una conducta no legítima, si el agredido fue el que provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para tal agresión.

Estado de necesidad

De igual forma la contempla el artículo 15 en su fracción V, del Código Penal, mismo que enuncia:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...:

(23) AMUCHATZCUI ROQUEÑA Irma, Griselda op.cit. pág. 60

fracción V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, 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 tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

Como podemos observar de la transcripción hecha con anterioridad, el estado de necesidad, es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor o bienes propios o ajenos, que solo puede evitarse mediante la violación de otros bienes de igual o menor valor que el salvaguardado, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

De lo antes expuesto se desprenden los elementos del estado de necesidad y que a saber son:

Peligro debe existir amenaza posible segura de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes

jurídicos de los cuales es titular una persona, y este peligro no debe haberlo ocasionado el agente, el peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos.

Causar un daño, el agente obrará ante el peligro de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro propio o ajeno.

Que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro.

Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial ante el peligro.

Cumplimiento de un deber.

La presente causa de justificación tiene su fundamento al igual que las anteriores en el artículo 15 del Código Penal, pero con la salvedad de que es en la fracción VI, misma que estipula:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...

fracción VI.- La acción u 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 éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro."

Ahora bien, de lo anterior se desprende, que esta justificación prevista en la citada fracción, consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o de un superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial, que en cumplimiento de una orden de aprehensión priva de la libertad a una persona, en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber y por ende está amparado por una causa de justificación.

ESTO PUES NO DEBE
SALIR DE LA POLICIA

Ejercicio de un derecho

De la misma forma que la anterior causa de justificación encontramos su fundamento legal en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, y que señala:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...:

fracción VI.- 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."

De la fracción citada se desprende que la persona que actúa conforme a un derecho que la propia ley le confiere, y en esas circunstancias llega a cometer un acto ilícito, se ampara en una causa de justificación de acuerdo a lo dispuesto por esta fracción.

Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio, causados en el ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamientos médico-quirúrgicos y las lesiones producidas en ejercicio del mal llamado derecho de corregir.

Las lesiones u homicidios cometidos en la práctica de deportes las realizan quiénes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo (en todo caso sujeto a prueba), la conducta realizada, no es antijurídica.

Los tratamientos médico-quirúrgicos pueden crear lesiones y aún homicidios los cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo Estado hace a través de la ley respecto de determinados bienes, es decir, se justifica tales alteraciones de la salud o privación de la vida, según el maestro González de la Vega "por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión,

autorizada y reconocida legalmente o por el ejercicio de un derecho, para evitar un mal mayor".⁽²⁴⁾

Consentimiento del ofendido

Se encuentra regulado en la fracción III del artículo 15 del Código Penal y que establece:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...:

fracción III.- Se actue 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

(24) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1972, Pág 18.

y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permita fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo."

Es de mencionarse y por eso lo destacamos que dicha causa de justificación es de reciente creación , toda vez que nace a la vida jurídica a partir de las diversas reformas sufridas a el Código Penal, el 10 de enero de 1994.

H).- IMPUTABILIDAD

Cuarto elemento positivo del delito. Sobre el tema algunos autores consideran a la imputabilidad como parte de la culpabilidad, mientras otros, la gran mayoría, estiman que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, aluciendo que para que un sujeto sea culpable, se requiere primeramente que sea imputable; por lo que la generalidad ha establecido acerca de la imputabilidad, que es la capacidad de querer y de entender en el campo del derecho penal.

El maestro Fernando Castellanos Tena, define a la imputabilidad como "el conjunto de condiciones mínimas de salud y de desarrollo mentales en el sujeto activo al momento de realizar la conducta delictiva; mismas que lo capacitan para responder de su actuar. "(25)

La escuela clásica y concretamente Francisco Carrara, creen que el fundamento para que el Estado imponga penas se basa en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

La imputabilidad de acuerdo a la doctrina y la ley, puede exigir dos límites mínimos para su existencia, los cuales serían, el físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar un determinado desarrollo físico suficiente para podersele considerar imputable; y el límite psíquico, o sea, la capacidad de entender y querer su conducta y aceptar el resultado.

25) CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit. Pág. 218.

1).- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad, viene a ser el cuarto elemento negativo del delito como la que resulta cuando el sujeto al realizar la conducta típica y antijurídica se encontraba afectado de su capacidad intelectual (de entender), o bien, de su capacidad volitiva (querer), o incluso de ambas, es decir, consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Las causas de inimputabilidad que preve la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto activo alcanzando la mayoría de edad que la ley preve, no haya podido comprender el hecho o la conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta no hayan podido determinarse los parámetros exigidos por la ley.

Del anterior concepto se desprenden tres posibles causas de inimputabilidad y que son:

- Trastorno mental permanente
- Trastorno mental transitorio
- Desarrollo intelectual retardado

Trastorno mental permanente

Incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno.

Este se encuentra previsto en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal que establece:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando...:

fracción VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o

de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere 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."

De acuerdo a lo anterior, el agente tendrá que ser recluido en alguna institución médica para que se le brinde el tratamiento correspondiente, durante el tiempo que sea necesario; ejemplo de ello, tenemos a los locos, imbéciles, idiotas o tarados.

Trastorno mental transitorio

Dicha causa de inimputabilidad es contenida en la fracción antes citada, y por economía procesal y en obvio de inútiles reiteraciones, se tiene por reproducida en este apartado. El trastorno mental transitorio se considera una causa de inimputabilidad, siendo los motivos los siguientes:

Si un sujeto es sano en cuanto a sus facultades mentales, en un momento dado puede trastornarse y en ese estado realizar una conducta típica y antijurídica, y por ese solo hecho no habrá delito alguno, lo anterior, en el supuesto de que en el momento de desplegar la conducta delictiva, el sujeto activo se encuentre afectado de la capacidad de entender.

La ley ha sido enfática, en lo que se refiere a que quedan exceptuados los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente; ciertamente la inconsciencia transitoria no debe ser provocada de ninguna manera, debe ser accidentalmente, o sea, no requerida ni deseada, como lo que podría ser cuando se ingiere algún medicamento que motive dicho trastorno.

Desarrollo intelectual retardado

La presente causa de inimputabilidad nos la establece el artículo 15 fracción VII, y la cual ha sido citada con anterioridad. Desprendiendose de la misma que el desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la

inteligencia, que provoca la incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad, solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

J).- CULPABILIDAD

Como se ha establecido el delito es una conducta que debe ser típica, antijurídica y por lo tanto se entrará al estudio de un elemento esencial del delito como lo es la culpabilidad. A ésta la vamos a entender como la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse conducido contrariamente a la norma jurídico penal.

En consecuencia la culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el acontecimiento y el acontecimiento del hecho, con la conducta realizada.

Así, tenemos que existen dos teorías que explican la naturaleza de la culpabilidad y que son:

Teoría psicológica.- Esta corriente funda a la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo del delito, esto es, en el elemento volitivo.

Teoría normativa.- Esta se inclina a basar a la culpabilidad en la imperatividad de la ley, es decir, finca sus bases en la imputabilidad con lo que se concluye que se dirige a quiénes tienen capacidad para obrar conforme a la norma, a fin de emitir el juicio de reproche.

El elemento en estudio tiene dos formas de manifestarse, siendo estas el dolo o intención y la culpa o imprudencia, mismas que se contemplan en la Legislación Penal en el artículo 8. Así de esta forma por dolo vamos a entender que se da cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de la misma, y a pesar de ello decide causar intencionalmente el resultado típico. Asimismo, el dolo tiene como elementos el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento y la conciencia de que se va a violar un deber, mientras el segundo contiene la voluntad, es decir, la decisión de realizar la conducta delictiva.

Ahora bien el dolo se puede presentar de las siguientes formas:

* Directo.- El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace por lo que el resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo, esto es, existe identidad entre la intención y el resultado típico.

* Indirecto o eventual.- En este el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes dicho de otra forma existe cuando el sujeto activo se representa un fin, pero prevee y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.

* Genérico.- La voluntad encaminada concientemente a producir el delito.

* Específico.- Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la norma exige en cada caso.

* Indeterminado.- Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.

De lo anterior se concluye que el dolo es un proceso psicologico que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

La culpa en su caso se le conoce como imprudencia y la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve a un resultado típico, pero una actual actividad imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o intencional. Así, de esta forma tenemos que los elementos de la culpa son:

Una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por la ley, un resultado típico, previsible, evitable y no deseado, y como consecuencia una relación de causalidad entre la conducta y

el resultado. de esta forma se tiene que las especies de la culpa son:

* Conciente.- Con previsión o con representación; existe cuando el sujeto activo preve la posibilidad de un resultado ilícito, pero no desea el resultado y espera que no se produzca el evento típico.

* Inconsciente.- Sin previsión o sin representación, esta existe cuando el agente no prevee el resultado típico, así realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin preveer lo previsible y evitable.

Algunos autores clasifican en consciente o sin previsión a la culpa en:

a) Lata.- En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño

b) Leve.- Existe menor posibilidad que en la anterior

c) Levísima.- La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

Mencionamos en forma genérica que los delitos culposos, se sancionan con la imposición de hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo penal básico del delito doloso, observando lo dispuesto por los artículos 51, 52 y 60 del Código Penal para el Distrito Federal.

K).- INCUPLABILIDAD

Esta figura jurídica se da cuando hay ausencia del elemento culpabilidad. Según Jiménez de Azúa, la inculpabilidad consiste en "la absolucíón del sujeto activo del juicio de reproche" (26)

(26) JIMÉNEZ DE AZÚA, op. cit. Pág. 418.

Así, de esta forma establecemos que la inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad, que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta antijurídica, imputable y culpable.

Concluyéndose que el delito es una conducta típica, siguiendo este orden de ideas existen las siguientes especies del género inculpabilidad, mismas que son las circunstancias que anulan la voluntad o el Conocimiento y a saber son:

1).- Error esencial de hecho invencible.- Es considerada causa de inculpabilidad y la cual contiene los siguientes elementos:

a).- Error.- Que es la falsa concepción de la realidad, es decir, un conocimiento deformado o incorrecto.

b).-Error de hecho.- Es cuando el error recae sobre las condiciones del hecho, pudiendo ser de tipo o de

prohibición; el primero es cuando se tiene un error respecto a los elementos del tipo, el segundo es cuando cree el sujeto activo que no es antijurídico su obrar.

c).- Error esencial.- Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se de el dolo.

d).- Error esencial vencible.- Cuando subsiste la culpa a pesar del error.

e).- Error esencial invencible.- Cuando no hay culpabilidad. este error constituye una causa de inculpabilidad.

De esta forma se llega a concluir que solamente el error esencial de hecho invencible, se tomará como una causa de inculpabilidad.

2).- Eximentes putativas.- Son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho), que está amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito; de igual manera, las especies de las eximentes putativas son:

a).- Legítima defensa putativa.- Según Castellanos Tena expresa que "existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundamentalmente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia en realidad de una injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación". (27)

b).- Estado de necesidad putativo.- La comisión de un delito puede existir cuando alguien por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. De igual forma, operará esta eximente si se prueba el error de hecho esencial invencible.

(27) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. Pág. 260.

c).- Deber y derechos putativos.- Estas figuras serán factibles si se produce un delito bajo un error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

d).- No exigibilidad de otra conducta.- Esta, se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal, pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se refuta excusable de esa forma de conducirse.

d).- Caso fortuito.- Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

L).- PUNIBILIDAD

El hecho o conducta típica, antijurídica y culpable debe de tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionada con una pena el comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutida; hay quiénes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros que manifiestan que sólo una consecuencia del mismo. Conforme a la definición del delito que proporciona el artículo 7o. del Código Penal, se deduce que la punibilidad si es un elemento del delito. Ahora bien, y para mejor manejo de la terminología respectiva se harán las siguientes distinciones de los vocablos que a continuación se citan:

Penal. - Es la restricción o privación de derechos que se imponen al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

Sanción. - De manera genérica, el término sanción se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición penal. La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa.

Punición.- Esta figura consiste, según el maestro Rodríguez Manzanera, en "determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto". (28)

M) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Estas constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad. En casos excepcionales, señalados expresamente por la ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar al caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias que, según el Jurista Castellanos Tena, son "Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena". (29)

(28) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Penología, SUA, UNAM, México, 1989, Pág. 86.

(29) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. Pág. 271

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad. Nuestra legislación mexicana considera como excusas absolutorias las siguientes:

* Excusa por estado de necesidad.- Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo del delito se encuentra ante un estado de necesidad, ejemplo de ello es el aborto terapéutico.

* Excusa por temibilidad mínima.- Esta viene a ser en función de la poca peligrosidad que presenta el sujeto activo, tal excusa se puede dar en el robo por arrepentimiento. Un ejemplo de lo anterior podría ser el artículo 375 del Código Penal al señalar "cuando el valor de lo robado... sea restituido por el infractor espontáneamente y pague este todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

* Excusa por ejercicio de un derecho.- Esta se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.

* Excusa por imprudencia.- Esta se da cuando por ejemplo por imprudencia de una mujer embarazada, se llega al aborto.

* Excusa por no exigibilidad de otra conducta.- El ejemplo más común es aquel en el cual un pariente o ascendiente encubre al sujeto activo por razón del parentesco.

* Excusa por innecesariedad de la pena.- Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hace notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de pena alguna.

N).- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Esta constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito, por lo que hace a esta figura jurídica, habremos de mencionar que no es un elemento esencial del delito; toda vez que si la contiene la descripción legal se tratará de caracteres o

partes integrantes del tipo; si faltan en él constituirán accesorios fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones para demostrar que no son elementos de su esencia, muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito; algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, así un grupo más los establece como un auténtico elemento del delito. Un ejemplo de condición subjetiva sería el siguiente: Para que la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 310 que a la letra dice: "al que en estado de emoción violenta cauce homicidio en circunstancias que atenuen su culpabilidad..." opere en beneficio del conyuge ofendido por infidelidad conyugal se requiere que él no haya contribuido a la corrupción de su conyuge.

Ñ).- AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Esta figura se va a presentar cuando falten las condiciones objetivas de punibilidad, es decir, exista la carencia de las citadas condiciones y como consecuencia de ello el delito no se castigará.

CAPITULO III

ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO.

A).- Conducta o hecho, Ausencia de Conducta
B).-Tipicidad, Atipicidad, C).-Antijuridicidad
Causas de Justificación, D).-Culpabilidad,
Causas de Inculpabilidad, E).-Imputabilidad,
Causas de Inimputabilidad, F).- punibilidad
Excusas Absolutorias, G).- condicionalidad
Objetiva, Ausencia de Condicionalidad
Objetiva, H). - Concurso, I).-Tentativa
=====

ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO.

Una vez que se realizaron algunas consideraciones sobre la teoría general del delito en el capítulo que antecede, enseguida y en el presente capítulo llevaremos a cabo un análisis de los elementos del delito de abuso de confianza equiparado, tomando como base la teoría general del delito; primeramente creemos que es de suma importancia citar el artículo que lo contempla y que a la letra dice:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

A) . - CONDUCTA O HECHO .

Del precepto antes citado nos podemos percatar que el primer elemento positivo del delito en cuestión es la conducta o hecho, y se manifiesta a través de un hacer, esto es, una acción consistente en negarse a devolver la cosa ajena mueble a pesar de haber sido requerida formalmente por quien tenga derecho, o que el poseedor de esta, no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de ella conforme a la ley, es decir, que el sujeto activo del delito al efectuar la comisión del mismo exterioriza una voluntad o querer delictuoso y como consecuencia de esto, un cambio en el mundo exterior (resultado material). Conteniendo los elementos necesarios de la acción como son:

* Manifestación de la voluntad.- Consistente en un hacer, esto es, retener una cosa y negarse a devolver la misma a pesar de haber sido requerido formalmente por quien tenga derecho o que el poseedor de ésta no lo entregue a la autoridad para que disponga de la misma conforme a la ley.

* Un resultado.- Como consecuencia de lo anterior traerá perjuicio en el patrimonio a la persona que tenga derecho a la posesión de la cosa, el no hacer entrega de la misma cuando esta le sea requerida formalmente al poseedor ó éste no la entregue a la autoridad para que disponga de ella conforme a derecho, y por ende trae consigo un cambio en el mundo exterior.

* Una relación de causalidad.- De esta forma y aplicándose la teoría de la equivalencia de las condiciones, tenemos que si suprimimos una de las causas por las cuales se puede cometer el ilícito, este no llegaría a producirse y no traería como consecuencia un resultado material, es decir, si se suprime la negación de la entrega del bien mueble ajeno cuando es requerido formalmente por quien tenga derecho, o la negación a entregar esta a la autoridad para que ésta

disponga del mismo conforme a la ley, no se cometería el ilícito en estudio.

*** AUSENCIA DE CONDUCTA**

Al respecto y ocupándonos del elemento negativo del delito denominado ausencia de conducta, establecemos que si falta la manifestación de voluntad por parte del sujeto activo, en consecuencia la conducta no se integraría y por ende por ser la conducta un elemento esencial del delito, este último no llegaría a materializarse, y de esta forma para que se de la ausencia de conducta basta que exista una causa capaz suficiente y basta, para eliminar el elemento esencial denominado conducta.

B) . - TIPICIDAD

Segundo elemento positivo en el delito de abuso de confianza equiparado, el cual se da cuando la conducta encuadre en todos sus elementos en la descripción legal

contemplada para este caso en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal; asimismo, y como se desprende del artículo citado con anterioridad que los elementos generales del tipo a que se hace alusión en la presente investigación son:

a) Una conducta.- Misma que consiste en dirigir su voluntad hacia la retención de una cosa ajena mueble a pesar de haber sido requerida en forma por quien tenga derecho ó que el poseedor de ella no la entregue a la autoridad para que conforme a la ley disponga de ésta; esto es, que el sujeto activo lleve a cabo un acto externo y este encuadre en el tipo penal en comento.

b) Un sujeto activo.- Será aquella persona física no puede ser una moral, que intervenga en la comisión del delito, esto es, aquel que tenga la posesión ilegítima del bien mueble con ánimo de retención y se niegue a devolverlo a pesar de haber sido requerido formalmente por quien tenga derecho a hacerlo o no lo entregue a la autoridad para que ésta disponga del mismo conforme a la ley; esta figura en el fenómeno materia de investigación se puede dar solamente en

una de sus dos formas establecidas por la ley, esto es, que se trate de un sujeto común o indiferente, esto se deduce de la lectura del artículo 226 del Código Penal, el cual no exige calidad alguna para que se pueda ser sujeto activo del delito, esto es, que cualquier persona física capaz puede llegar a encuadrar su conducta en el delito a estudio.

c) Un sujeto pasivo.- Es quien resiente la conducta delictiva, y puede ser cualquier persona física, y en el presente caso será el propietario de la cosa retenida ilegítimamente.

d) El bien jurídico.- Este es el objeto jurídico tutelado por la norma, y en el delito en estudio lo es el patrimonio de las personas.

e) Objeto Material.- Es aquel sobre el cual recae la conducta delictiva o sobre de quien va dirigida la misma, y en el fenómeno materia de investigación el objeto material va a ser la cosa mueble sobre de la cual se ejerza la posesión ilegítima.

f) Resultado.- Será la consecuencia de haber realizado la conducta y en el presente caso se da un resultado material consistente en modificar el mundo exterior al momento de encuadrar la conducta al ilícito en comento.

Asimismo, los elementos normativos del tipo penal, materia de estudio consisten en retener ilegítimamente la cosa objeto del delito, negándose el activo a devolverla o a entregarla a la autoridad a pesar de haber sido requerido en forma, resultando que se debe realizar una valoración del término ilegítimo siendo claro que el artículo citado estipula que debe darse la posesión ilegítima de una cosa ajena con ánimo de retención. Y para tal suerte el juzgador debe atender a lo ordenado en nuestra doctrina para posteriormente valorarlo y aplicarlo al caso concreto. Toda vez que de la misma se desprende que por retención se entiende que es conservar o no devolver una cosa, asimismo por ilegítimo se debe entender privar del carácter legítimo, por cosa mueble como lo estipula el Código Civil al señalar que son los objetos que se pueden mover de un lugar a otro.

* ATIPICIDAD

Segundo elemento negativo del delito de Abuso de Confianza Equiparado, y será atípico el comportamiento cuando falte alguno de los elementos típicos; es decir cuando no se encuadre la conducta a los elementos del tipo penal. En consecuencia existirá atipicidad en el delito que nos ocupa cuando:

* Falte conducta.- Esta se dará cuando no se adecúe la conducta desplegada por el sujeto activo al tipo penal en comento.

* Falte el sujeto activo.- Sin el cual no puede existir el delito.

* Falte el sujeto pasivo.- Toda vez que para la procedibilidad de dicho ilícito, es necesario la querrela por parte del ofendido.

* Falte el bien jurídico.- Ya que si la norma penal en comento no contempla ningun objeto jurídico no se estaría protegiendo el patrimonio y a falta de este existirá atipicidad.

* Falte el objeto material.- Ya que si no existiera la cosa mueble, luego entonces, no podría actualizarse la retención ilegítima.

C) . - ANTIJURIDICIDAD

Esta viene a ser la contradicción que existe entre la conducta desplegada y la norma prohibitiva, es decir, esta contradicción se presentará cuando el sujeto activo posea una cosa de manera ilegítima con ánimo de retención y se niegue a devolverla a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido formalmente o no haga entrega de ésta a la autoridad para que ésta disponga de ella conforme a la ley, y de esta forma se vería actualizada la contradicción de la conducta, con el precepto legal a estudio, por ende dicha conducta aparte de ser típica también será antijurídica y en

consecuencia se integrará el tercer elemento positivo del delito materia de investigación.

*** CAUSAS DE JUSTIFICACION**

Siguiendo el orden establecido, éstas son el tercer elemento negativo, las cuales consisten en las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico, esto es, que dicha conducta no va a ser contraria al derecho penal.

De esta misma manera una conducta por medio de la cual se posee una cosa con ánimo de retención y existe la negativa por parte del agente a devolverla a quien tenga derecho a pesar de ser requerido formalmente o no la entregue a la autoridad, para que disponga de ella conforme a la ley, será antijurídica, a menos de que exista una causa de justificación; ahora bien tenemos que las causas de justificación que la ley penal vigente contempla en el artículo 15, son:

- * Estado de necesidad.
- * Ejercicio de un derecho
- * Cumplimiento de un deber
- * Consentimiento del ofendido.

A nuestro criterio en el abuso de confianza equiparado no opera alguna de las causas de justificación antes citadas; en virtud de que el tipo penal en cuestión, señala: "se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión..."; deduciéndose de lo anterior que al mencionar el precepto penal 384 la ilegítima posesión, entendiéndose por ilegítimo como quedó asentado en líneas anteriores "privar del carácter legítimo"; por lo tanto al ser ilegítima la posesión de la cosa ajena mueble con ánimo de retención si el poseedor de ella no la devuelve a quien tenga derecho a pesar de ser requerido formalmente o no la entrega a la autoridad para su disposición conforme a derecho, se deja ver que no opera alguna causa de justificación en el delito en comento; y en razón a lo anterior no se entrará al estudio de cada una de las figuras contempladas en el Código Penal como causas de Justificación.

D) . - CULPABILIDAD

Cuarto elemento positivo del delito en estudio, consistente en la reprochabilidad hacia el sujeto activo por haberse conducido contrariamente en lo establecido por la norma jurídico penal, que en el presente caso es cuando el sujeto activo posee ilegítimamente un acosa ajena con ánimo de retención y no la devuelve a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido formalmente o no haga entrega de la misma a la autoridad, y con esta conducta afecte el bien jurídico protegido por la norma como es el patrimonio de las personas.

En tal virtud y como se vio en su momento, existen dos formas de manifestarse la culpabilidad tales como el dolo y la culpa. Por lo que concluimos que en el delito de abuso de confianza equiparado, el tipo de culpabilidad que se va a manifestar es dolosa, toda vez que el activo al poseer una cosa ajena con ánimo de retención no devolverla a quien tenga derecho o a la autoridad a pesar de haber sido requerido formalmente, reúne los dos elementos que lo conforman y que a saber son: el moral que contiene el

sentimiento y conciencia de que se va a violar un deber, al retener una cosa de la cual se tiene la posesión ilegítima y no devolverla a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerida formalmente; y el Volitivo que se traduce cuando se manifiesta la decisión de realizar la conducta delictiva.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Considerada el cuarto elemento negativo, así las cosas es de señalarse que no es factible que opere la inculpabilidad en el delito en comento, en razón de que el dolo es la única manera posible para que se de el delito de abuso de confianza equiparado, por tal motivo no creemos muy factible que se pueda dar alguna causa de inculpabilidad, por lo que consideramos que no tiene importancia entrar al estudio de las especies del género inculpabilidad, por la razón antes expuesta.

E) . - IMPUTABILIDAD

Quinto elemento positivo del delito materia de investigación, y lo cual se presentará cuando el sujeto activo del delito en comento sea imputable al realizar la conducta, consistente en poseer de manera ilegítima una cosa ajena con ánimo de retención y negarse a devolverla a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido formalmente o no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley, teniendo la capacidad de entender y querer para considerársele imputable, esto es, al hablar de la capacidad nos referimos a un límite psíquico que debe tener cada sujeto. Así de esta forma, una persona realizando una conducta típica y antijurídica será imputable, es decir, será apto para responder por la conducta que desplegó.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Quinto elemento negativo del delito materia a estudio. Así, de igual manera tenemos que se presentarán éstas, cuando un sujeto al desplegar su conducta, consistente en poseer una cosa ajena con ánimo de retención, y con ello

negarse el agente a devolverla a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido formalmente o no la entregue a la autoridad para que conforme a la ley disponga de esta, si el sujeto activo se encuentra afectado en su capacidad intelectual (de entender), o en su capacidad volitiva (de querer), o por ambas, en consecuencia el sujeto será inimputable.

Como ya se ha establecido con anterioridad existen tres causas de inimputabilidad y que a nuestra consideración las mismas se pueden llegar a configurar para que el sujeto activo del delito de abuso de confianza equiparado sea inimputable, y para lo cual se deben de tomar las consideraciones especiales de cada caso en concreto y para tales fines a continuación se entrará al estudio de cada una de ellas.

1. Trastorno mental permanente.- Contemplada al igual que todas las causas de inimputabilidad en el artículo 15 fracción VII del Código Penal vigente. De esta causa de inimputabilidad se menciona, que la misma opera en el delito en estudio, toda vez que si un sujeto que padece trastorno

mental permanente, como puede ser un loco, imbécil o idiota, retiene indebidamente la cosa objeto del delito, negandose a devolverla a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido en forma o no la entrega a la autoridad para su disposición con arreglo la ley, aunque su conducta es típica y antijurídica, el mismo no es imputable y por lo tanto no se le puede reprochar el injusto penal por existir falta de capacidad para querer y entender.

2. Trastorno mental transitorio.- Al igual que la anterior causa, decimos que puede operar en el delito materia de investigación, toda vez que si, el sujeto activo esta afectado en su capacidad de entender por causas de un medicamento tomado, sin que lo haya provocado él mismo, y en ese momento realiza la posesión ilegítima de una cosa ajena con ánimo de retención y no la devuelve a pesar de ser requerida por quien tenga derecho no la devuelve a la autoridad, y con su comisión viola el bien jurídico tutelado por la norma que en el presente caso lo es el patrimonio de las personas, a pesar de que la conducta del agente del delito es antijurídica y típica, al mismo no se le puede

considerar imputable por estar amparado por una causa de inimputabilidad.

3. Desarrollo intelectual retardado.- Esta figura jurídica, opera en este delito, toda vez, que si el sujeto activo del delito, carece de la capacidad de querer y entender, por su propia voluntad, y posee un bien ajeno mueble y asimismo se niega a devolverlo a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho o no lo entregue a la autoridad para que esta disponga del mismo, y de esta forma afecta con su conducta típica y antijurídica, el bien jurídico tutelado por la norma, no existirá delito que imputar, en virtud de que estaremos en presencia de una conducta desplegada por un inimputable.

F) . - PUNIBILIDAD

A nuestro criterio no se considera como elemento del delito de abuso de confianza equiparado, en virtud de que el artículo 384 del Código Penal no contempla sanción alguna, puesto que el mismo solamente se avoca a estipular qué se

debe entender como abuso de confianza equiparado, en razón a lo anterior los Juzgadores se basan en el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, para aplicar la punibilidad al sujeto activo que encuadre su conducta al tipo penal contemplado en el artículo 384 como lo es abuso de confianza equiparado, atendiendo al monto del daño patrimonial y en atención al salario mínimo general vigente; por lo que consideramos que si el delito de abuso de confianza equiparado es un caso concreto, debería de tener su propia pena, ya que como se ha establecido la punibilidad y la pena son las especies de la sanción, ya que la punibilidad es la sanción en abstracto, es decir, la establecida en la ley; mientras que la pena será la sanción en concreto, esto es, la impuesta por el juzgador a quien compete sobre dicho delito, misma que será consecuencia de la comisión del delito en estudio.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Como se ha visto en líneas anteriores en el delito de abuso de confianza equiparado no opera alguna de éstas; por lo que consideramos que resulta innecesario entrar al

estudio de las excusas absolutorias que contempla nuestra legislación.

G) . - CONDICIONALIDAD OBJETIVA .

Por lo que hace a esta figura, señalamos que no es un elemento esencial del delito, es decir, se trata de caracteres ó partes integrantes del tipo, el delito a estudio contiene uno de ellos, consistente en la querrela de la parte ofendida para la persecución del delito y que si falta esta condición no se puede perseguir el mismo.

AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA

La misma en el presente representa el aspecto negativo del elemento condicionalidad objetiva y el cual se presentará cuando falte la querrela por parte del sujeto pasivo.

H) . - CONCURSO

Por lo que hace al Concurso existen dos formas de concebirse el mismo, tal y como lo expresa el Código Penal para el Distrito Federal, siendo el ideal o formal "que es cuando con una sola conducta se cometen varios delitos y el real o material, que es cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos"; por lo que consideramos necesario realizar el estudio correspondiente a estos:

* Ideal o formal.- Resulta difícil que pueda presentarse la concurrencia de dos o más resultados típicos con un solo comportamiento, tratándose del delito de abuso de confianza equiparado.

* Real o material.- este, sí se puede concretizar en el delito a estudio, en virtud de que con distintas conductas pueden darse varios delitos, como puede suceder en este caso que además de que el detentador o poseedor de la cosa se niegue a devolver la misma a quien tenga derecho a pesar de haber sido requerido formalmente, o no haga entrega de este a la autoridad para que ésta disponga de ella conforme a la ley, se puede configurar el delito de amenazas, lesiones, etc.

I) . - T E N T A T I V A .

Esta figura jurídica a nuestro criterio no puede llegar a operar en el delito en comento, en razón a que como lo dispone el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal mismo que expone: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"; en razón a lo anterior en el presente estudio, si el agente se niega a devolver la cosa ajena mueble retenida cuando le es solicitada por quien tenga derecho a ello de manera formal, en este acto se esta consumando el delito de ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO, no dando lugar a que por causas ajenas a su voluntad la cosa ajena producto del delito quede en posesión del sujeto pasivo, en consecuencia no opera la tentativa punible en el delito materia a estudio.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE REFORMA QUE DEBE SUFRIR EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A).-La imposibilidad de aplicar el artículo 382, en relación al delito de abuso de confianza equiparado. B).- Propuesta de reforma del artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal

=====

**A).- LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTICULO
382, EN RELACION AL DELITO DE ABUSO DE
CONFIANZA EQUIPARADO.**

Cabe mencionar que los legisladores al momento de crear normas persiguen un fin, el cual no es otra cosa que lograr la vida en armonía de los miembros de una comunidad preestablecida, para ello deben tomar como base los problemas actuales que existen en esa determinada sociedad, y así crear las leyes que servirán para erradicar los vicios que en ese momento y época puedan existir. Por lo que respecta a la

materia penal, crea tipos con el fin de prevenir o en su caso castigar conductas antisociales que puedan surgir en un determinado momento mismas que interrumpen la armonía de la colectividad.

Ahora bien, en el presente capítulo nos enfocaremos a señalar las consideraciones o motivos por los cuales es inexacta la aplicación de la pena del abuso de confianza prevista por el artículo 382 del Código Penal, en relación al tipo penal contemplado en el artículo 384 del Código Penal referente al delito de abuso de confianza equiparado, toda vez que a simple lectura se desprende que no existe disposición legal alguna para tal aplicación de la mencionada pena.

Posteriormente en el presente trabajo a investigación, se propondrá la modificación que a nuestro criterio debe sufrir el tipo penal contemplado en el numeral 384 del Código Penal de la materia, y de esta forma estar en posibilidad de aplicar la pena que corresponda al sujeto activo que encuadre su conducta al precepto legal señalado.

Una vez señalado lo anterior, es importante invocar nuevamente el tipo penal a estudio y que a la letra dice:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

En atención a lo anterior y como nos podemos percatar del artículo antes transcrito, se puede observar que el legislador, si bien es cierto, preve la conducta antisocial de que un sujeto de manera ilegítima posea una cosa, y además de que le haya sido requerida formalmente por quien tenga derecho a ella, no la devuelva o no hace entrega de la misma a la autoridad para que ésta disponga de la cosa, conforme a la ley, también lo es, que el mismo legislador no previó la situación de qué sanción deberá aplicar el Juzgador a aquélla persona que a través de un hacer voluntario doloso, encuadre su conducta al tipo penal en cuestión; lo anterior en virtud de que como se desprende de la lectura del artículo

384 del Código Penal solamente hace alusión a qué se debe reputar como abuso de confianza, sin que señale pena alguna o que exista disposición legal que permita al Juzgador remitirse a lo contemplado en el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal para efectos de la imposición de la pena como acontece en la actualidad; de ahí que los Jueces del Distrito Federal del fuero común competentes para aplicar la ley penal se basen por simple analogía en el artículo 382 del Código Penal para sancionar dicho delito.

La anterior afirmación la hacemos en virtud de que al realizar una investigación en algunos de los Juzgados Penales, con sede en los diferentes Reclusorios del Distrito Federal, los Titulares de cada uno de estos, al momento de cuestionarlos en relación a la aplicación de la sanción del delito de abuso de confianza equiparado contemplado en el artículo 384 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en general, manifestaron que para efectos de la sentencia, toman en consideración la pena prevista por el artículo 382 del Código Penal en vigor, para la imposición de la pena, basándose en el valor de la cosa retenida y el salario mínimo vigente en el lugar y al momento de la comisión de los hechos delictivos; además de ser la sanción

solicitada por el Agente del Ministerio Público Investigador, al momento de Consignar, así como al momento de formular sus respectivas conclusiones, ya que solicita se le aplique la pena prevista por el artículo 382 del Código Penal al sujeto que comete la conducta delictiva descrita por el artículo 384 del Código Penal.

Resultando del actuar de los Organos Jurisdiccionales al aplicar la pena contemplada en el artículo 382 del Código Penal al fenómeno a estudio las siguientes consecuencias:

a).- Por una parte se esta violando la garantía de legalidad del sujeto que encuadró su conducta al tipo penal en comento, garantía que se encuentra consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14 párrafo Tercero, mismo que enuncia: "... EN LOS JUICIOS DEL ORDEN CRIMINAL QUEDA PROHIBIDO IMPONER POR SIMPLE ANALOGIA Y AUN POR MAYORIA DE RAZON PENA ALGUNA NO DECRETADA POR UNA LEY EXACTAMENTE APLICABLE AL DELITO DE QUE SE TRATA";

El principio formulado en este párrafo es el postulado más importante del derecho penal suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (*nullum crimen nulla poena sine lege*), es decir, no hay más hechos delictuosos que aquéllos que las leyes penales definen y castigan ni más penas que las mismas leyes establecen.

Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente; y al respecto el Maestro Cuello Calón manifiesta: "Que en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos garantía criminal (*nullum crimen sine previa lege poenadi*), no ser penado con penas ni en clase ni medida diversa de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (*nulla poena sine previa lege poenadi*)."⁽³⁰⁾

(30) CUELLO CALÓN, Eugenio, Beracho penal Parte general, Barcelona 1935 pág. 166,

De aquí que se prohíba la aplicación de penas por simple analogía, y más aún por mayoría de razón entendiendo por analogía como: "Un procedimiento de integración de las normas legales por medio del cuál la esfera de aplicación de las leyes se extiende más allá de los casos previstos por el legislador". (31)

"Por consiguiente la ley penal debe aplicarse exactamente; pero ello no quiere decir, por supuesto que no sea posible interpretarla. La ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada: Lo que el artículo 14 Constitucional prohíbe no es la interpretación sino la integración de la ley penal, ya que ésta por definición carece de lagunas" (32)

Por tanto un hecho no será punible más que cuando pueda incluirse en alguno de los tipos de delito descritos en el Código o ley penal, y nunca será penado con pena de clase

(31) Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el Derecho Penal Tomo I, ed. porrúa, Méx. 1989, pág. 208.

(32) CHELLO CALON, Eugenio, op.cit. 167.

diversa de la establecida por la ley ni aquella podrá exceder de la medida ni por bajo del mínimo fijado por esta. Así de esta forma el maestro García Maynez Eduardo señala: "Además de la prohibición del argumento analógico suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a otros dos principios a saber 1°.- en caso de obscuridad de la ley, es decir, cuando haya duda acerca de su sentido, debe interpretarse en la forma más favorable al acusado, 2°.- La integración extensiva sólo es lícita en favor del reo" (33)

Por todo lo expresado anteriormente, en la actualidad los Jueces del fuero común en materia Penal en el Distrito Federal aplican la sanción del artículo 382 del Código Penal a aquél sujeto que encuadró su conducta en el tipo penal contemplado en el artículo 384 del mismo ordenamiento jurídico, trayendo como consecuencia la violación a la garantía de legalidad de los sentenciados por este ilícito en comento.

(33) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Ed. Porrúa, cuadragésima tercera edición, Mex. 1992. p. 380.

b).- El hecho de que el agente encuadre su conducta al tipo penal de abuso de confianza equiparado contemplado por el Código Penal en su artículo 384, al momento en que le es dictada la sentencia correspondiente. (misma que como se mencionó en líneas anteriores es la pena prevista por el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal), al momento de promover el Recurso de Apelación o en su caso el Juicio de Garantías, las autoridades competentes para conocer de estos, siendo en el recurso de Apelación las Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y en los Juicios de Amparo los Juzgados de Distrito en Materia Penal; ordenan la libertad del sujeto activo o conceden el Amparo y Protección de la Justicia respectivamente, al contener actos violatorios de Garantías Constitucionales de los individuos. Lo anterior lo afirmamos en razón a la investigación realizada en algunos Juzgados de Distrito en Materia Penal en los diversos Reclusorio de esta Ciudad, en los cuales sus Titulares, dijeron de una forma en general y concreta, que en relación a los Juicios de Garantías y Amparo promovidos por los sentenciados por Jueces Penales en materia Penal en el Distrito Federal, en razón al delito de abuso de confianza equiparado contemplado en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, y en atención a los agravios formulados por los quejosos, con respecto a la

aplicación de la sanción contemplada en el artículo 382 del mismo ordenamiento legal antes invocado, éstos se conceden por contener una violación a la garantía de legalidad contemplada en nuestra carta magna específicamente en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero; lo que favorece de esta forma la impunidad en cuanto a este delito, trayendo como consecuencia la violación al bien jurídico tutelado por la ley como lo es el patrimonio de los ofendidos.

De igual forma se investigó en varias Salas Penales del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en donde varios magistrados nos señalaron de una manera concreta que se concede la libertad con las reservas de ley, a aquél sentenciado que hubiere interpuesto Recurso de Apelación que haya sido previamente admitido por el Juez correspondiente, proveniente del delito de abuso de confianza equiparado, contemplado en el artículo 384 del Código Penal, siempre y cuando se hagan valer los agravios correspondientes ante ese Tribunal de alzada y estos consistan en que el sentenciado no se encuentra conforme con la pena que le fue impuesta por el Juzgador de primera instancia ya que la misma causa agravios a la persona del sentenciado en razón de que le fue impuesta la pena del artículo 382 del Código Penal en vigor para el

Distrito Federal, en virtud de haber sido la sanción solicitada por la Representación Social, tanto en su pliego de consignación como en sus respectivas conclusiones.

Siendo los anteriores los motivos por los cuales consideramos que existe imposibilidad para la aplicación de la pena contemplada en el artículo 382 del Código adjetivo, en relación al tipo penal previsto por el numeral 384 del mismo Código Penal, siendo evidente con ello que el tipo penal a estudio no cumple con el fin para el cual fue creado por los legisladores, consistente en erradicar los vicios de la estructura social, como lo es la ilegítima posesión de cosa ajena mueble con ánimo de retención por parte del sujeto activo, a pesar de haber sido formalmente requerida por quien tenga derecho a ella, o que el poseedor de la misma no la devuelva a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.

B).- PROPUESTA DE REFORMA QUE DEBE SUFRIR EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Por las razones consideradas en el apartado que antecede, y de las cuales se ha puesto de manifiesto que al no contemplarse una pena específica para aquél sujeto que encuadre su conducta al tipo penal en comento, así como tampoco existe una disposición que legalmente permita al Juzgador aplicar la pena contemplada en el artículo 382 del Código Penal al caso a estudio; luego entonces consideramos de suma importancia que debe reformarse el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, y que éste incluya una referencia legal a efecto de que los Organos Jurisdiccionales estén en posibilidades de aplicar las penas previstas en el artículo 382 del mismo ordenamiento jurídico invocado, y de esta forma se cumpla con el fin para el cual fue creado dicho tipo penal y que consistiría según nuestra exposición de motivos en:

a).- Que desde nuestro punto de vista el tipo penal de abuso de confianza equiparado, si bien es cierto, esta

previsto en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal; también lo es que dicho tipo penal adolece de uno de los elementos esenciales para ser considerado delito, ello en razón de que según la legislación penal actual en su artículo 7º nos dice: "DELITO ES EL ACTO U OMISION QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES"

Del anterior precepto legal se desprende que el delito no es más que la violación a la ley penal, y ésta a su vez es la expresión de la voluntad del cuerpo legislativo; de lo anterior también se desprende que para que un acto u omisión sea considerado delito debe estar sancionado por la legislación penal, situación que no se presenta en el tipo contemplado en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal.

b). Por otro lado, a fin de evitar que un hecho que ha sido elevado a delito quede impune, siendo el caso del tipo penal previsto en el Título Vigésimo Segundo Capítulo II del Código Penal a propósito del abuso de confianza, previsto por el artículo 384, el cual dispone:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor, o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley." es necesario que se prevea también la pena que deberá aplicarse al sujeto que despliegue su conducta delictiva en este supuesto, sin embargo del propio análisis de interpretación judicial y en base al principio de legalidad previsto en el artículo 14 párrafo tercero Constitucional, Nulum crimen, nula poena sine legem, del mismo se observa que el legislador únicamente describió el tipo penal, sin que haya establecido la pena de imponer, al señalar solamente cuando una conducta se reputa como abuso de confianza, de lo que se observa que únicamente se hace la descripción legal del tipo penal, faltando el otro elemento de la norma penal, como lo es la sanción, ya que ni el mismo dispositivo lo describe, así como tampoco remite o relaciona con otro numeral que tenga la pena para su aplicación, de tal suerte y a nuestro criterio, se propone la adición al artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal de un segundo párrafo, mismo que remita al Juzgador al artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal para efectos de la aplicación de la sanción; y de

esta forma la pena que en la actualidad se aplica, no sea violatoria de garantías constitucionales específicamente la contemplada por el artículo 14 Constitucional, así como tampoco favorezca a la impunidad. Así las cosas dicho artículo quedaría en los siguientes términos:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 382 de este Código.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debemos concluir que el tipo penal de abuso de confianza equiparado previsto en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal carece de sanción alguna para castigar al sujeto activo considerado plenamente responsable del tipo penal en cita.

SEGUNDA.- En consecuencia a lo anterior se aplica de forma análoga el artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que los Jueces del Distrito Federal en materia penal del fuero común al momento de sentenciar al sujeto activo que es considerado penalmente responsable del delito de abuso de confianza equiparado le imponen la pena prevista por el artículo 382 del mismo ordenamiento jurídico basándose en el valor de la cosa retenida, además de ser la sanción solicitada por el Agente del Ministerio Público en su pliego de consignación así como en sus respectivas conclusiones.

TERCERA.- Por tales motivos debe adicionarse un segundo párrafo al artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo párrafo que remita al Juzgador al artículo 382 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal y así imponer al sujeto activo responsable del delito de abuso de confianza equiparado una sanción al caso concreto, mismo artículo quedaría como sigue:

"ARTICULO 384.- Se reputa como ABUSO DE CONFIANZA la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la Autoridad, para que esta disponga de la misma conforme a la ley."

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 382 de éste Código.

CUARTA.- Con la adición de un segundo párrafo al artículo 384 del Código Penal del Distrito Federal, mismo que remita al juzgador al artículo 382 para los efectos de la

sanción, se cumpliría con el principio de legalidad contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y así se evitarían actos violatorios de garantías individuales a los sentenciados.

QUINTA.- Se determina que con la adición que se propone estaríamos perfeccionando el delito ya que por éste entendemos según el artículo 7^o del Código Penal "DELITO ES EL ACTO U OMISION QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES", y de esta forma al adicionar el párrafo aludido al artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, se estaría sancionando la conducta de poseer ilegítimamente una cosa ajena mueble con ánimo de retención y asimismo el negarse a devolver la misma a quien tenga derecho o no hacer entrega de esta cosa a la autoridad para que ésta disponga de ella conforme a la ley, lo que nos llevaría a erradicar la impunidad en cuanto a este delito.

SEXTA.- Por último concluimos que con la reforma que se propone en el presente trabajo de investigación para efectos de la imposición de la sanción, se cumpliría con el ánimo del legislador que es la eficaz y expedita impartición

de justicia, y asimismo se cumple con el fin para el cual fue creado el tipo penal de abuso de confianza equiparado consistente en erradicar los vicios de la estructura social.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACIONES.

1.- Código Penal Reformado para el Distrito Federal y Territorios Federales, Editores Herrero Hermanos México 1871.

2.- Código Penal para el Distrito Federal y territorios Federales, talleres gráficos de México, 1929.

3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal Reformado, Talleres Gráficos de México, 1931.

4.- Código Penal anotado Novena edición, Editorial Porrúa S, A, México 1981.

5.- Código Penal para el Distrito Federal, en materia del fuero común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Editorial Sista, México 1997, Distrito Federal.

6.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Sinaloa, Anaya Editores, S.A, México, Distrito Federal, 1997.

7.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, Editores Anaya, S.A, Colección Leyes y Códigos

8.- Código Penal y de Procedimientos Penales del estado de agascalientes, Editorial Anaya Editores, S.A. México 1997.

9.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco, Colección Leyes y Códigos Editores Anaya, México 1997.

10.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo, Colección Leyes y Códigos Editores Anaya, México, 1997.

11.- Código de Procedimientos Penales del Estado de Sonora, contiene el derecho Penal Editorial Anaya Editores, México 1997.

12.- Código Penal y de Procedimientos Penales de San Luis Potosí, editores Anaya S.A, México 1997.

13.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A, México, 1998.

14.- Diccionario de Derecho procesal Penal y términos usuales en el Derecho Penal Tomo I, ed. Porrúa México 1989.

1.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda; Derecho penal; Harla Colección Textos Jurídicos Universitarios, México Distrito Federal 1997. Pág. 418.

2.- CAMPOMANEZ BAEZ, Gustavo Adolfo; El Robo, El Abuso de Confianza, y El Fraude, en relación con la posesión; Porrúa, México Distrito Federal 1948. Pag. 320.

3.- CARRETE HERRERA, Octavio El Presupuesto Material en el delito de Abuso de Confianza Porrúa Hermanos, México 1956. Pág. 209.

4.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 1986. pág.359.

5.- CORTES IBARRA, Miguel Angel, Derecho Penal, Editorial Cárdenas, Tercera Edición, México, 1987. pág. 491.

- 6.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal parte general, Barcelona 1935,p.1045
- 7.- CUELLO CALON, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bosh, Barcelona 1995. pág. 1090.
- 8.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1972. pág. 469.
- 9.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Instrucción al Estudio del Derecho, Porrúa México 1999, Pág.444.
- 10.- JIMENEZ DE AZUA, La Ley y el Delito, Editorial A. Bello Caracas, Buenos Aires Argentina 1990. pág. 1954.
- 11.- JIMENEZ DE AZUA, FRANCISCO, Principios de Derecho Penal, (La ley y el delito), Editorial Abeledo-Pierrot, Buenos Aires, Argentina, 1990. Pág. 530.
- 12.- MUNGIA DE VAUGLANS, Citado por Sodi Demetrio, Nuestra Ley Penal, segunda Edición Tomo I, Temis, S.A, México 1987. pág.643

13.- ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Editorial Porrúa S.A., México 1994.pág. 179.

14.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1987. pág. 269.

15.- PORTE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática-Jurídica Penal, México 1987. pág. 585.

16.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Penología, SUA, UNAM, México, 1989. Pág. 432.

17.- SODI, Demetrio, Nuestra Ley Penal, segunda Edición Tomo I, Temis, S.A, México 1987. Pág. 398.