



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

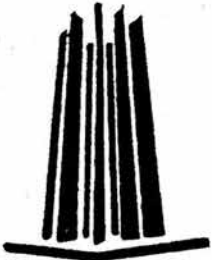
**“CRÍTICA A LA PERSECUCIÓN OFICIOSA DEL
DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y SU
INCIDENCIA AL INCUMPLIMIENTO DE LA
REPARACIÓN DEL DAÑO ”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS CARLOS YÁÑEZ OLVERA

ASESOR:

MTRO. JUAN MARIO CARDOSO CASTILLO

BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MEXICO 2004





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.

DEDICATORIAS

A Dios:

Por su magnificencia de permitirme la realización del presente trabajo y la ayuda que me proporciona día con día.

A mi madre Araceli Olvera Cruz:

A quien tengo la dicha de tener y el favor de mi existencia, quien también ha sido la persona que durante toda mi vida más me ha apoyado y sin la cual no hubiera sido posible el inicio y culminación del presente trabajo ni de muchos otros.

A mis hermanos Mariel y Jesús:

A quienes tengo la fortuna de tener y los que representan un estímulo para seguir adelante.

A mi mama Lupita:

Quien me cuidó desde pequeño entregándome todo su amor a cambio de nada y a quien quiero tanto como a mi madre.

A mi mama Lolita:

A quien guardo un gran respeto cariño y agradecimiento.

A mis tíos Irma Olvera Cruz y Raúl Pérez Hernández:

Personas que han estado conmigo y con mi familia tanto en los buenos momentos como en las etapas difíciles y amargas, apoyándolos en todo momento.

A los Licenciados Rafael Bustamante
Martinez e Ivonne Olguin de Bustamante,
amigos de la familia:

Personas que en los momentos mas dificiles
de mi vida, brindaron a mi familia y a mi el
apoyo que tanto necesitamos y a quienes
siempre estaré agradecido y en deuda. Dios
los bendiga.

A todos mis primos:

A quienes deseo que éste trabajo los motive a
seguir adelante con sus estudios y en su vida
personal.

A mi País:

Por tener la dicha de haber nacido en esta
bellisima patria llamada México.

A la ENEP Aragón, cuna del saber humano:

Por haberme abierto sus puertas para
realizar mis estudios profesionales y mi
formación como individuo

A todos mis maestros:

A quienes debo parte de lo que soy.

A mi Asesor, Mtro. Juan Mario Cardoso
Castillo:

A quien debo el desarrollo y culminación de
la presente investigación y con quien
también estoy plenamente agradecido.

A los miembros de este H. Jurado:

Profesionistas que sin su voto y aprobación,
no hubiera sido posible la culminación del
presente trabajo.

A todos mis compañeros y amigos.

CRÍTICA A LA PERSECUCIÓN OFICIOSA DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y SU INCIDENCIA AL INCUMPLIMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

RESEÑA HISTÓRICA

1.1 - Reseña histórica del delito de Abuso de Confianza.....	1
1.1.1 - Roma.....	1
1.1.2 - Edad Media.....	6
1.1.3 - Derecho Germánico.....	7
1.1.4 - Grecia.....	8
1.1.5 - Derecho Español.....	8
1.1.5.1 - Fuero Juzgo.....	8
1.1.5.2 - Fuero Real.....	9
1.1.5.3 - La Ley de Partidas.....	9
1.1.5.4 - Código Español de 1822.....	9
1.1.5.5 - Código Español de 1850.....	10
1.1.5.6 - Código Español de 1870.....	11
1.1.6 - Derecho Francés.....	11
1.1.6.1 - Ley de 1791.....	12
1.1.6.2 - Código Napoleónico.....	13
1.1.6.3 - Ley Francesa de 1863.....	13
1.1.7 - Legislación Mexicana.....	14
1.1.7.1 - Época Prehispánica.....	14
1.1.7.2 - Código Penal de 1871.....	15
1.1.7.3 - Código Penal de 1929.....	18
1.1.7.4 - Código Penal de 1931.....	19
1.2 - Reseña histórica de la Reparación del Daño en el Derecho Penal Mexicano.....	23
1.2.1 - Código Penal de 1871.....	23
1.2.2 - Código de Procedimientos Penales de 1894.....	25
1.2.3 - Legislación Penal Mexicana de 1929.....	27
1.2.3.1 - Código Penal de 1929.....	27
1.2.3.2 - Código de Procedimientos Penales de 1929.....	30
1.2.4 - Legislación Penal Mexicana de 1931.....	30
1.2.4.1 - Código Penal de 1931.....	31
1.2.4.2 - Código de Procedimientos Penales de 1931.....	42

CAPITULO II

DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

2.1.-	Definición del delito de Abuso de Confianza.....	45
2.1.1.-	Definición Doctrinal.....	45
2.1.2.-	Definición legal, de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	53
2.2.-	El Cuerpo del Delito de Abuso de Confianza.....	57
2.2.1.-	Elementos Objetivos.....	60
2.2.1.1.-	La Conducta.....	61
2.2.1.2.-	El Resultado.....	67
2.2.1.3.-	El Nexo Causal.....	68
2.2.2.-	Elementos Subjetivos.....	73
2.2.3.-	Elementos Normativos.....	80
2.2.3.1.-	Perjuicio.....	82
2.2.3.2.-	Tenencia.....	83
2.2.3.2.1.-	Posesión Precaria.....	85
2.2.3.2.2.-	Posesión Derivada.....	86
2.2.3.3.-	Cosa Mueble.....	88
2.2.3.4.-	Dominio.....	90
2.2.4.-	Objeto del Delito.....	90
2.2.4.1.-	Objeto Material.....	90
2.2.4.2.-	Objeto Jurídico.....	92
2.3.-	Sujetos del Delito.....	93
2.3.1.-	Sujeto Activo.....	93
2.3.1.1.-	Calidad de Depositario.....	94
2.3.2.-	Sujeto Pasivo.....	95

CAPITULO III

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA

3.1.-	Definición de Pena.....	97
3.2.-	Fines de la Pena.....	100
3.2.1.-	Teorías Absolutas.....	101
3.2.2.-	Teorías Relativas.....	103
3.2.3.-	Teorías Mixtas.....	104
3.3.-	Clasificación de las Penas.....	106
3.3.1.-	Clasificación de las Penas realizada por Cuello Calón.....	106
3.3.2.-	Clasificación de las Penas realizada por Ignacio Villalobos.....	107
3.3.3.-	Clasificación de las Penas prevista en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	109

3.4.-	Definición de Daño.....	116
3.5.-	Definición de Perjuicio.....	117
3.6.-	Diferencia entre Daño y Perjuicio.....	117
3.7.-	Cases de Daño.....	118
	3.7.1.- Daño Material.....	118
	3.7.2.- Daño Moral.....	119
3.8.-	La reparación del daño como Pena Pública.....	119
3.9.-	Alcance de la reparación del daño de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	123
3.10.-	Personas que tienen derecho a la reparación del daño de conformidad con el Nuevo Código penal para el Distrito Federal.....	124
3.11.-	Personas obligadas a reparar el daño de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	125
3.12.-	Prescripción de la pena de reparación del daño.....	126

CAPITULO IV

CRÍTICA A LA PERSECUCIÓN OFICIOSA DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y SU INCIDENCIA AL INCUMPLIMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

4.1.-	Requisitos de Procedibilidad previstos en el Nuevo Código Penal para el D.F.....	128
	4.1.1.- La Denuncia.....	128
	4.1.2.- La Querella.....	134
4.2.-	Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.....	138
4.3.-	La persecución oficiosa delito del Abuso de Confianza en el Distrito Federal.....	143
4.4.-	Consecuencias jurídicas del otorgamiento del perdón para aquellos delitos cuyo requisito de procedibilidad es la querella.....	144
	4.4.1.- Extinción de la pretensión punitiva.....	145
	4.4.2.- Extinción de la facultad de ejecutar las penas.....	146
4.5.-	Crítica a la persecución oficiosa del delito de Abuso de Confianza y su incidencia al incumplimiento de la reparación del daño.....	147
	PROPUESTAS.....	151
	CONCLUSIONES.....	152
	BIBLIOGRAFÍA.....	160
	LEGISLACIÓN.....	164

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, se encuentra motivada por la incidencia en el incumplimiento de la reparación del daño originada por la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza, en los supuestos en que el objeto material rebase las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de dos o más personas, tal y como lo establece el numeral 246 último párrafo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En el estudio del primer capítulo se asentará la reseña histórica del delito de abuso de confianza a nivel internacional y nacional, así como de la reparación del daño dentro de nuestra legislación penal.

Referente al delito de abuso de confianza, se observará que tiene su antecedente de mayor perfección dentro de la civilización romana, no obstante de haber sido considerado como *furtum* bajo la modalidad *usus*, siendo del mismo modo contemplado dentro del *furtum* durante todo el Medioevo, adquiriendo plena autonomía en el Derecho Francés con la ley de 1791, consumando su calidad de delito autónomo y logrando una mejor redacción en el Código Napoleónico 1810.

En cuanto a la reparación del daño, se verá que dentro del Código Penal de 1871, fue considerada netamente como una responsabilidad civil, que el juzgador imponía al sujeto activo del delito a petición de parte y tomando como base las probanzas ofrecidas por el ofendido o sus representantes, siendo hasta el Código Penal para el Distrito Federal de 1929, donde adquirió el carácter de pena pública cuando era impuesta al delincuente y el de responsabilidad civil cuando debía ser exigida a terceros vinculados con este mismo, criterio que fue retomado por el Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

En el segundo capítulo, analizaremos al delito patrimonial de abuso de confianza, en cuanto a su definición doctrinal y legal, los elementos objetivos, subjetivos y normativos que constituyen el cuerpo del delito del mismo, desprendiendo también que dentro de la legislación sustantiva penal vigente en el Distrito Federal, se encuentran tres modalidades del abuso de confianza que son: genérico contemplado en el numeral 227, específico o impropio previsto en el artículo 228 y el equiparado o denominado también apropiación indebida, regulado en el numeral 229, analizando la conducta típica de cada una de esas modalidades, profundizando en el elemento subjetivo de dolo, y en los elementos normativos del abuso de confianza genérico que son: tenencia, perjuicio, cosa mueble y dominio, así como el objeto del delito que nos ocupa, que a su vez se subdivide en jurídico y material, entendiéndolo a grandes rasgos por el primero el interés jurídicamente tutelado por la norma y lesionado o puesto en peligro por la comisión del delito y por el segundo la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro, que para el caso del delito mencionado es el patrimonio de las personas, haciendo un gran hincapié y estudio de la tenencia del objeto mueble, como elemento normativo y presupuesto del delito en análisis, aclarando que desde nuestro punto de vista y en concordancia con algunos criterios de nuestros máximos tribunales federales, queda constituido técnicamente hablando por la posesión derivada de la cosa mueble, explicando también los sujetos del delito patrimonial que nos ocupa.

En el tercer capítulo estudiaremos a la pena, así como las teorías absolutas, relativas y mixtas que intentan explicar su finalidad, así como la clasificación hecha por Ignacio Villalobos y Eugenio Cuello Calón, sin pasar por alto la realizada por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, hasta llegar a la pena de reparación del daño, sus alcances, prescripción y el carácter de responsabilidad civil que adquiere cuando debe ser exigida a terceros relacionados con el delincuente.

En el cuarto y último capítulo analizaremos a la denuncia y querrela como requisitos de procedibilidad establecidos en la legislación sustantiva penal vigente en el Distrito Federal, abordando las consecuencias de extinción de la pretensión punitiva y/o de la facultad de ejecutar las penas, originadas por la figura del perdón en aquellos delitos perseguibles a instancia de parte ofendida, veremos el fundamento y los supuestos para la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza en el Distrito Federal, realizando un análisis del principio de mínima intervención del derecho penal, que de acuerdo con nuestro punto de vista es trasgredido por la referida persecución oficiosa del delito patrimonial en cuestión, en el supuesto en que el sujeto activo se encuentre en la disposición y aptitud de reparar el daño causado al ofendido y éste en el deseo de otorgar a aquél el perdón, caso en el cual resulta innecesario continuar con el uso del derecho penal.

En esta misma tesitura en este último capítulo, se indicará que la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza por motivos de la penalidad que la ley establece para sancionar al delincuente cuando el referido delito rebase las cinco mil veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, la cual va de los seis a los doce años de prisión, implica que el sujeto en caso de ser condenado, no podrá gozar en sentencia de algún beneficio para obtener su libertad, como puede ser la suspensión condicional de ejecución de la pena, por lo que dicho sujeto podrá tener como una mejor opción, tramitar su libertad preparatoria o su tratamiento en externación una vez prescrita la pena de reparación del daño, del mismo modo se hará constar que desde nuestro punto de vista tal incidencia al incumplimiento de la referida pena, es también originada por la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza en el caso de los sujetos reincidentes, peculiaridad por la cual no sólo carecerán de cualquier tipo de beneficio en sentencia para obtener su libertad, sino que tampoco estarán en aptitud de obtener su libertad preparatoria ni el tratamiento en externación, por lo que les será aún más innecesario cumplir con la pena de

reparación del daño.

En cuanto a las soluciones de la problemática en estudio, se propondrá establecer como requisito de procedibilidad para el delito de abuso de confianza a la querrela, independientemente del monto o del número de ofendidos, así como determinar que el término para querellarse por tal delito cuando el objeto material del mismo rebase las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de más de un ofendido sea de un año, contado estrictamente a partir de que se tuvo conocimiento de tal delito y no de tres independientemente de que haya tenido o no dicho conocimiento, como lo establece el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lo anterior para evitar la impunidad e inconvenientes para el ofendido causados por la figura de la prescripción.

CAPITULO I
RESEÑA HISTORICA

CAPITULO I

RESEÑA HISTÓRICA.

En este primer capítulo, a través de sus subíndices, entraremos al estudio de los antecedentes del delito patrimonial de abuso de confianza en el derecho nacional e internacional, así como de la reparación del daño dentro de nuestra legislación sustantiva y adjetiva penal, toda vez que ambas figuras jurídicas relacionadas, constituyen el objeto de la presente investigación.

1.1.- Reseña histórica del delito de Abuso de Confianza.

En el presente apartado, haremos referencia de manera breve de los antecedentes que contribuyeron a la evolución y madurez jurídica del delito patrimonial de abuso de confianza, dentro de la civilización romana, edad media, derecho germánico, derecho español, derecho francés, así como en la legislación mexicana, lo anterior en virtud de que como ya se dijo, el delito de referencia constituye al igual que la reparación del daño, el objeto principal de la presente investigación y por ende resulta conveniente realizar su reseña histórica.

1.1.1.- Roma.

En este primer punto, entraremos al estudio del antecedente del delito patrimonial de abuso de confianza dentro de la civilización romana, el cual era considerado como una modalidad del delito de furtum y sobre el tema, Eduardo López Betancourt nos menciona que: "El delito de abuso de confianza tiene su origen en Roma, en donde se tenía un gran respeto por la propiedad privada; era considerado dentro del delito de furtum, los romanos no hacían ninguna distinción entre el abuso de confianza y el furtum; es conveniente mencionar que si bien es cierto no se estableció exactamente el delito de abuso de confianza, si resulta un antecedente importante precisar que durante el imperio romano, al

lado de la "acción privada de dolo" se creó un delito especial con el nombre de estelionato; comprendía todo atentado fraudulento contra el patrimonio ajeno, la pena era el trabajo en las minas y el destierro temporal."¹

Continuando con el mismo autor, resalta la aportación de Maggiore quién comenta lo siguiente: "La estafa y la apropiación indebida figuraban, entre los romanos, el concepto generalísimo de fraude, los autores italianos denominaron al abuso de confianza como apropiación indebida."²

Por su parte Francisco González de la Vega nos indica que: "En la antigüedad no se conocía legalmente la distinción entre el furtum y el abuso de confianza por atenderse a su rasgo común: apropiación injusta del bien ajeno. Poco interesaba que este resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consentida de la cosa o por el abuso de la posesión material. En el Derecho Romano, según Mommsen, en materia de furtum: se reputaba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en la posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión de la cosa y el poseedor no hiciera de esta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer."³

Justiniano elaboró en un cuadro los distintos casos de furtum (hurto), que existían en el Derecho Romano, es así como anunció lo siguiente: (furtum Rei), sustracción de la cosa, (furtum usus), uso ilícito y (furtum possessiones), indebida apropiación, siendo el segundo de los supuestos mencionados el que más se asimilaba al hoy delito patrimonial de abuso de

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, "Delitos en Particular", Tomo II, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.p. 283 y 284.

² Ídem, pág. 284

³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Trigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.p 228 y 229.

confianza, en virtud de que en dicha modalidad de robo, se contemplaba como hecho ilícito, el uso indebido de una cosa de la cual se tuviera la simple posesión bajo un justo título, sin contar con la propiedad de la misma.

Como ya se dijo en Roma, se encontraba contemplado el robo de uso y tal supuesto, podría consistir valga la redundancia, en el abusivo uso 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 atizaba la cosa prestada en uso distinto al convenido.

En este mismo orden de ideas y con el objeto de ahondar más sobre el tópico, consideramos conveniente por ser el *furtum* el antecedente dentro de la civilización romana del delito de abuso de confianza, asentar la definición que el maestro Campomanéz, realizó sobre el delito de hurto, quien mencionó que dicho ilícito consistía en: "La sustracción lenta de una cosa con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto contrario a la ley natural."⁴

Por su parte Guillermo Florins Margadant, nos indica que "Etimológicamente, *Furtum*, relacionado con *fere*, es llevarse las cosas ajenas, sin fundamento en un derecho. Sin embargo, se fue extendiendo el campo de acción de ese delito, partiendo del *furtum rei*, de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso, de un objeto ajeno, incluyendo una extra extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa, e incluyendo también el *furtum possessionis* que encontramos cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla (por ejemplo, del acreedor prendario). Todo lo anterior queda en la cita

⁴ CAMPOMANÉZ BAEZ, Gustavo, "El Robo, el Abuso de Confianza y el Fraude en relación con la Posesión", Quinta Edición, Editorial. Porrúa, México, 1984, p.p. 13 y 14.

Paulo: Furtum est: fraudulosa contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etim. usus, vel eius possessionis; el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa, misma, o su uso o posesión.”

“Así, el furtum llegó a ser una figura muy amplia, de una vaguedad difícilmente compatible con nuestras ideas modernas sobre la tipicidad de los delitos: cometería furtum, inclusive el que recibiera un pago que no se le debiera y que no dijera nada.”

“Este delito contaba con dos elementos: el primero, de carácter objetivo, era el aprovechamiento ilegal (la contrectatio rei) que venía en lugar de la amotio rei, a cuyo último concepto ha regresado el delito moderno de robo, y, el segundo, el de carácter subjetivo, la intención dolosa, el animus furandi.”

“El Furtum daba lugar a dos clases de acciones: la primera, la poenae persecutoria, por la cual la víctima trataba de obtener una ganancia, la multa privada; la segunda, la rei persecutoria, por la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o de obtener la indemnización correspondiente.”⁵

Así mismo Gumesindo Padilla , nos dice que las acciones penales del derecho romano tuvieron las características siguientes:

“a) Cumulatividad. Significa que si son varios autores del delito, cada uno de ellos responderá por la totalidad de la pena. También puede hablarse de cumulatividad de acciones; por ejemplo, cuando, la víctima de un robo ejercita la actio furti para reclamar la indemnización y además la rei vindicativo para recuperar el objeto hurtado.”

⁵ FLORIS MARGADANT S, Guillermo, “El Derecho Privado Romano”, Décima Quinta Edición, Editorial Esfinge S. A. de C.V., México, 1998, p.p. 433 y 434.

“b) Intransmisibilidad pasiva. Solamente es responsable el autor del delito, no sus herederos, excepto cuando el delincuente muere después de la litis contestatio.”

“C) Noxalidad. Cuando el delincuente es un alien iuris la acción se dirige contra el pater familias o dominis que lo tuviera bajo su potestad en ese momento ese momento, éste puede liberarse de la responsabilidad entregando al delincuente.”⁶

Continuado con el tratadista Guillermo Floris Margadant, nos continua aportando lo siguiente: “La pena por robo, establecida por las XII Tablas, era severa. En aquella época, el robo tenía rasgos de delito público, coexistentes con diversos rasgos de delito privado. En caso de flagrante delito de robo, el ladrón perdía la libertad si era libre, la vida, si era esclavo, en caso de delito no fragante de robo el culpable debía pagar a la víctima una multa privada, del doble del valor del objeto. Paralelamente con lo anterior, la víctima podía ejercer la acción rei persecutoria.”

“El derecho clásico, haciendo del robo un delito un delito exclusivamente privado, era más benigno. Debemos distinguir los siguientes casos:”

“1.- Furtum manifestum. En el caso de delito flagrante de robo, el ladrón debían una multa de cuatro veces el valor del objeto. Para que un delito fuera considerado como flagrante, era necesario encontrar al ladrón con el objeto, antes de que hubiera llevado el botín al primer lugar de destino.”

“Furtum nec manifestum. En caso de delito no flagrante de robo la

⁶ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. “Derecho Romano I”, Segunda Edición, Editorial. McGRALW-HILL, México, 1998, pág. 116.

multa privada era del doble del valor del objeto.”⁷

En la Ley de XII Tablas, se sabía con anticipación todos los casos de Abuso de Confianza, los cuales eran contemplados como se ha dicho en repetidas ocasiones, dentro de la figura delictiva de hurto, además esta ley romana, consideraba culpable, a un depositario cuando este hiciera uso del objeto en depósito, o cuando el comisionado empleaba para su utilidad el dinero que en forma anticipada le habían dado fiado para cedérselo a un tercero. Por otra parte, en las Institutas y en la antigua jurisprudencia los diversos actos de mala fe fueron identificados como fraudes que también se encontraba contemplado como una modalidad del delito de robo.

En síntesis, podemos decir que el ahora delito patrimonial de abuso de confianza, encuentra rasgos propios, dentro de la civilización romana como una modalidad del *furtum* (*furtum usus*), ilícito que consistía en dar un uso distinto a una cosa que se tenía en posesión bajo un justo título, sin contar con la propiedad de la misma, materializándose principalmente cuando el depositario, utilizaba el objeto dado en depósito, o cuando el comodatario, ejercía un uso distinto del contrato, teniendo en su favor el sujeto que sufriera el referido ilícito, las acciones *poenae persecutoria*, para demandar una ganancia, mediante la imposición de una multa pública o la *rei persecutoria*, para exigir la restitución del objeto.

1.1.2.- Edad Media.

En la etapa histórica del Medioevo, que abarcó del año 476 a 1453, después de Cristo. el delito patrimonial de abuso de confianza no tuvo avance, puesto que siguió siendo considerado como una modalidad del hurto y sobre el particular, Gustavo Camponéz nos refiere lo siguiente: “En esa etapa histórica no

⁷ FLORIS MARGADANT S., Guillermo, Ob. Cit., pág. 434.

existió distinción alguna en relación a la evolución del Abuso de Confianza, debido a la importancia que tuvo el uso de la palabra (Furtum); durante la edad media influenciada por el derecho romano no encontramos diferencia sustancial manteniendo su modificación el concepto de furtum.”⁸

A manera de síntesis podemos decir que en este periodo histórico se seguía contemplando al delito de abuso de confianza como una modalidad del delito de furtum, siguiendo los tradicionalismos jurídicos romanos, lo que significó que dicho periodo nuestro delito patrimonial en estudio no tuviera evolución alguna.

1.1.3.- Derecho Germánico.

Dentro del ordenamiento jurídico 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 hurtos señalados la previa existencia de la posesión en el agente; por ello Octavio Carrete menciona: “El hurto impropio se configuraba cuando 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.”⁹

De lo anterior, se desprende claramente que en el ordenamiento jurídico germánico, se seguía contemplando al hoy delito de abuso de confianza, dentro del delito de hurto, en su modalidad de impropio, por considerar que dicho ilícito existía cuando el agente se encontraba ya en poder del objeto, por lo

⁸ CAMPOMANÉZ BAEZ, Gustavo, Ob. Cit., pág. 48.

⁹CARRETE HERRERA, Octavio, “El Presupuesto Material en el Delito de Abuso de Confianza”, Editorial Porrúa Hermans, México, 1956, pág. 11.

que podemos aseverar que dentro de esta civilización, nuestro delito en estudio cuenta con un antecedente más, no obstante de haber sido, como ya se dijo considerado como una especie de robo al igual que en la civilización romana.

1.1.4.- Grecia.

Esta legislación, no aportó avance alguno al delito objeto de la presente investigación toda vez que la tutela penal de la propiedad quedaba integrada en el concepto de *furtum*, como lo describe Octavio Carrete, al señalar lo siguiente: “En el derecho griego no se percibe ningún adelanto pues los distintos hechos que de alguna forma dañaban la propiedad en las relaciones derivadas de ella seguían comprendiéndose dentro de la ampliación del hurto.”¹⁰

Por lo anterior, se consideró pertinente no entrar a más abundamiento de los antecedentes del delito que nos ocupa dentro de la civilización griega, puesto que como ya se mencionó en el primer punto del presente capítulo, fue Roma la a través de sus diferentes etapas históricas monarquía, república e imperio consideró mas técnica y avanzadamente el delito de *furtum usus*, antecedente del hoy tipo penal de abuso de confianza.

1.1.5.- Derecho Español.

En el presente punto, a través de sus subíndices se hará constar el devenir histórico del delito de abuso de confianza en el derecho peninsular.

1.1.5.1.- Fuero Juzgo.

En fuero juzgo, pese al interés que se reflejó por proteger la propiedad privada, no estableció ninguna distinción entre el hurto y el abuso de

¹⁰ Ídem, pág. 11.

confianza; ocupándose sólo del hurto sin agravantes especiales, esto es de manera genérica, siendo las penas para los hombres libres de carácter pecuniario y proporcionales al valor de lo hurtado y para los siervos penas infamantes y corporales.

1.1.5.2.- Fuero Real.

En este Ordenamiento peninsular, tampoco se estableció diferencia alguna entre el ilícito de hurto y el abuso de confianza, sólo se encargó del ilícito de robo que era castigado con la pena pecuniaria, mutilaciones y hasta la muerte para el reincidente o ladrón conocido, no existiendo en consecuencia en este derecho evolución jurídica del delito que nos ocupa.

1.1.5.3.- 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, ya que sus disposiciones fueron adoptando los conceptos de hurto que se aplicaron en Roma, pero en sí no realizaron aportaciones tendientes a la madurez jurídica del delito de abuso de confianza, ya que este seguía siendo considerado una modalidad del delito de hurto.

1.1.5.4.- Código Español de 1822.

En esta legislación se estableció una diferencia palpable entre el robo y el hurto (artículos: 123, 47,45), caracterizándose aquél por el empleo de la violencia para apoderarse de lo ajeno y el hurto como un medio fraudulento en donde cualquier sujeto se apropiaba de un bien mueble sin fuerza ni violencia entre personas. Este ordenamiento sólo 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 y se castigaba con un 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 (hurto) de aquellos tiempos debido a la naturaleza de los hechos en cada uno de estos dos 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 hurto estableció como hipótesis o presupuesto de hecho que el bien mueble se encontrara legítimamente en poder del agente, este lo retiene con el consentimiento del propietario y no utiliza ni la astucia ni la violencia para adueñarse de la cosa.

Por lo anterior, podemos decir que en el Código Español de 1822, nuestro delito patrimonial en estudio, encuentra su antecedente en el delito de hurto, por contener éste características propias que hoy pertenecen al ilícito penal de abuso de confianza consistentes en tener como objeto material un bien mueble, no utilizar la violencia para su comisión y establecer como presupuesto de hecho el contar con la tenencia de la cosa.

1.1.5.5.- Código Español de 1850.

En este ordenamiento jurídico, los legisladores españoles señalaron de manera más perfeccionada características propias de nuestro delito en comentario al referir en su numeral 452 como conducta delictiva: A los que en perjuicio de otro se apropien o distrajeran efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por título que produzca obligación de entregarle o devolverlos.

Resulta evidente que la conducta delictiva descrita con antelación, representó una notable evolución legislativa al delito de abuso de confianza, al

establecer elementos propios de dicho delito que los demás ordenamientos peninsulares habían omitido, tales como perjuicio y supuestos de posesión derivada (deposito, comisión, administración o por título que merezca la obligación de devolverlo), el objeto material (cosa mueble), por ello la decisión de incluir el presente punto en la presente investigación.

1.1.5.6.- Código Español de 1870.

El Código Español de 1870, calificó como estafadores a quienes abusaban de la confianza de otro, por lo que no existió separación o distinción alguna entre la estafa y el abuso de confianza, así las cosas, cabe mencionar que en la fracción V del artículo 348 de ese ordenamiento jurídico estableció como delito el hecho de que una persona en perjuicio de otro se apropiara o distrajera dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en deposito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, o negaren haberla recibido.

El presente ordenamiento jurídico, pese al haber considerado como estafa, al delito de abuso de confianza, siguió contemplando elementos propios de este, tales como perjuicio, cosa mueble y supuestos de posesión derivada como presupuesto del mismo, cómo el código de 1850, así como también, contempló de manera novedosa, como conducta típica no sólo el apropiarse de dinero o de otra cosa mueble, sino también la distracción de dichos objetos de la finalidad de su posesión, cuando se tenía la obligación de devolverlos, por lo que de igual manera, el Código Español de 1870, aportó elementos para la evolución del ahora delito de abuso de confianza.

1.1.6.- Derecho Francés.

En el presente punto, a través de sus correspondientes subíndices, por considerarlo de importancia para una mejor explicación de la presente

investigación, referiremos la reseña histórica de mayor relevancia del delito de abuso de confianza dentro del derecho francés.

1.1.6.1.- Ley de 1791.

En la legislación francesa la expresión robo, tuvo un amplio significado de manera que fue transformado poco a poco hasta contemplar entre sus supuestos, algunas características similares al hoy ilícito penal de abuso de confianza.

El delito de abuso de confianza adquiere su propia descripción en forma especial en la Ley Francesa de 1791, esto es, tal delito patrimonial hasta entonces comprendido dentro de los supuestos de robo, obtiene por primera vez una configuración autónoma; al considerar como delito la conducta consistente en disponer indebidamente de la cosa depositada en propia mano; actuando con ello en oposición a la voluntad del sujeto pasivo; debiendo tener el sujeto activo la calidad de depositario, siendo como ya se dijo hasta la referida fecha en que el derecho francés señaló una incriminación especial por algunas disposiciones de los bienes confiados en deposito, sancionando al infractor de este tipo de ilícitos con la degradación cívica.

Al respecto Eduardo López Betancourt nos dice lo siguiente: "En 1791, en la Ley Francesa se estableció una creación especial para las apropiaciones que sin autorización se hacían los depositarios de bienes a quienes se les sancionaba con la degradación cívica, la verdadera creación del delito de abuso de confianza fue el año de 1810 en el Código Napoleónico en su artículo 408."¹¹

¹¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 284.

1.1.6.2.- Código Napoleónico.

Este ordenamiento jurídico, tiene el mérito de ser el creador del delito de abuso de confianza como tal, producto de la maduración legislativa de 1791 referida en el punto que antecede. El artículo 408 del Código Francés de 1810 es según el maestro Octavio Carrete es el antecedente inmediato de nuestra ley en la regulación del abuso de confianza al considerar como delito: El malversar o disipar en perjuicio de sus propietarios; poseedores, valores, mercancías, billetes recibos, o cualquier otros escritos que contengan obligación o descargos que les haya sido entregados, a título de deposito, mandato por un trabajador asalariado o no asalariado con cargo de devolverlo o representarlo, hacer de ellos un uso o empleo determinado.

En reacción a este punto González de la Vega, 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 de mayo de 1863 le dieron mejor alcance, llegando a su definitiva redacción.”¹²

Por lo anterior, resulta conveniente resaltar que la mayoría de los tratadistas, atribuyen al Código Napoleónico de 1810 la creación formal del delito de abuso de confianza.

1.1.6.3.- Ley Francesa de 1863.

En la Ley Francesa de fecha trece de mayo de 1863, se encuentra un avance legislativo como producto de las reformas al Código Napoleónico realizadas el veintiocho de abril de 1832, de esta manera, el delito patrimonial de abuso de confianza llega a su definitiva redacción, sobre el particular, Demetrio

¹² GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit., pág. 229.

Sodi comenta que la “La ley del 13 de mayo de 1963 dejó las actuales bases del delito, reformándose el artículo 408 del Código Penal Francés.”¹³

1.1.7.- Legislación Mexicana.

En el presente punto, mencionaremos la reseña histórica del delito de abuso de confianza, por lo que hace a nuestro país.

1.1.7.1.- Época Prehispánica.

En la etapa precolombina se tenía un gran respeto por la propiedad privada en especial por la de la tierra, siendo la civilización Azteca la que dentro de su legislación contempló aspectos característicos del ahora delito de Abuso de Confianza y sobre el tópico, Eduardo López Betancourt, nos refiere lo siguiente:

“El abuso de confianza tiene su antecedente más remoto en la época precolonial, en la civilización Azteca, en la que se consideraba como delito el hecho de que alguna persona se apropiara de un terreno ajeno, o bien cuando lo vendía a otro, siendo que se le había confiado, así mismo cuando el agente vendía tierras ajenas de las que tenía en su administración.”

“Los aztecas previeron este delito y las penas podían ser descuartizamiento, pérdida de la libertad, confiscación de bienes, degüello, lapidación, quebrantamiento de cabeza entre dos losas, corte de la nariz y de las orejas, ahorcadura, muerte en hoguera, privación del cargo y destierro, quemazón de los cabellos con teas de pino y embarradura de la cabeza con la resina del mismo árbol, satisfacción al agraviado, paseo del ladrón por calles de

¹³ SODI, Demetrio, “Nuestra Ley Penal”, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., México, 1994, pág. 22.

la ciudad, pérdida de la libertad a favor del dueño de la cosa robada, muerte a palos, esclavitud, pérdida de bienes, muerte a golpes, privación de empleo y nobleza, trasquiladura, derribo de la cosa, corte parcial de los labios, corte parcial de las orejas.”¹⁴

Como se desprende el delito de Abuso de Confianza presenta un antecedente en la civilización Azteca al haber considerado como delito el adueñamiento de inmuebles de manera injusta o la enajenación de los mismos cuando se poseían en administración o cuidado, sólo que el objeto material del mencionado delito se encontraba constituido por un bien inmueble y no como en la actualidad por un inmueble.

1.1.7.2.- Código Penal de 1871.

En la exposición de motivos del Código de 1871 se estableció lo que continuación se transcribe: “El Abuso de Confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante y la comisión lo ha considerado bajo este aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código francés y todos lo posteriores, porque realmente son dos delitos diversos el de apoderarse alguno de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo y el de disponer de una cosa ajena que se recibió en confianza o a virtud de un contrato que no trasfiere el dominio.”¹⁵

Este ordenamiento consideró al delito de abuso de confianza como agravante del delito de robo, estando regulado con esta misma denominación en el capítulo IV del Título Primero “Delitos contra la Propiedad”, en el Libro Tercero “De los Delitos en Particular”, así como un delito especial que se cometía sólo en

¹⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Ob. Cit., pág. 284.

¹⁵ *Íbidem*, pág. 284.

los supuestos enmarcados en su numeral 407.

El Código en estudio, estableció la existencia de 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 procuro granjearse con ese fin, lo anterior de conformidad con su numeral 405.

En relación al abuso de confianza como delito especial, González de Vega nos dice que: "El Código Penal de 1871 en su artículo 407, creó dentro del derecho mexicano el delito de abuso de confianza, como delito especial, en el precepto, sucesivamente reformado por decreto de 24 de mayo de 1884 y 5 de septiembre de 1896, quedó redactado de la siguiente manera: El que fraudulentamente y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes del banco o en papel moneda; de documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia."¹⁶

Como podemos ver el delito de abuso de confianza, era sancionado como un robo sin violencia.

Además de la pena establecida en el artículo 405, de conformidad con el numeral 406, del ordenamiento jurídico en análisis, se agregaba la suspensión del delincuente en el ejercicio de su profesión, desde dos meses hasta un año si cometía el abuso de confianza en cosas que hubiera recibido con

¹⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit., p.p. 220 y 221.

el carácter de abogado, de escribano, actuario o notario, procurador, agente de negocios o corredor; la destitución de cargo si cometiera el abuso un tutor, un ejecutor testamentario o albacea, un depositario judicial, un sindico o administrador de un concurso o de un intestado, en cosas que les hayan confiado con ese carácter; la destitución de empleo, si el abuso lo cometiere un correo en la correspondencia que se le haya entregado para su conducción.

Cabe mencionar que se completaba una similitud al delito de abuso de confianza y se sancionaba con la misma pena referida con antelación de conformidad con en numeral 408, el hecho de destruir una cosa o de disponer de ella su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial.

En este mismo orden de ideas, el ordenamiento jurídico que nos ocupa disponía también que el hecho de apropiarse o distraer de su objeto un funcionario público, los caudales o cualquiera otra cosa que tenga a su cargo, no se debía castigar como abuso de confianza, sino como un verdadero peculado; así mismo, la simple retención de la cosa recibida por alguno de los contratos de que habla el artículo 407, cuando la retención no se hubiere hecho con el fin de apropiarse de la cosa o de disponer de ella como dueño, pues en este caso sólo caso se tendrá la acción civil que nazca de la falta del cumplimiento del contrato; tampoco era castigado como Abuso de Confianza, el hecho de disponer de buena fe, de una cantidad de dinero en numerario, o en valores al portador, que haya recibido en confianza, si le hubiere hecho en los casos en que el derecho civil lo permitiera y pagara cuando se le reclamara o acreditara plenamente que fuere insolvente por acontecimientos imprevistos, posteriores al hecho de que se tratara.

Esta ley estableció otro caso semejante al robo sin violencia y sancionado con la pena de éste, en el caso de que un conductor de efectos cometa el abuso de confianza, adulterándolos fraudulentamente o mezclándoles

otras sustancia; se le impondrá la pena que correspondería a un robo sin violencia, atendiendo el perjuicio causado al dueño de los efectos, si las sustancias empleadas en la adulteración o mezcla no fueren dañosas, cuando lo sean, se tendrá esta circunstancia como agravante de cuarta clase; a no ser que la adulteración cause la muerte o alguna enfermedad a una o más personas, sin voluntad del delincuente. En este último caso se consideraba aplicable la sanción correspondiente al homicidio simple.

1.1.7.3.- Código Penal de 1929.

En la legislación de 1929, se definía al abuso de confianza, en el capítulo IV, del Título Vigésimo Cuarto "De los Delitos contra la Propiedad", en su Libro Segundo.

En este Código de conformidad con sus numerales 406 y 1146, el delito patrimonial de abuso de confianza al igual que su ordenamiento jurídico predecesor, fue considerado como circunstancia agravante del delito de robo y como delito especial cuando el agente con perjuicio de un tercero disponía para sí o para otro, en todo o en parte, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco, o en papel moneda, de un documento que importara obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya trasferido la tenencia y no el dominio, se le aplicara la sanción que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente se le impondría si hubiere cometido en dichos casos un robo sin violencia .

El ordenamiento de 1929 suprimió la expresión "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro"; así mismo, se empezó a conceptuar el abuso de confianza como actualmente lo concebimos, al mencionar: "que se le haya transferido la tenencia y no el dominio"; sin divagar como el código anterior de 1871, concretando la necesidad de que el autor tuviera la tenencia, elemento básico del delito en investigación.

También queda claro en el Código de 1929, lo relativo a la hipótesis del abuso originado en la conducta del depositario judicial que dispusiera o destruyera la cosa. Por último, suprime la errónea indicación de equiparar al delito de abuso de confianza, con las disposiciones relativas al robo.

1.1.7.4.- Código Penal de 1931.

El Código Penal de 1931 fue el ordenamiento jurídico que en su Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, ratifica el carácter autónomo del delito de abuso de confianza, así mismo estableció en principio el texto de su numeral 382, una sanción de prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de tercero, dispusiera para sí o para otro, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco, o de papel moneda, de un documento que importara la obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, o que tuviera la obligación de entregar o defender.

Sobre el particular, González de la Vega nos dice: “Los códigos de 1929 y 1931, con ligeras variantes aceptaron la reforma propuesta en los trabajos de revisión. El texto original de 1931, que fue posteriormente reformado decía: se aplicara prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de un tercero disponga para si o para otro de una cantidad de dinero en numerario, billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio (artículo.382 derogado).”¹⁷

Dicho artículo 382 fue reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945 (Diario Oficial del 8 de marzo de 1946), que a su vez nuevamente

¹⁷ Ídem, pág. 23.

reformado por decreto de 29 de diciembre de 1950 (Diario Oficial de 15 de enero de 1951); por decreto del 29 de diciembre de 1975 (Diario Oficial de 30 de diciembre de 1975) se intervino nuevamente en dicho precepto aumentándose el monto del abuso como el de la multa, posteriormente, fue reformado por decreto de 26 de diciembre de 1981 publicado en el Diario Oficial el 29 del mismo mes y del mismo año, por las mismas consideraciones ya señaladas, la redacción última del mencionado código sustantivo penal, típico al delito de abuso de confianza de la siguiente manera:

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

“Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil veces el salario, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario, si el monto es mayor de dos mil veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veces el salario.”

Así mismo en sus artículos: 383, 384, 385, estableció algunos supuestos del delito de abuso de confianza específico o impropio y equiparado que a la letra establecieron lo siguiente:

“Artículo 383.- Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena.”

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

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

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

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

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

“En el caso de las conductas delictivas consideradas como abuso de confianza, este código aumentaba una más de las previstas en lo ordenamientos anteriores; el hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponde la propiedad.”

Este ordenamiento penal, definió de manera correcta desde nuestro punto de vista al delito patrimonial de abuso de confianza al considerarlo como el disponer para si o para otro de cualquier cosa ajena mueble de la que se ha transmitido la tenencia más no el dominio, en perjuicio de alguien, dejando atrás

ambigüedades de los anteriores códigos, estableciendo además del abuso de confianza genérico, dos tipos de abuso de confianza equiparado, uno contemplado en el numeral 383, que se refería a supuestos que un sujeto con el carácter necesario de depositario podía cometer y el segundo establecido en el numeral 384, que se consumaba en el momento en que un poseedor pese a ser requerido por particular legitimado o por la propia autoridad, no devolvía la cosa, destacando que este numeral no especifica si la referida cosa debía o no ser mueble.

López Betancourt, refiere sobre el tema lo que a continuación se indica: “No se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida, cuando no se haga con el fin de apropiársela, o disponer de ella como dueño (Artículo. 384). Esta disposición cambió en nuestro código actual, a virtud de que en este artículo considera 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 formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley.”¹⁸

Por último, resulta conveniente mencionar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 399 bis del código penal en estudio, ahora derogado, el delito patrimonial de abuso de confianza, tenía como requisito de procedibilidad la querrela, lo que se considera de importancia resaltar, en virtud de que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contempla la persecución oficiosa del abuso de confianza cuando el objeto material del mismo exceda de las cinco mil veces el salario mínimo o cuando sea cometido en perjuicio de dos o más personas, aspecto que será objeto de estudio en el capítulo IV de la presente investigación, concluyendo con lo anterior los antecedentes del delito patrimonial que nos ocupa.

¹⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 288.

1.2.- Reseña histórica de la Reparación del Daño en el Derecho Penal Mexicano.

En el presente apartado, referiremos los antecedentes de la reparación del daño dentro de nuestra legislación penal, por considerarlo de importancia, en virtud de que el tema central de la presente investigación se encuentra vinculado con en el subtema de mérito, al sostener como se verá en el capítulo IV que la persecución oficiosa en el Distrito Federal del delito de abuso de confianza incide al incumplimiento de la reparación del daño.

1.2.1. Código Penal de 1871.

En la capital de nuestro país, en el año de 1862, se designó una comisión para la redacción de un proyecto del Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa, resaltado del mismo modo que durante el imperio de Maximiliano, el referido emperador mandó poner en vigor el Código Francés.

El presidente Don Benito Juárez, en 1867, llevo a la entonces Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, al Lic. Antonio Martínez de Castro, a quien le tocó presidir la comisión encargada de formular el Código Penal, inspirado en las doctrinas de la Escuela Clásica, fue así que en el año de 1868, dicha comisión quedó integrada por los Licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. De Mamacona y el propio Martínez de Castro, quienes trabajaron, teniendo como modelo de inspiración el Código Español de 1870, el cual a su vez tuvo como referencia la escuela clásica con matices de correccionalismo.

El Código Penal de 1871, constó de 1152 artículos y 28 transitorios, contuvo un título preliminar de tres artículos; y constó de cuatro libros; el libro primero se denominó: "De los Delitos, de las Faltas, de los Delincuentes y Penas

en General", conteniendo siete títulos; el Libro segundo se llamó "Responsabilidad Civil en Materia Criminal" y contuvo seis capítulos que fueron: 1) extensión y requisitos de la responsabilidad civil, 2) computación de la responsabilidad civil, 3) personas civilmente responsables, 4) división de la responsabilidad civil entre los responsables, 5) modo de hacer efectiva la responsabilidad civil, 6) extensión de la responsabilidad civil, y de las acciones para demandarla; el libro tercero se denominó: "De los Delitos en Particular" y abarcó quince títulos y por último el libro cuarto denominado "De las Faltas" y comprendió cinco capítulos.

Este Código en algunos aspectos abarcó las medidas preventivas y correccionales de la libertad preparatoria y retención, tuvo influencia de la legislación francesa y española, le dió a la acción para exigir la reparación del daño el carácter de privada patrimonial, encaminada a asegurar en lo posible la integridad de los intereses económicos afectados por el delito de manera renunciable y sujeta a convenios o transacciones. Se consideró que nadie mejor que el ofendido o sus representantes sabrían exigir la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, y así obtener la restitución del bien dañado; es por ello que se le entregó la acción de reparación del daño al particular ofendido, como cualquier otra acción civil, la que podía ser renunciable transigible y compensable, de lo que al respecto hablaron los artículos 313 y 367 del código penal en cita, por lo que el delito quedaba reconocido como fuente de derechos y obligaciones civiles.

La reparación del daño en ese entonces, se caracterizó por ser una acción privada ejercitada patrimonialmente por el ofendido, renunciable y sujeta a convenios, quien podía erigirse en parte civil y ejercitar su acción privada llevando así todo el peso relativo a su condición de parte en el proceso penal.

Por lo que hace a la determinación de la reparación del daño se tuvo en cuenta: primero.- la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa de la pena

en relación con el delito y daño causado y segundo - la predeterminación de la pena, es decir, se castigaban los delitos con mayor o menor severidad, según el grado de sobresalto que producían, y el efecto estaba en relación con el daño causado; por lo que el daño fue una de las bases de la penalidad.

El sujeto activo, sólo era condenado a la reparación del daño a petición del ofendido o sus herederos, quienes tenían en su manos la acción reparadora, constituyéndose en parte civil ejercitando su acción privada, llevando todo el peso relativo en su calidad de parte dentro del proceso.

Este sistema fracasó, debido a que los particulares no ejercitaban su acción, en la gran mayoría de los casos por apatía, ignorancia o por un mal entendido y en algunos casos porque los juzgados funcionaban como si no existiera el ofendido del delito, originando como consecuencia que su sufrimiento fuera doble, puesto que estos últimos como contribuyente tenían que pagar los gastos ocasionados por el proceso, a parte del daño, además de tomar en cuenta que la mayoría de los ofendidos eran personas con bajo nivel económico y cultural, aunado a lo anterior, también se contó con el obstáculo de la insolvencia del delincuente, con la obligación del mismo de satisfacer las necesidades de su familia como prioridad al derecho de la reparadora del daño.

1.2.2.- Código de Procedimientos Penales de 1894.

El presidente de la República Porfirio Díaz, a través del Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública, Lic. Don Joaquín Baranda, promulgó, el seis de julio de 1894, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, que comenzó a regir el 15 de septiembre de ese mismo año. La elaboración de éste código se encomendó a la comisión integrada por el Lic. Rafael Rebollar, entre otros quienes trataron de enmendar la duplicación adjetiva que existía, en la aplicación simultánea del Código de Procedimientos Penales de 1880 y la Ley de Jurados

de 1881; en consecuencia su principal finalidad fue compilar en una sola legislación, las ordenamientos jurídicos referidos.

El plan general del ordenamiento jurídico tuvo como finalidad hacer una división en libros, títulos y capítulos, a los que les dieron un orden y agrupación, reuniendo disposiciones que como ya se dijo se encontraban dispersas y la mayoría de las modificaciones que se le hicieron al Código Procedimientos Penales de 1880, solamente implicaron cambios de redacción o adición sin establecer un verdadero cambio de fondo.

Entre lo más sobresaliente de este Código de Procedimientos Penales, fue el de tratar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que esta última estuviera en un mismo plano frente al Ministerio Público, ya que en el Código de Procedimientos Penales de 1881, se permitía al defensor modificar libremente sus conclusiones, mientras que a la Representación Social, se encontraba obligada a presentarlas al después de concluida la instrucción, sólo por causas supervenientes las podía hacer después de esta etapa; por lo que hace a la víctima del delito, declaró sus derechos de índole civil; otras de las aportaciones importantes fue la de reglamentar a la policía judicial, a quien marcó sus atribuciones en otro capítulo, regulando las acciones y excepciones de estos.

Las funciones del Ministerio Público únicamente se encaminaron a la persecución de los delitos y a los actos de acusación en contra de los criminales, por lo que introdujo un nuevo principio procesal que fue la inmediatez al proceso, también se reconoció al arbitrio judicial, durante la secuela del procedimiento en la que dispuso que el juez gozará de la acción más amplia para los medios de investigación conducentes para la acreditación de los elementos del tipo; en materia de libertad provisional limitó este arbitrio a cinco años, para impugnar las resoluciones judiciales, se incluyeron modificaciones al sistema anterior, otorgándose mayores derechos, tanto al causado como al defensor, para que se utilizaran los recursos establecidos por la ley, así mismo en cuanto a

la reparación del daño no se presentó avance alguno.

1.2.3.- Legislación Penal Mexicana de 1929.

En el presente punto, a través, se entrará al estudio de los antecedentes de la reparación del daño en nuestra legislación sustantiva y adjetiva del año de 1929, cabe mencionar a manera de antecedente que en el año de 1903, el entonces presidente Porfirio Díaz designó una comisión presidida por el Lic. Miguel S. Maced, para llevar a cabo una revisión de la Legislación Penal; revisiones terminadas en el año de 1912, dando como resultado que el proyecto de reforma no se pudiera plasmar en virtud de que el país se encontraba en plena revolución.

1.2.3.1.- Código Penal de 1929.

Durante el periodo del Maximato, siendo Presidente de la República Emilio Portes Gil designó a finales del año de 1925, por conducto del Secretario de Gobernación, una comisión para redactar un Código para el Distrito Federal y Territorios Federales, integrada por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedruza y Castañeda; este último fue substituido por el Lic. José Almaráz, en el año de 1926. A este Código también se le llamó Código de Almaráz, que rigió hasta el 16 de septiembre de 1931.

Este Código Penal, contuvo mil doscientos veintiocho artículos y cinco transitorios, dividido en un título preliminar y tres libros que fueron los siguientes: Libro Primero denominado "Principios generales, reglas sobre la responsabilidad y sanciones" y contuvo seis títulos; Libro Segundo que se denominó de la "Reparación del daño", integrado por siete capítulos que respectivamente tratan de: 1) la extensión de la reparación del daño; 2) de las personas obligadas a la reparación del daño; 3) requisitos para la reparación del daño; 4) de la computación del daño causado; 5) de la división de la reparación

del daño; 6) del modo de hacer efectiva la reparación del daño; 7) de la extensión de la reparación del daño, por medio de la obligación y de las acciones para demandarla, agregando una tabla de indemnizaciones en su artículo 300; el Libro Tercero llamado de los tipos legales de los delitos, teniendo 21 capítulos. Este Código se fundó en la escuela positiva, lo que se ocasionó que no se realizaran íntegramente sus postulados, haciéndolo de difícil aplicación por dos situaciones que fueron obstáculos de orden constitucional y errores de carácter técnico.

Ejemplo de lo mencionado fue su tabla de indemnización, que tenía sus antecedentes en el Fuero Juzgo y la Ley de las XII Tablas, resultando una exageración ya que el procedimiento para hacer efectiva la reparación del daño fue prácticamente inadecuado e irrealizable por su rezago jurídico en relación con las necesidades de aquellos entonces, lo mismo acontecía con la individualización de la pena pecuniaria ya que se tomaba como base para la fijación de la misma, la situación económica del delincuente, de acuerdo a las circunstancias del individuo tanto personales como familiares, así mismo, en cuanto a la reparación del daño, rompió con el viejo sistema del Código Penal de 1871, toda vez que los autores de éste código, pensaron que la intervención del Ministerio Público, para exigir la reparación del daño causado por el delito sería más eficaz que la acción privada encomendada a los ofendidos; aclarando que dicha reparación del daño formaba parte de la sanción, proveniente del delito, al respecto el numeral 319 de este del ordenamiento jurídico, impuso al Ministerio Público la obligación de exigir de oficio la reparación del daño en beneficio del ofendido y a su vez incongruentemente a esta disposición el artículo 320 de ese mismo ordenamiento dió acción principal a los herederos del ofendido y a este mismo para exigir dicha reparación, cesando la obligación del Ministerio Público, innovación que rompía con el sistema de responsabilidad ya que venía a quedar en manos de los particulares el ejercicio de la acción pública, quitando así la responsabilidad civil a instancia de parte legítima su carácter patrimonial privado para dárselo público y por lo mismo irrenunciable, para así convertirse el Estado de manera directa en protector de las víctimas de la delincuencia, además de

contar con el disfrute de manera subsidiaria de la indemnización, estableciendo la nulidad de convenios, transacciones o sección del monto, a pesar de saber de que el sistema tendría el inconveniente de la insolvencia real o simulada del delincuente.

Se declaró que la reparación del daño formaba parte de la sanción, dándole así el carácter de pena pública, exigible de oficio por el Ministerio Público al que se le concentró la acción penal y civil, para ejercitar los interés de los ofendidos; sin embargo a pesar de ésta disposición, los herederos del ofendido o este mismo, podían por si o por apoderado ejercer las acciones correspondientes cesando así la obligación del Ministerio Público, pero no su intervención conforme a lo dispuesto en su numeral 319, siendo coautores de la representación social, por lo que la acción para exigir la reparación del daño, se conoció como acción mixta.

El Procedimiento para exigir la reparación del daño, se tramitaba en forma incidental, inmediatamente dictado el auto de formal prisión, debía ser presentado el escrito que daba inicio al correspondiente incidente, se daba vista al procesado y a su defensor para que en el término de 72 horas o si alguna de las partes lo solicitaba, el órgano jurisdiccional ampliaba el término a 15 días para el ofrecimiento de pruebas, citando a las partes para el desahogo de las mismas y una vez desahogadas, en ese mismo día se dictaba sentencia.

Entre otras cosas que se le puedan atribuir a este código, es la de haberle dado a la figura de reparación el carácter de pena pública cuando era impuesta y exigible al delincuente y el de responsabilidad civil, por proceder contra terceras personas relacionadas con éste, considerando responsables civiles del delito a los maestros y directores de escuelas y talleres que tuvieran en sus establecimientos discípulos o aprendices menores de 17 años; fue entonces cuando en nuestro país se comenzó a tratar la reparación del daño en forma afectiva, estableciéndose normas tendientes a reglamentar y precisar el

resarcimiento de los daños causados por el delito, pero de una manera deficiente para los efectos de su ejecución ya que la tabla de indemnización que estableció y el procedimiento para la obtención efectiva de la reparación, obstaculizaba la ejecución y liquidación de la pena impuesta, con lo anterior se concluye el punto en análisis y al no existir más que agregar, nos permitimos pasar al siguiente punto.

1.2.3.2.- Código de Procedimientos Penales de 1929.

En el año de 1929, el Presidente de la República Emilio Portes Gil, integró una comisión integrada por los Lic. Felipe Canales, José Almaraz, Luis Chico Goerne, y Guadalupe Mainero, cuya finalidad principal fue la de reformar la legislación penal adjetiva existente. En fecha 15 de diciembre de ese mismo año, se expidió el Código de Organización Competencia y Procedimiento en Materia Penal para el Distrito Federal y los Territorios.

Entre otros aspectos, se refirió a la víctima del delito ya que indicaba que la reparación del daño era parte de la sanción del hecho ilícito que tendría que ser exigida oficiosamente por el Ministerio Público, en consecuencia, no se trataba de una acción civil, sino más bien de una acción penal. Se estableció con el Código Penal de 1929 y con la ley adjetiva del mismo año en estudio, una inoperancia en el cumplimiento de la reparación del daño, debido a la tabla de indemnización que se encontraba en desacorde con las necesidades de aquellos tiempos, ocasionando que fuera sustituido rápidamente.

1.2.4.- Legislación Penal Mexicana de 1931.

En el presente punto, se entrará al estudio de la figura de la reparación del daño dentro de la legislación sustantiva y adjetiva penal mexicana de 1931.

1.2.4.1.- Código Penal de 1931.

Después de haber entrado en vigor el Código Penal de 1929, se vió que el mismo no reflejaba las ideas expuestas por el Lic. Chico Gorne en sus conferencias, presentando graves omisiones, contradicciones notorias e incluso revistió al Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social de un cúmulo de prerrogativas que los recursos económicos del entonces Departamento del Distrito Federal, los Procuradores Generales de Justicia de los Territorios Federales y de las Cortes Penales de cada Estado de la República, impedían llevar a cabo en la práctica. Entre las personas que integraron esa comisión se encontraron los Licenciados José Ángel Ceniceros, José López Lira, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ernesto G. Garza, quienes invitaron a grupos de especialistas y particulares a participar con ellos en dicha comisión.

La comisión tomó como base no integrarse a ninguna doctrina científica determinada y orientaron su trabajo a los siguiente postulados:

“1.- No hay delitos, sino únicamente delincuentes, no hay delitos, sino hombres.”

“2.- Ninguna existe escuela, doctrina, ni sistema penal alguno que puede servir para fundar integralmente a la construcción de un código penal, sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática.”

“3.- El delito es un hecho contingente; sólo existe la responsabilidad social, sus causas son múltiples, es una energía negativa resultante de fuerzas anti - sociales.”

“4.- La pena es una necesidad de defensa y prevención social, es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la

intimidación, la ejemplaridad, la expiación en áreas del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza, pero fundamentalmente por la necesidad de conservación del orden social.”

“5.- El ejercicio de la acción penal es un servicio público de orden y seguridad.”

“6.- La escuela positiva tiene valor científico como crítica y como método. No hay tipo criminal, la curación es un concepto teórico. La terribilidad o peligrosidad sólo puede servir como factores para determinar el monto de la sanción penal juntamente con el daño causado.”

“7.- El medio de remediar el fracaso de la escuela clásica, no la proporciona la escuela positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos, debe buscarse la solución principalmente por ampliación del árbitro judicial, más de los límites constitucionales, simplificación de las sanciones, efectividad de la reparación del daño, organizar el trabajo de los presos, establecer un sistema de responsabilidad fácilmente exigible del arbitrio judicial, dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y ejecutiva, completar la función de las sanciones por medio de la readaptación social a la vida social, de los infractores. (a casos de libertad preparatoria condicional, reducción profesional, etc.”¹⁹

Las anteriores bases se conceptuaron por los Licenciados Ceniceros Teja, Ángeles y Garrido, como suficientes para normar el trabajo de la comisión, pero el Licenciado Chico Goerne manifestó que era preciso señalar la posición de los comisionados con relación a los tres puntos cardinales del derecho penal concepto filosófico del delito, del delincuente y de la pena.

¹⁹ PORTE PETIT, Candaudap Celestino, “Evolución Legislativa Penal en México. Parte General”, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, pág. 40.

Siendo entonces el propósito fundamental de la revisión, el proponer las reformas necesarias, para que las leyes penales sirvieran a las necesidades y a los recursos efectivos disponibles, rectificando los errores o diferencias que existían en los códigos vigentes, causados por el paso de la antigua legislación a la presente, adoptar los progresos y enseñanzas de la ciencia moderna del derecho penal, en forma práctica y realizable.

Fue así que el 2 de enero de 1931, se expidió el Código de 1931, que entró en vigor el 13 de agosto del mismo año y el 14 de ese mes y año, el cual contenía 400 artículos y 3 transitorios; publicado en Diario Oficial de la Federación.

Entre otros muchos aspectos algunos ya mencionados el legislador pensó en la amplitud de las consecuencias que podrían ocasionar los actos que produjeran un delito sin importar su naturaleza, ya que podría ocasionar un daño moral o patrimonial.

Asimismo se estableció el monto de los daños ocasionados en relación con las pruebas aportadas al proceso respectivo, además se hizo mención de los casos en los que se encontraban personas diferentes al delincuente para reparar los daños ocasionados por el delito cometido por aquél; se mencionó la salvedad que para esos casos la reparación del daño no venía hacer una pena pública sino venía hacer una consecuencia de la relación existente entre los antes señalados y el delincuente, relación que puede ser por parentesco, por estar bajo su cuidado, en función de su trabajo, como los miembros de una agrupación o sociedad, funcionarios y empleados del Estado. Entre otros casos como lo estableció la fracción II del artículo 30 del Código Penal en estudio, la reparación del daño no sólo abarcó la reparación patrimonial, sino también la indemnización en los casos de un daño moral, ya sea el propio ofendido o los familiares de éste, lo que viene a transformarse en una forma económica de reparar dichos daños, lo que se podría constatar en los

primeros artículos del Título Segundo capítulo quinto del código de referencia y que se trataba de una sanción pecuniaria.

Se le dió tanta importancia a la figura del resarcimiento a favor de la víctima, de los daños ocasionados por el delito, que el código en comento cambió el sistema establecido por el Código Penal de 1929, fue así como en su artículo 29 de ese mismo, le dió el carácter de pena pública a la reparación del daño, cuando esta fuera impuesta y exigible al delincuente y el carácter de responsabilidad civil cuando ésta debiera ser exigida a terceros, debiendo tramitarse en este supuesto en forma incidente dentro del proceso penal, por ejemplo en artículos subsecuentes del código en cita, se señaló que la reparación del daño en los delitos sexuales, como en el caso de estupro, se podía condenar al reo al pago de una pensión alimenticia, mientras la mujer guardará buena conducta y no contrajera nupcias.

El artículo 34 del citado código establecía que la reparación del daño, proveniente del delito se exigiría de oficio por conducto del Ministerio Público, fijando los alcances de la reparación del daño, es decir, la restitución de la cosa obtenida por el delito, el pago del precio de la misma, la indemnización del pago material o moral causado al ofendido, alcanzando en ocasiones a los familiares de éste.

Como se ha visto el ofendido tenía derecho a la reparación del daño, pero no tenía la acción para hacer efectivo ese derecho; ya que como lo establecía el artículo 9° del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales de 1931, la persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor, todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado a justificar la reparación del daño; lo que significó que el ofendido sólo pudiera tener una intervención directa en el proceso a través del Ministerio Público, en todo caso; lo que trajo como consecuencia que la representación social tuviera potestad para aceptar o no los

elementos aportados por el ofendido, además de que en la práctica en un inicio se dieron varios casos en los que se le negaban los informes, se le escondían los expedientes, todo por ser parte, resultando ser sólo un espectador y algo más que un impertinente para los funcionarios.

Una de las interpretaciones que se le dió al artículo 29 del código en comento, fue la de inconstitucionalidad del mismo, al considerar como pena pública a la reparación del daño, argumentándose que se priva de su derecho al ofendido para demandar y perseguir la acción de reparación; en virtud de que el artículo 22 Constitucional expresamente prohibía las penas trascendentales; y por otra parte el artículo 91 del mencionado ordenamiento, establecía que la muerte del delincuente extinguía la acción penal, así como las sanciones que le hubieran impuesto a excepción de la reparación del daño; por lo que se estableció que si el artículo mencionado primeramente le había dado a la reparación del daño el carácter de pena, en consecuencia era lógico que se aplicará como tal con toda su extensión y sus consecuencias; y si una vez muerto el delincuente podía hacerse efectiva la reparación del daño en terceras personas, se estaba ante una pena trascendental. Al respecto se dieron tres hipótesis en los casos de fallecimiento del delincuente:

1.- Se dió el supuesto de que el delincuente fallecía antes de que se iniciara la acción persecutoria por el Ministerio Público investigador, lo que impedía que la reparación del daño pasara a los herederos de aquél. En virtud de que nunca se entabló una acción penal principal en contra del delincuente, por lo mismo no se podría dar lo accesorio.

2.- El segundo supuesto fue, cuando el delincuente fallecía durante el proceso, con lo cual no se llegaba a la acción principal, para establecer la acción reparadora del daño, toda vez que era hasta la sentencia donde se resolvía lo principal y lo accesorio, por lo que al no haberse resuelto lo principal no había posibilidad de hacer valer el incidente de reparación del daño.

3.- El tercer supuesto se refirió al caso en que falleciera el sujeto activo una vez ya había sido sentenciado, como se puede observar en esta caso el Juez ya había impuesto la sanción pecuniaria, había determinado la cuantía de la deuda y lo único que faltaba era hacerla efectiva; por lo que la pena de reparación del daño no iba en contra de la persona del sentenciado, sino en contra de su patrimonio, en tal virtud tal reparación se podría hacer efectiva en el caudal hereditario, sin que afecte a la persona o personas a quienes la herencia pase; tal y como lo establecía el Código Civil, el cual mencionaba que siempre que se cause un daño ilícitamente a un particular, nacería a favor de éste un derecho que tenía por objeto la reparación del daño, concediéndole en esos casos la acción privada para hacerla efectiva. Lo que protegía en su patrimonio y en ciertos derechos primordiales como la alimentación de los herederos del sentenciado, ya que como lo estipulaba el artículo 14 Constitucional ninguna persona se le podía privar de un derecho sin haber sido oída y vencida en juicio. Lo que ponía de manifiesto que no había ninguna inconstitucionalidad por otra parte de los jueces al establecer la pena de reparación del daño en terceras personas, cuando el sentenciado falleciera antes de hacerse efectiva dicha acción de reparación del daño; ya que son dos cosas muy distintas establecer la acción de reparación del daño y otra hacer efectiva tal reparación del daño y esto último de acuerdo a lo establecido por la ley.

Tales interpretaciones los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, consideraron que no se estaba ante una inconstitucionalidad, puesto que aún cuando al particular se le privaba en un principio de su acción reparadora, le quedará la vía civil para hacerla efectiva.

El legislador ante el mandato insuperable de la constitución dividió la esencia misma de la reparación del daño; y declaró que cuando la reparación del daño se exigía a terceros, tiene el carácter de responsabilidad civil, ya que como se mencionó constitucionalmente no se podía tomando en cuenta que el carácter que tiene la sanción fuera de pena pública y por ello no era posible

exigirla a terceros, sin previo juicio en su contra, por lo que sólo venía a formar parte de una vía establecida por el propio legislador al salvaguardar también los derechos del ofendido o víctima; ya que tal situación era posible a elección del ofendido para llevar a cabo dicho derecho o no, situación que regularmente no se dió por parte de la víctima u ofendido del ilícito, por falta de recursos económicos, apatía y todas las experiencias que un mal proceso le hubiera dejado como consecuencia de la vía penal, entre otros motivos.

En esta misma temática, el último texto del Código Penal de 1931 vigente hasta el 15 de julio del 2002, establecía en sus numerales 29 al 39 y 113 las disposiciones relativas a la reparación del daño, que para una mejor explicación del tema, a continuación se transcriben:

“Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.”

“Artículo 30.- La reparación del daño comprende:”

“I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;”

“II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y”

“III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.”

“Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte

aplicándose las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.”

“30 Bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:”

“a) La víctima o el ofendido y”

“b) En caso de fallecimiento de la víctima las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento o sus derechohabientes.”

“Artículo 31.- La reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.”

“Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos culposos, el ejecutivo local reglamentará; sin perjuicio de la resolución que de dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.”

“Artículo 31 Bis.- En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar en todo caso, la condena en lo relativo en la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.”

“El incumplimiento de esta resolución, será sancionada con multa de 30 a 50 días multa.”

“Artículo 32.- Están obligadas a reparar el daño en términos del artículo 29:”

“I.- Los ascendente, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;”

“II. Los tutores y custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;”

“III.- Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos;”

“IV.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obrero, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;”

“V.- Las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los términos en que conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.”

“Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues en todo caso cada cónyuge responderá con sus bienes propios para la reparación del daño que cause; y”

“VI.- El Estado, solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos.”

“Artículo 33.- La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito a excepción a las referentes a alimentos y relaciones laborables.”

“Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio público, la víctima, el ofendido, sus dependientes económicos podrán aportar al Ministerio Público o al Juez en su caso, datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación; en términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.”

“En toda sentencia condenatoria el juez deberá resolver sobre la reparación del daño ya sea absolviendo o condenando a pagar la cantidad y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior.”

“El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.”

“Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en términos que fije el Código de procedimientos penales.”

“Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no pueda obtener ante el juez en virtud del no ejercicio de la acción por parte del Ministerio público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.”

“Artículo 35.- El importe de la sanción pecuniaria, se distribuirá: entre el estado y la parte ofendida; al primero se le aplicará el importe de la multa y al segundo el de la reparación.”

“Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción

pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño y en su caso prorrata entre los ofendidos.”

“Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de esta se aplicará al Estado.”

“Los depósitos que garanticen la reparación caucional se aplicaran como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.”

“Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve su importe a disposición del tribunal para que se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo.”

“Artículo 36.- Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considera como mancomunada y solidaria.”

“Artículo 37.- La reparación del daño se mandará hacer efectiva de la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia se imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y esta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia iniciará el procedimiento económico - coactivo, notificando de ello en cuyo favor se haya decretado o a su representante legal.”

“Artículo 38.- Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la

prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.”

“Artículo 39.- El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del daño, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.”

“La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de esta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

“Artículo 113.- Salvo que la ley disponga otra cosa; la pena privativa de libertad prescribirá en un término igual a al condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberán durar y una cuarta parte más sin que pueda ser inferior a dos años, las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contado a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.”

En síntesis, podemos decir que el Código Penal para el Distrito Federal, de 1931, ratificó el carácter de pena pública a la reparación que comprendía no sólo el daño moral, sino también el material, cuando era impuesta al delincuente y el de responsabilidad civil cuando era exigida a terceros, la reparación del daño era como en la actualidad exigida oficiosamente por el Ministerio Público y el Juez con base en las probanzas existentes en autos, debía absolver o condenar al sujeto, prescribiendo la referida pena en dos años.

1.2.4.2.- Código de Procedimientos Penales de 1931.

La comisión redactora del Código Penal de 1931, quedó integrada por los Licenciados José Ángel Ceniceros, la Secretaría de Gobernación, José López Lira, la Procuraduría General de la República, Alfonso Teja Zabre, el titular

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales, así como la Procuraduría de Justicia de la propia jurisdicción, Luis Garrido, y finalmente por los jueces penales Ernesto G. Garza.

En un inicio, en el texto originario de este código se estableció la facultad para que los ofendidos o sus herederos ejercitaran la acción para exigir la reparación del daño, en consecuencia la función del Ministerio Público pasaba a segundo término, por lo que dicha situación creó un sistema obsoleto, debido a la falta de congruencia con la legislación sustantiva, que trajo aparejada su inoperancia, dio lugar a que fuera reformado el 27 de agosto de 1931 y 23 de agosto de 1934.

Como producto de las reformas referidas, la reparación del daño proveniente del delito, adquirió el carácter de pena pública al ser impuesta al delincuente y cuando la reparación correspondía de a un tercero se le dió el carácter de responsabilidad civil, concordando para entonces con la legislación sustantiva obligando al Ministerio Público a exigirla en sus conclusiones acusatorias, es decir, constituía un aspecto de la pretensión punitiva; este tratamiento legal constituyó una innovación en dicho cuerpo legal.

Al haber tratado como pena pública la reparación del daño a cargo del autor del hecho delictuoso, el legislador de 1931 atendió a los fines de la defensa social ya que el interés de la colectividad reclamaba incorporar en la sanción la pena de reparación y proteger a los ofendidos, tanto en el aspecto de establecer una vía más fácil, es decir una tramitación del proceso más sencilla en sus fases cognoscitivas y de juicio, como el de encargar al órgano persecutor que en el ejercicio de la acción penal incluyera la petición correspondiente, en virtud de que el fin de defensa social reclamaba una satisfacción integral y que no quedará sujeta a la posible diligencia de la víctima, quien en muchas ocasiones carecía de capacidad cultural o económica para poder entablar un juicio.

Así mismo se buscó que el fin de prontitud expedición y eficiencia de la justicia, requería de simplicidad, seguridad y celeridad en el procedimiento; ya que el propio Estado instituyó el procedimiento penal como medio y garantía para así llegar a una sentencia justa, en la cual se fijaran las sanciones, protegiendo tanto el intereses social como el particular, atendiendo simultáneamente a fines de punición, de ejemplaridad y readaptación del delincuente; así como al fin de restituir las cosas a la situación que guardaban antes de producirse el delito; o en su defecto indemnizar por lo irreversible.

Se considera que lo anteriormente expresado, constituye los antecedentes en cuanto a la reparación del daño se refiere en la legislación adjetiva de 1931, puesto que dicho ordenamiento jurídico aún se encuentra vigente, por ello no se profundiza en el tema.

CAPITULO II
DEL DELITO DE ABUSO DE
CONFIANZA

CAPITULO II

DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.

En este capítulo, entraremos al estudio de los elementos objetivos, normativos y del dolo como elemento subjetivo del cuerpo del delito de abuso de confianza, así como de los objetos material y jurídico del mismo, sin pasar por alto los sujetos que en él intervienen, partiendo de la transcripción de diversas definiciones doctrinales, refiriendo la que nos aporta el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para así llegar a una propia, lo anterior con la finalidad de lograr un análisis adecuando y genérico del delito patrimonial en comento.

2.1.- Definición del delito de Abuso de Confianza.

Con el objeto de obtener un punto de partida adecuado en el presente apartado mencionaremos algunas definiciones realizadas por doctrinarios del delito patrimonial de abuso de confianza, efectuando una propia y plasmando la que nos proporciona el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por ello su subdivisión en definición doctrinal y legal.

2.1.1.- Definición Doctrinal.

Francisco Carrara definió al delito de abuso de confianza como “La apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio y para un abuso determinado.”²⁰

Explicando el autor de mérito que los elementos esenciales de tal delito son: 1) la transmisión de la posesión de una cosa del propietario al agente;

²⁰ CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo VI, Editorial Temis Bogota, Colombia, 1966, pág. 364.

- 2) que no se haya transmitido el dominio, 3) que la cosa transmitida sea mueble y
- 4) que el agente se apropie de la cosa que le fue transmitida.

La definición que realizó Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica del derecho penal, nos parece correcta al referir como elemento subjetivo de la conducta al dolo, estableciendo como presupuesto de hecho la transmisión de la posesión de la cosa y que ésta debe ser mueble, no obstante es limitativa, puesto que refiere que la conducta delictiva es la apropiación de la cosa transmitida, situación que no es la única manera de cometer el delito patrimonial de abuso de confianza, puesto que para ello basta la simple disposición de la referida cosa mueble, careciendo del dominio de la misma y en contravención al motivo o fin de su tenencia, del mismo modo es omisa en señalar el resultado de este delito denominada perjuicio.

Por su parte, Mariano Jiménez Huerta refiere que el delito de abuso de confianza consiste en “La antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de una cosa mueble ajena que obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada. Trasciende del anterior síntesis conceptual que la esencia del delito radica en la apropiación indebida del objeto material sobre el que recae la conducta típica y que el abuso de confianza no es otra cosa que una circunstancia que el agente aprovecha para realizar la aprobación. Y aunque de las consideraciones anteriores se evidencia que es más correcta la denominación de apropiación indebida que la de abuso de confianza es, para nosotros, imperativo el uso de esta última por ser empleada en el vigente código.”²¹

Esta definición desde nuestro punto de vista es correcta ya que estableció al igual que la realizada por Francisco Carrara, como presupuesto del

²¹ JIMENEZ HUERTA, Mariano, “Derecho Penal Mexicano Parte Especial”, Tomo IV, Editorial Libros de México, 2000, pág. 117.

delito el contar con la posesión de la cosa mueble, siendo también limitativa, puesto que se refiere a la apropiación de la misma y como se dijo con antelación, la apropiación de la cosa no es la única forma en que se materializa el delito en estudio, sino que basta con su simple disposición, careciendo del dominio, por otra parte al referir que la cosa objeto del delito es ajena ello no implica que el sujeto activo carezca del dominio, toda vez que puede darse el caso en que el sujeto cuente con el consentimiento del titular de la referida cosa mueble, para enajenarla o gravarla, tal es el caso del contrato de comisión mercantil, en el que el dueño del automóvil otorga la posesión derivada del automóvil para que el lote lo venda y obtenga con ello un ganancia, en este supuesto el dueño o encargado de dicho lote cuenta con una cosa ajena mueble (automóvil), sobre la cual su titular confirió el derecho de ejercer actos de dominio, siendo limitativa también, al establecer como parte de la definición la apropiación de la cosa depositada, puesto que el deposito no es la única modalidad de posesión derivada que un sujeto debe tener para cometer el delito de abuso de confianza, en virtud de que también lo puede cometer un arrendatario, predatario, etc., por otra parte carece de también del elemento perjuicio que como resultado de la comisión del delito que nos ocupa se debe ocasionar al ofendido.

Marco Antonio Díaz de León sostiene que el abuso de confianza es “El delito contra las personas en su patrimonio, que comete aquél que con perjuicio de alguien disponga para si o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transferido la tenencia y no el dominio. El delito se origina, pues, bajo el presupuesto de que quien indebidamente se apropia o dispone para si (o en beneficio de otro) de la cosa, previamente ha tenido ésta en términos de una posesión y no traslativa del dominio. El acto ilegal de adueñarse de la cosa, debe producir en perjuicio de índole patrimonial.”²²

²² DÍAZ DE LEÓN, Mariano, “Diccionario de Derecho Procesal Penal y Términos Usuales en el Derecho Penal”, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 30.

La definición que antecede a nuestro criterio, contiene todos los elementos que la legislación sustantiva penal vigente en el Distrito Federal establece para el caso del delito en cuestión, esto es, el disponer de una cosa ajena mueble para si o para otro, englobando con ello su apropiación o la simple disposición de la cosa que se tiene en posesión, más no en dominio, ocasionando con ello un perjuicio, lo que consideramos adecuado y suficientemente explicado.

González de la Vega, indica que el delito de abuso de confianza en derecho penal tiene dos significados "Como circunstancia genérica agravadora concurrente con cualquier delito y como delito típico especial que lleva ese nombre."²³

Con forme a su primera significación nos explica, la agravante del abuso de confianza consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito; en su significado restringido el abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares.

Respecto a esta última definición que considera al abuso de confianza como autónomo, lo cual es acertado por parte del referido autor, en virtud de que sólo hasta el Código Penal de 1871 el delito que nos ocupa fue concebido como una circunstancia agravante y como delito especial, siendo considerado desde el Código Penal de 1929 como un delito patrimonial autónomo y para un mayor abundamiento sobre tal autonomía, resulta conveniente transcribir algunas diferencias establecidas por el Poder Judicial de la Federación de nuestro delito en cuestión y los también delitos patrimoniales de administración fraudulenta, fraude y robo.

²³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit., pág. 227.

“ABUSO DE CONFIANZA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.”

SUS DIFERENCIAS”. Aún cuando ambos son delitos patrimoniales previstos, respectivamente, por los artículos 382 y 388 del Código Penal para el Distrito Federal, difieren en que en el primero el activo puede ser cualquier persona, física y la disposición indebida que realiza recae en una cosa ajena mueble y determinada, de la que previamente se le transmite sólo la tenencia más no el dominio; y en el segundo, el agente únicamente lo es el administrador o cuidador de los bienes muebles y/o inmuebles ajenos, además de determinados o un conjunto de ellos, corpóreos o incorpóreos, mismos que pudieron o no estar antes en posesión material del sujeto pasivo y de los que el activo tiene completo manejo. En el abuso de confianza la condicionante consiste en la previa rendición de cuentas por el infractor, en cambio, en la administración fraudulenta no lo es tal, sino la demostración plena de un provecho injusto, obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que el administrador hace de sus facultades o posición, tanto que en el mismo instante en que esto acontece, el delito queda consumado. (Octava época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 80, Agosto de 1994. Tesis I.2. P.J/ 56. Página: 31.)

De tal guisa se desprende que el delito de administración fraudulenta requiere de la calidad del sujeto activo de administrador, que éste realice la conducta con ánimo de lucro, que el objeto material del mismo puede ser un bien mueble o inmueble, pudiendo o no tener la tenencia del mismo, en cambio en el abuso de confianza, puede ser sujeto activo cualquier persona que cuente con la posesión derivada de un bien necesariamente mueble, sin que el ánimo de la conducta del sujeto sea el de obtener un lucro, sino que basta con el perjuicio ocasionado.

“ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE DIFERENCIA.” Mientras que el delito de abuso de confianza es esencial la acción de disponer o disipar

la cosa, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal que el abusario obre como si fuera su dueño, tratándose del delito de fraude se requiere de la concurrencia del engaño por parte del autor, esto es, cuando este realiza una actividad positivamente mentirosa que hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o se aprovecha del error en que ésta se encuentra, pues si bien en unos y otros ilícitos el autor alcanza un lucro indebido, que implica disminución patrimonial para el ofendido, de todas formas lo que es esencial, es que el abuso de confianza, la tenencia del objeto le ha sido confiada voluntariamente, sólo que viola la finalidad jurídica de la tenencia; en tanto que en el fraude el autor se hace de la cosa o valores, mediante el engaño o maquinaciones a que recurre para obtener su entrega" (Jurisprudencia firme. Tesis 5, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917 - 1995, página 5.)

Del criterio plasmado, se desprende que el engaño o maquinaciones, constituyen peculiaridades del delito de fraude que el sujeto activo debe realizar para la obtención de la cosa, mientras que en el abuso de confianza ésta es entregada voluntariamente al activo, así mismo y de manera respetuosa no compartimos el referido criterio en el sentido de que en ambos delitos se alcanza un lucro, puesto que tal elemento es propio y exclusivo del delito de fraude, ya que un sujeto puede disponer de una cosa de la que se le ha transmitido su tenencia o mejor dicho la posesión derivada de la misma en perjuicio de alguien, sin que para dicho sujeto activo, represente un lucro, tal puede ser el caso en que un sujeto dona al museo la escultura que le fue dada en comodato, en tal supuesto existe una conducta típica antijurídica denominada abuso de confianza, más no así un lucro alcanzado por el sujeto activo o un tercero,

"ROBO, DISTINCIÓN CON EL ABUSO DE CONFIANZA". El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo que permite diferenciarlo de los otros delitos contra las personas en su patrimonio; en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe

apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita como poseedor precario, radicando la infracción en la disposición indebida de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. (Sexta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, LV. Página: 63.)

Concordamos con el anterior criterio, en el sentido de que el apoderamiento del bien mueble constituye la distinción entre el delito de robo y abuso de confianza, puesto que para el primero de éstos delitos es necesario la materialización de tal apoderamiento, mientras que para nuestro delito en estudio, se requiere de la entrega de manera voluntaria de la referida cosa mueble, como presupuesto para su realización.

“ROBO Y ABUSO DE CONFIANZA”. Se debe distinguir entre el elemento característico del robo “apoderamiento” y la “disposición indebida” del abuso de confianza, que presupone indefectiblemente la tenencia. Sintetizando, en el robo, el agente activo va hacia la cosa; entretanto que, en el abuso de confianza, al contrario, la cosa va al infractor. (Quinta época. Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CIX. Página: 28816.)

En el referido criterio, se establece a la posesión derivada de la cosa como la diferencia existente entre el delito de abuso de confianza y el robo, refiriendo que en el primer supuesto la cosa llega al infractor, mientras que en el robo el agente es quien debe apoderarse de la misma, contraste que nosotros desde nuestro punto de vista adoptamos por considerarlo adecuado.

Continuando con la definición de nuestro delito patrimonial en estudio, se considera conveniente transcribir la definición de Rafael de Pina, quien lo concibe como el: “Acto delictivo mediante el cual un persona en perjuicio de alguien, dispone para si o para otra, de cualquier cosa ajena

mueble, de la que se ha transmitido la simple tenencia.”²⁴

Desde nuestro punto de vista el único elemento del que adolece la definición que antecede es el perjuicio, que como ya se a dicho en análisis anteriores constituye un rasgo propio del delito patrimonial de abuso de confianza dentro de nuestra legislación penal sustantiva.

Eduardo López Betancourt, considera al delito de Abuso de Confianza como: “La apropiación para sí o para otro de un bien mueble del que se tenga la posesión, más no el dominio, en perjuicio del legítimo usufructuario o propietario del propio bien.”²⁵

Esta definición del delito de abuso de confianza al igual que las aportadas por Francisco Carrara y Jiménez Huerta resulta ser limitativa, puesto que como ya se dijo, no sólo el apropiarse de una cosa que se ha recibido en posesión, sin contar con el dominio de la misma es el único supuesto en que se materializa el referido delito patrimonial, toda vez que basta para ello de la simple disposición, de la cosa cuya posesión derivada se tiene en contra de los fines de dicha posesión y en perjuicio de alguien.

Álvaro Bunster, indica que por abuso de confianza se entiende : “La disposición para sí o para otro, en perjuicio de alguien, de cualquier cosa ajena mueble de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.”²⁶

Esta última definición al igual que la realizada por Marco Antonio Díaz de León, transcrita con antelación, resulta correcta y por ende compartida

²⁴ DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Trigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 20.

²⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 28.

²⁶ INSTITUTO DE INVERSIONES JURÍDICAS, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo A - CH, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994, pág. 26.

por contener los elementos que la legislación penal sustantiva determina para el referido delito.

Nosotros a tal respecto, diremos que el delito de Abuso de Confianza, es la conducta típica antijurídica que vulnera el bien jurídicamente tutelado por la norma penal consistente en el patrimonio de las personas, realizada por un sujeto imputable (es decir con la capacidad de entender y querer en el ámbito del derecho penal) y consistente en disponer para si o para otra persona de una cosa ajena mueble de la cual se le ha transmitido la tenencia (posesión derivada), más no su dominio, en perjuicio de alguien.

2.1.2.- Definición legal de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En esta parte, nos limitaremos a transcribir la definición del delito de Abuso de Confianza genérico, específico y equiparado descrito en los numerales 227, 228 y 229 respectivamente, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sus penalidades y un breve comentario de las dos últimas especies de nuestro delito en estudio, para iniciar se transcribe el numeral 237 del ordenamiento jurídico de referencia, que a la letra dice:

“Artículo 237.- Al que con perjuicio de alguien disponga para si o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio, se le impondrán:”

“I.- De treinta a noventa días multa, cuando el valor de lo dispuesto no exceda de cincuenta veces el salario, o no sea posible determinar su valor;”

“II.- Prisión de cuatro meses a tres años y de noventa a doscientos cincuenta días multa, cuando el valor de lo dispuesto exceda de cincuenta pero no quinientas veces el salario mínimo;”

“III.- Prisión de tres a seis años y de doscientos cincuenta a seiscientos días multa cuando el valor de lo dispuesto exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y”

“IV.- Prisión de seis a doce años y de setecientos a novecientos días multa, si el valor de lo dispuesto excede de cinco mil veces el salario mínimo.”

Sobre el particular, a continuación se transcribe el siguiente criterio de nuestro poder judicial federal en el que definen los elementos de nuestro delito en estudio.

“ABUSO DE CONFIANZA, ELEMENTOS DE”.- Siendo los elementos del delito de abuso de confianza, los siguientes: a) Que se haya entregado la cosa en confianza o en virtud de un contrato sin transferencia del dominio; b) Que la hubiere sido alcanzada con fin distinto de el de disponer de lo ajeno; y c) Que se haya dispuesto de la cosa; es evidente que en lo relativo a la disposición del bien en el delito de mérito, no puede tenerse por demostrada la disposición y el perjuicio, cuando habiéndose fincado en el inculpado la calidad de depositario judicial en un juicio ejecutivo mercantil, no se encuentra suficientemente acreditado que a éste se le hubiera previamente requerido judicialmente o extrajudicialmente sobre la entrega de los dichos bienes, toda vez, que en principio la sola de que tales muebles, al llevarse a cabo una determinada judicial en el lugar que hubiere sido señalado para la debida custodia de estos, si no se encuentran en dicho lugar, no implica, prueba o indicio suficiente acerca de los actos de apropiación desplegados por el depositario judicial, máxime cuando la cuando la posible utilización de tales bienes, tratándose de una persona moral que se dedica a la prestación de un servicio determinado, prueban, bajo sus respectivas limitaciones, seguir siendo empleados o utilizados por ser indispensables para el normal desempeño de sus actividades. (Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito 1 4GP.-

Amparo en revisión 537/97 del 2 de octubre de 1997.- Publicado en la página 1045 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo VII, enero de 1998).

Este criterio, clarifica el hecho de que el sujeto activo debe contar con la posesión derivada de la cosa mueble previamente a la comisión del delito, la cual debe ser obtenida por dicho sujeto sin la intención de realizar la disposición de dicha cosa y que esta misma disposición se materialice ocasionando con ello un perjuicio, a lo cual nos adherimos por ser estos elementos los enmarcados por la legislación penal sustantiva en el Distrito Federal.

Resulta conveniente mencionar que la definición aportada por el numeral 227 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, corresponde al delito de abuso de confianza genérico ya que en los numerales 228 y 229 del mismo ordenamiento queda contemplados el abuso de confianza específico o impropio y equiparado o también llamado retención indebida respectivamente.

Los supuestos del Abuso de Confianza específico, quedan contemplados como ya se dijo en el numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a continuación se transcribe y comenta:

“Artículo 228.- Las mismas penas previstas en los el artículo anterior se impondrán:”

“I. Al propietario o poseedor de una cosa mueble, que sin tener la libre disposición sobre la misma a virtud de cualquier título legítimo a favor de un tercero, disponga de ella con perjuicio de otro;”

En este supuesto, tiene el sujeto activo de contar con la calidad de calidad de propietario o poseedor de la cosa mueble, misma que se encuentra en

disposición de un tercero bajo un justo título, consistiendo la conducta típica dolosa en forma de acción por parte del agente (propietario o poseedor) de disponer de la referida cosa, ocasionando con ello un resultado de índole material constituido por el perjuicio, debiendo existir una vinculación ente la conducta desplegada y el resultado producido.

“II Al que haga aparecer como suyo, sin ser de su propiedad, un depósito que garantice la libertad caucional de una persona;”

En esta fracción la conducta típica consiste en un comportamiento en forma de acción dolosa consistente en acreditar como propio sin serlo un depósito, garantizando con ello la libertad de una persona pudiendo realizar tal conducta cualquier persona imputable, puesto que el tipo penal de mérito no exige alguna calidad específica.

“III Al que, habiendo recibido mercancías en subsidio o franquicia para darle un destino determinado, las distraiga de ese destino o desvirtúe en cualquier forma los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia; y”

Este delito requiere previo a su comisión la transmisión de subsidios o franquicias que el estado o un particular según sea el caso, otorgue a otro, consistiendo la conducta típica antijurídica en forma de acción dolosa en distraer de los fines motivo del subsidio o franquicia. Debiendo el sujeto activo tener la calidad de franquicionario o subsidiario.

“IV A los gerentes directivos, administradores, mandatarios o intermediarios de empresas morales, constructores y o vendedores que habiendo recibido dinero, títulos o valores por el importe total o parcial del precio de alguna compraventa de inmuebles o para construir un gravamen real sobre estos, no los destine al objeto de la operación concretada y disponga de ellos en provecho propio o de un tercero.”

Este caso encontramos como presupuesto la transmisión de la simple tenencia de la cosa (dinero, títulos o valores) proveniente de alguna compraventa de inmuebles, consistiendo la conducta típica en distraer dicho objeto de la operación concretada de manera genérica o específicamente de constituir el gravamen real pactado, sobre dichos inmuebles en perjuicio de un tercero, estableciendo calidades específicas para el agente o sujeto activo de: administrador, mandatario o intermediario de empresas morales, constructor y/o vendedor.

Así mismo en el numeral 229 del ordenamiento que nos ocupa, contempla el delito de abuso de confianza equiparado o también denominado por la doctrina como retención indebida, el cual nos indica que:

“Se equipara al 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 ésta disponga de la misma conforme a la ley.”

Esta modalidad de abuso de confianza equiparado, es también denominado por parte de la doctrina como impropio y como se desprende del contenido del numeral en estudio, se trata de una conducta típica de simple omisión, consistente en no devolver la cosa poseída, pese a ser requerida, pese a ser requerido formalmente para ello.

2.2.- El Cuerpo del Delito de Abuso de Confianza.

Por ende para estudiar y definir al cuerpo del delito de Abuso de Confianza, necesitamos previamente puntualizar lo que se debe entender genéricamente por cuerpo del delito, por lo que al respecto, de nueva cuenta transcribiremos las definiciones de algunos tratadistas.

Gustavo Cosacov Belaus, nos dice acerca del cuerpo del delito que: "En el derecho mexicano, el concepto de cuerpo del delito tiene importancia capital. En la constitución (artículo 19) se exige que su comprobación como condición para justificar la detención por un plazo mayor de tres días. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido esta exigencia en diversos fallos y ha definido al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal."²⁷

De acuerdo a nuestro criterio concordamos con el autor citado anteriormente, en el sentido de considerar al cuerpo del delito como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito, resultando conveniente aclarar que algunos tipos penales, requieren además la existencia de elementos subjetivos y normativos, como se verá con posterioridad.

Rafael de Pina, nos dice al respecto lo siguiente: "Los tratadistas no han llegado a elaborar un concepto del cuerpo del delito que haya sido generalmente aceptado. Existe, por el contrario una gran variedad de pareceres en torno del delito. Se dice que es que es el resultado del delito; los instrumentos que sirvieron para realizarlos más su objetivo material; el conjunto de sus elementos materiales, todo lo que acusa la existencia del delito; las huellas o rastros del delito, etc."

"Algunos autores modernos distinguen entre el *copus criminis* y el *corpus instrumentorum*, es decir. Entre el cuerpo del delito y los instrumentos del delito."

"Con la primera denominación, se alude al rastro del delito, y con la segunda al los medios materiales utilizados para realizarlo."

²⁷ Idem. p.p. 785 a 187

“La doctrina y la jurisprudencia mexicanas, se manifiestan de acuerdo en considerar como cuerpo del delito el conjunto de los elementos materiales contenidos en la definición legal del hecho delictivo de que se trata.”²⁸

Tal definición al igual que la que antecede, nos parece correcta pero incompleta ya que como se ha dicho existen tipos penales que exigen además la existencia de elementos subjetivos y normativos, al respecto el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, dispone en su numeral 122 lo siguiente:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.”

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito”

“Los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento sustantivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.”

Del contenido del anterior numeral, se confirma el criterio de que el cuerpo del delito no sólo esta integrado por los elementos objetivos, sino también por los subjetivos y normativos que para cada caso exige el tipo penal de que se trate.

²⁸ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 206.

Sergio García Ramírez es quien a nuestro criterio aporta una definición más concisa del punto en comento, refiriendo lo siguiente: “El cuerpo del delito ha sido usado fundamentalmente en el procedimiento penal mexicano. Independientemente de las diversas acepciones históricas del *corpus delicti* y de las que hoy día tiene o pueda tener en otros sistemas jurídicos, lo cierto es que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicana culminaron un trabajo de mucho tiempo con la formulación precisa y clara del cuerpo del delito como conjunto de elementos contenidos en la descripción del delito - tipo penal - que figura en la ley. Obviamente esto involucra todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos.”²⁹

Basado en lo anteriormente esgrimido, podemos decir que el cuerpo del delito, es la materialización de los elementos objetivos, subjetivos y normativos, también llamados de valoración, descritos en tipo penal y que para el caso del delito de abuso de confianza consiste en la materialización de lo descrito en el numeral 227 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice: “Al que con perjuicio de alguien disponga para si o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio, por lo que en los siguientes puntos se entrara al estudio de tales elementos.”

2.2.1.- Elementos Objetivos

Raúl Plascencia, nos dice que los elementos objetivos pueden ser entendidos como “Aquellos que proceden del mundo exterior perceptibles por los sentidos, es decir tienen la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que los que

²⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”, Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 282.

representan o situaciones del mundo circulante.”³⁰

A decir de Gustavo Malo Camacho, los elementos objetivos son aquellos que: “Pueden ser entendidos y comprendidos a través de la percepción de los sentidos.”³¹.

Por lo anterior y en concordancia con los autores de referencia, concluimos que los elementos objetivos del delito, son aquellas descripciones del tipo penal que pueden ser apreciadas y comprobadas a través de los sentidos.

A través de los subíndices del presente punto, estudiaremos los elementos objetivos del delito de abuso de confianza y que son: la conducta, nexo causal que propiamente no puede ser apreciado a través de los sentidos pero que si se requiere de su existencia para los delitos formales, como es el caso de nuestro delito, y el resultado, aclarando que el objeto material, será estudiado en el punto 2.4, dentro del objeto del delito.

2.2.1.1.- La Conducta.

Resulta conveniente aclarar que para el desarrollo del presente tema, la conducta es considerada como típica, entendiendo por tipo, la descripción que el legislador hace de una conducta que es considerada como delito y como tipicidad la adecuación de una conducta al tipo penal descrito.

La conducta según Fernando Castellanos Tena es: “El comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un

³⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Teoría del Delito”, Editorial UNAM, México 1998, pág. 106.

³¹ MALO CAMACHO, Gustavo, “Derecho Penal Mexicano”, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 327.

propósito.”³²

Esta definición desde nuestro punto de vista resulta concisa al referir como tal al comportamiento humano que es el que trasciende en el campo del derecho penal, que de manera voluntaria debe ser realizado positivamente esto es, en forma de acción o negativamente en forma de omisión.

Por su parte Eduardo López Betancourt, nos dice que “Existen dos formas de conducta que el sujeto activo despliega al cometer el ilícito, a saber: Acción u Omisión.”³³

Explicando el autor de referencia, en lo que concierne a la acción y omisión como modalidades de la conducta delictiva lo siguiente:

“1.- Acción.- Por requerir de un movimiento corporal del agente al cometer el ilícito. Por ejemplo, quien golpea a otra persona.”

“2.- Omisión.- El sujeto exterioriza su voluntad mediante una inactividad al no efectuar la acción debida u ordenada en la ley desatendió un deber de cuidado.”³⁴

Agregando y explicando por último, que los delitos de omisión a su vez se subdividen en delitos de omisión simple y comisión por omisión. Son de omisión o de pura conducta porque la sola inactividad del sujeto origina la comisión del delito independiente de la existencia de un resultado. Los de comisión por omisión son aquellos en los que el agente con su inactividad, acarrear necesariamente la producción de un resultado.

³² CASTELLANOS TENA, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”, Trigésima Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 149.

³³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 28.

³⁴ Ibidem, pág. 28.

Gustavo Malo Camacho nos aporta, sobre el tema lo siguiente: “La conducta por definición, es el elemento objetivo del delito unido al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también que haya quedado previamente acreditado la causalidad, para que los mismos puedan ser atribuibles al tipo penal correspondientes.”³⁵

Definiendo a la conducta como: “La manifestación de voluntad finalísticamente determinada.”³⁶

Esta aportación y definición de Malo Camacho, confirma a la conducta como elemento objetivo del delito, es decir, que puede ser percible y comprobada a través de los sentidos, pero sólo la define como la manifestación de la voluntad finalísticamente determina, situación que se considera correcta, puesto que es la teoría finalista del delito es la adoptada en la legislación sustantiva penal del Distrito Federal, no obstante es omisa en virtud de que no refiere las modalidades de acción y omisión en que se puede presentar tal conducta.

Continuando con el autor en comentario, explica que la conducta aparece conforma por dos fases:

La fase interna, subjetiva o psicológica, que se conforma con la voluntad, en sentido amplio, a su vez integrada con los componentes cognositivo (conocimiento) y volutivo (voluntad en sentido estricto).

La fase externa, objetiva o material, implica la exteriorización o manifestación exterior de la voluntad (fase interna).

³⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 345

³⁶ Íbidem, pág. 345.

Explicando que la fase interna, psicológica o subjetiva, es la que viene a conformar el contenido del dolo y por lo mismo, corresponde ser entendida a plenitud al desarrollar el ámbito específico de este, que identificamos como el elemento subjetivo del tipo, que por lo mismo pasa a ser el elemento subjetivo de la tipicidad, en tanto que es precisamente el elemento subjetivo de la conducta típica.

Nosotros definiremos a la conducta como el elemento objetivo del delito consistente en aquel comportamiento humano positivo o negativo voluntario descrito en el tipo penal.

Ahora bien, una vez estudiada la conducta de manera genérica como elemento objetivo del delito, entraremos al estudio de la conducta típica del delito de abuso de confianza, transcribiendo para una mejor explicación algunos estudios de diversos tratadistas.

Para Pavón Vasconcelos la conducta típica del delito de abuso de confianza se encuentra constituida por la "Disposición para si o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio, término que sirve para diferenciar este delito del fraude."³⁷

Esta definición de la conducta del delito de abuso de confianza, nos parece adecuada, al referir la disposición para si o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene su tenencia, más no su dominio evitando con ello la limitante que algunos autores establecen consistente referir únicamente al adueñamiento de la cosa, situación que no representa el único supuesto en que se materializa el delito de mérito, faltando en el citado concepto el elemento perjuicio, que también puede ser considerado como una consecuencia de la

³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial", Quinta Edición, Editorial. Porrúa, México, 1984, pág. 121.

conducta o resultado de la misma.

Francisco González de la Vega nos aporta en relación con la conducta del delito de abuso de confianza lo que a continuación se precisa: “La disposición del bien se entiende el hecho de que el precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueñe para el, obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselo en forma de ilícita retención - disponer para sí - , o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona - disponer para otro -. Estos actos consisten siempre en la distracción de la cosa del fin para que fue entregada, implicando una un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa.”³⁸

Resulta inapropiado como ya se dijo por ser limitativo, el considerar a la apropiación de la cosa como el único supuesto en que se materialice el delito de abuso de confianza, puesto que basta con la simple disposición de la mencionada cosa en contravención a los fines de su tenencia ocasionando con ello un perjuicio, lo que significa que no necesariamente el sujeto activo debe realizar un adueñamiento sobre el bien mueble.

Aarón Hernández López considera a la conducta en el delito de abuso de confianza como: “La acción consistente en disponer para sí o para otro, de una cosa mueble de la que se le haya transmitido la tenencia más no el dominio, en perjuicio de alguien. La transmisión de la tenencia implica transferir material y físicamente la cosa bajo cualquier título permitido por la ley, razón por la cual quien la transmite se deslinda jurídicamente de su posesión y del poder de hecho que tenía sobre la misma, para otorgárselo al que la recibe, quien a consecuencia de ello adquiere su tenencia autónoma e independiente del

³⁸ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Ob. Cit., pág. 232.

transmisor.”³⁹

Esta definición al igual que la de Pavón Vascoceles, resulta adecuada por contener los elementos descritos en el tipo penal de abuso de confianza evitando con ello ambigüedades, por lo que es aceptada y compartida y aceptada.

Así mismo, Jesús Zamora Pierce , indica sobre el tópic que: “La conducta del activo que dispone de la cosa imposibilitando su restitución, o su aplicación al del destino convenido, es constitutiva de delito y tiene como necesaria consecuencia el perjuicio patrimonial que sufre el ofendido porque no recupera la cosa o ésta no es aplicada al fin convenido, perjuicio que el tipo enumera como uno de los elementos del delito.”⁴⁰

Esta última definición nos parece apropiada al igual que la que antecede, sólo que no especifica el tipo de cosa, objeto material del delito que nos ocupa, que por nuestra parte que debe ser un bien mueble.

En síntesis, podemos decir que la conducta como elemento objetivo del delito de abuso de confianza consiste en el actuar voluntario positivo de disponer para sí o para un tercero de una cosa ajena mueble, la cual se tiene en simple tenencia o posesión derivada, careciendo del dominio de la misma, ocasionando con ello un perjuicio.

Resulta conveniente resaltar que en la definición que antecede, queda contemplada la acción como modalidad de la conducta típica del abuso de confianza genérico y específico, contemplados en los numeral 227 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, para el abuso de confianza

³⁹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón, “Los Delitos de Querrela en el Fuero Común, Federal y Militar”, Editorial, Porrúa, México, 1998. pág. 242.

⁴⁰ ZAMORA PIERCE, Jesús, “Abuso de Confianza”, Editorial Porrúa, México, 2003, p.p. 11 y 12.

equiparado o también denominado por la doctrina posesión indebida, previsto en el numeral 229 la conducta típica consiste en la omisión de manera voluntaria de entregar la cosa retenida bajo un justo título a un particular o autoridad, no obstante de haber sido requerido legítima y formalmente.

2.2.1.2.- El Resultado.

Los delitos, atendiendo a los resultados que se causan con la comisión de los mismos, se pueden dividir en dos ramas que son formales y materiales y para una mejor entendimiento explicaremos cada uno de estos.

Fernando Castellanos, nos dice al respecto que: “Los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado o de resultado material.”⁴¹

Por su parte Eduardo López Betancourt subraya que los delitos formales son aquellos que “No producen ninguna modificación en el mundo exterior, esto es, para configurarse no requieren de algún resultado o materialización.”⁴²

Agregando el autor mencionado, que los delitos materiales, contrariamente a los formales requieren de un cambio material externo originado por la conducta del agente.

En síntesis y concordancia con los autores en estudio podemos decir que los delitos formales son aquellos en los que se agotan los extremos del tipo penal con el movimiento corporal o la omisión del agente, no siendo

⁴¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 137.

⁴² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 17.

necesario para su integración que se produzca alguna alteración en el mundo exterior. Son delitos de mera conducta, así mismo, los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere además de la realización de la conducta del sujeto activo, la destrucción o alteración del mundo exterior.

Del análisis de nuestro delito patrimonial de abuso de confianza, tenemos que es un delito de resultado material, puesto que requiere de ocasionar un *perjuicio* por la disposición para sí o para otro de la cosa mueble que se ha recibido en tenencia sin contar con el dominio de la misma.

Por lo anterior se concluye que el delito patrimonial de abuso de confianza tiene como resultado material la afectación patrimonial del ofendido consistente en ocasionar un *perjuicio* a este mismo.

2.2.1.3.- El Nexo Causal.

Álvaro Bunster nos aporta en lo referente a la causalidad lo siguiente:

“Causalidad (de latín causa, causal causalis). Nexo o relación de carácter objetivo que debe interceder entre la acción del agente y el resultado delictivo para que este pueda ser tenido jurídicamente como obra suya. Sólo si ese nexos existe es dable imputar materialmente al agente de dicha dicho resultado.”⁴³

Consideramos de vital importancia mencionar previamente para una mejor explicación del presente punto, el contenido de algunas teorías que explican al nexos de causalidad del delito, por lo que transcribiremos lo de manera clara al respecto nos refiere Fernando Castellanos.

⁴³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ob. Cit., pág. 435.

“Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Por supuesto sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo.”

“Serio problema es el de determinar cuales actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado. Al respecto se han elaborado numerosas teorías advirtiéndose dos corrientes. Generalizadora una e individualizadora. Según la primera todas las condiciones productoras del resultado consideránse causa del mismo. De acuerdo con la doctrina individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores del tiempo, calidad o cantidad.”

“La Teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta tesis generalizadora debida a Von Buri, también conocida como de la *condictio sine qua non*, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocia a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; este surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a esta tiene el mismo valor.”

“La concepción de la teoría de la equivalencia o de la *condictio sine qua non*, es intachable desde el punto de vista lógico, pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal debían castigarse como coautores en el delito de adulterio; no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.”

“Para evitar tales excesos se ha pretendido limitarla mediante la

aplicación de correctivos. Así algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pues para ser un sujeto responsable; no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa. Para otros, en el caso de una acción dolosa no se requiere retroceder en busca de otras acciones, por existir en la ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes.”

“Singular es la posición adoptada por Celestino porte Petit al afirmar: que la relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existente “el hecho”, elemento del delito, una conducta resultado y relación de causalidad. En otros términos con el estudio del elemento “hecho” se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido en la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta y el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto). Pero para ser un sujeto responsable no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino a demás, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito. Así pues una vez que se comprueben los elementos del hecho y por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello no podemos admitir que la culpabilidad constituya un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones; no puede ser correctivo lo que es elemento, o sea aquello indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito.”

“En concreto, la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal.”

“La corriente individualizadora se presenta con diversos aspectos, emerge, por tanto, diferentes directrices:”

“Teoría de la última condición, de la causa próxima o de la causa inmediata. Con un criterio temporal, Ortman sostiene que entre las causas productoras del resultado sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Es inadmisibles esta tendencia, habida cuenta de que niega valor a los demás concausas y los especialistas están acordes en que el derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento.”

“Teoría de la condición más eficaz. Creada por Birkmeyer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia hacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas. Y por ende la participación del delito.”

“Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la

conducta. Von Bar empieza por distinguir entre condición y causa, ésta es sólo la que produce por ser idónea, regularmente el resultado.”

“Teoría de la imputación objetiva. En los delitos de resultado material se precisa, además de la acción, la producción de aquél; el legislador exige una relación de causalidad entre la acción y el efecto, que permite ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la acción que lo produjo. Para el finalismo la relación se denomina imputación objetivo del resultado al autor de la acción.”⁴⁴

En seguimiento a la teoría de la imputación objetiva, Gómez Benítez, citado por Sergio García Ramírez, en su obra *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, nos dice que: “Los elementos de la imputación objetiva del resultado son: 1) la existencia de la relación de causalidad natural entre la acción y el resultado; 2) que el resultado sea expresión del riesgo implícito en la acción, o bien sea de los que pretende evitar la norma penal.”⁴⁵

Una vez estudiado en el presente punto, algunas de las principales teorías que explican el nexo causal del delito, podemos concluir que dicho elemento consiste en la relación volutiva existente entre la conducta realizada por el sujeto activo y el resultado de la misma, aclarando que este mencionado elemento, sólo nace en delitos materiales.

Ahora bien en cuanto al delito patrimonial de abuso de confianza, el nexo causal consiste en la vinculación de la conducta en su modalidad de acción consistente en el disponer para si o para otro de una cosa mueble que se ha recibido en simple tenencia, sin estar facultado para ejercer sobre la misma actos de dominio y el perjuicio ocasionado a alguien como resultado de tal conducta.

⁴⁴ Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando, *Ob. Cit.* p.p. 158 a 161.

⁴⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *Ob. Cit.*, pág. 333.

2.2.2.- Elementos Subjetivos.

Los elementos subjetivos del delito, se refieren desde el punto de vista finalista a la calidad volutiva del sujeto para materializar su conducta típica positiva o negativa que pueden ser el dolo, la culpa o cualquier otro específico determinado por algún tipo penal, aclarando del mismo modo que tanto el dolo como la culpa constituyen las especies de la culpabilidad, desde el punto de vista causalista por lo que de manera breve estudiaremos a la culpa, y ahondaremos en el dolo, por ser el elemento subjetivo de nuestro delito patrimonial en estudio por las razones que en su momento se precisaran.

Con el objeto de proporcionar un enfoque breve y genérico respecto a la culpa, transcribimos lo aportado por Moisés Morenate que a continuación se precisa:

“Culpa. (Del latín culpa). En el lenguaje alemán (derecho penal), se sostiene que la palabra culpa (Fahrlässigkeit de faheren lassen) puede tener tres significados: a) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin intención; b) actuar sin dolo, y c) dejar las cosas al acaso. Conforme a otros la culpa (de warlose) sería la falta de observación, atención, cuidado o vigilancia. Y aún cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de la culpa hay siempre la omisión de algo, cuidado atención, etc.”⁴⁶

De la anterior aportación etimológica del término culpa se desprende que la culpa implica el obrar sin intención o sin el cuidado necesario lo que se considera propicio de establecer como punto partido para la explicación del presente punto.

En este orden de ideas, Fernando Castellanos, nos dice que:

⁴⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ob. Cit, pág. 790.

“Existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.”⁴⁷

Castellanos Tena, explica a la culpa desde el punto de vista finalista al considerar a ésta como una forma de realización de la conducta que implica la ausencia de voluntad de producir el resultado típico, lo que del mismo modo se considera apropiado por ser tal criterio el adoptado por la ley sustantiva penal para el Distrito Federal.

Continuando con el autor en comento, nos indica de manera clara y concisa en cuanto a los elementos de la culpa lo siguiente: “Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento, es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esta conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y aceptables y tipificarse penalmente; por último precisa una relación de causalidad entre el hacer o el no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.)”⁴⁸

Cabe hacer mención que la doctrina divide a la culpa en dos especies consciente e inconsciente, existiendo la primera de ellas, cuando el agente ha previsto el resultado típico, pero al realizar su conducta no solamente no desea dicho resultado, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá y la segunda cuando el agente realiza su conducta típica sin prever el resultado que jurídicamente debió ser previsible.

⁴⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 249.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 249.

Por último, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en los párrafos primero y tercero del numeral 18, contempla desde un punto de vista finalista la culpa consciente e inconsciente como elemento subjetivo del delito en general, artículo que en lo concerniente a la culpa a continuación se transcribe:

“Artículo 18.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.”

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”

Una vez aportado un enfoque genérico de la culpa, entraremos al estudio del dolo, como elemento subjetivo del cuerpo del delito de abuso de confianza.

Álvaro Búster, nos refiere lo siguiente: “En el derecho penal el dolo denota la violación de, apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta descrita en los tipos del delito que requieren de esa forma de referencia psicológica del sujeto a su hecho.”⁴⁹

De tal definición, se desprende que el dolo contiene dos elementos de constitución el primero que es de carácter cognositivo consistente en el entendimiento de la conducta señalada como delito y el segundo relativo a la voluntad de llevar a cabo la conducta delictiva, lo anterior visto desde el punto de vista finalista, hecho que se considera adecuado por ser tal consideración la adoptada como ya se ha dicho en análisis anteriores por la legislación sustantiva penal vigente.

⁴⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo D - H, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994, pág. 1203.

Rafael de Pina define al dolo penal como: "Voluntad de cometer un acto delictivo."⁵⁰

En cuanto a la definición de dolo hecha por Rafael de Pina, resulta a nuestro criterio adecuada, al referir que éste es la voluntad de cometer el delito, a lo que faltaría agregar que tal voluntad ha sido tomada por el sujeto con la plena conciencia del delito y sus consecuencias.

Gustavo Malo Camacho, subraya que "El dolo es el conocimiento y el querer de la conducta típica o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis normativa del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Dolo es querer el resultado típico, en todo su ámbito situacional; es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento. Es una voluntad que presupone el conocimiento el conocimiento, por esto, con razón se afirma que el dolo es representación y voluntad."⁵¹

Este autor, del mismo modo que los anteriores define al dolo desde un punto de vista finalista, considerándolo como forma de realización de la conducta consistente en el entender y querer la parte objetiva y material del delito, lo que como ya se dijo se considera apropiado.

Por su parte Fernando Castellanos define al dolo como: "El actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."⁵²

Definir al dolo como el actuar, pudiera resultar inapropiado, puesto

⁵⁰ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 256.

⁵¹ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 355.

⁵² CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 239.

que existiría la posibilidad de entender tal término como la conducta en su modalidad de acción en la que sólo se puede presentar, por lo que desde nuestro punto de vista, por lo que desde nuestro punto de vista, debería de especificarse en el concepto de referencia que dicho actuar puede ser positivo o negativo, de lo demás lo consideramos apropiado y completo al mencionar que dicho actuar es consciente y voluntario, dirigido a la comisión del delito, visto también desde un punto de vista finalista.

Así mismo el autor en cita, respecto a los elementos del dolo nos refiere que contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional, agregando que el elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y el volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico, refiriendo que el dolo se puede presentar en cuatro modalidades que son: directo, indirecto, indeterminado y eventual, explicando cada uno de ellos de la siguiente manera:

“El dolo directo es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.”

“El dolo indirecto (o simplemente indirecto), conocido también como dolo de consecuencia necesaria se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados, que no persigue directamente, pero aún previniendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.”

“El dolo eventual (confundido por algunos con el indeterminado), existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja

de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.”⁵³

“El dolo indeterminado, existe cuando el sujeto tiene la intención de delinquir sin proponerse un resultado delictivo especial.”

Villalobos, citado por el propio Fernando Castellanos, se adhiere a quienes dividen el dolo en la siguientes especies: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual. “Define el directo como aquél en el cual la voluntad del agente te encamina directamente al resultado o al acto típico. El simplemente indirecto si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta. El indeterminado, si el agente tiene la intención genérica de delinquir sin proponerse causar un delito en especial (anarquista que arroja bombas sin pretender un resultado específico), el eventual cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daños sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en si mismo. El mencionado tratadista sugiere, como ejemplo de dolo eventual, el hecho consistente en mutilar a los niños para deformarlos a fin de tener éxito en la mendicidad. No obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta.”⁵⁴

⁵³ Ídem, p.p. 239 y 240.

⁵⁴ Íbidem, pág. 240.

Eduardo López Betancourt, conceptualiza al dolo como “La plena intención del sujeto activo en la comisión del delito.”⁵⁵

A esta definición, sólo desde nuestra particular opinión resultaría procedente añadir que dicha intención del sujeto de cometer el delito se encuentra sustentada en el entendimiento del resultado típico.

Clasificando al dolo el autor de referencia, al igual que Villalobos y Fernando Castellanos en directo, indirecto eventual e indeterminado y explicando cada una de estas modalidades de la manera siguiente:

“1.- El dolo indirecto.- consiste en la realización de la conducta exactamente en la medida de la voluntad del sujeto activo, esto es, cuando el objetivo del activo se cumple ineluctablemente, ni más ni menos.”

“2.- El dolo Indirecto.- cuando el sujeto ejecuta una conducta ilícita, lo cual no tiene interés de realiza, pero que sabe que necesariamente te debe efectuar para lograr su fin. Por ejemplo, cuando un grupo de sujetos quiere secuestrar a un funcionar público pero como este siempre trae guardaespaldas, saben que necesariamente tiene que lesionar al mismo para poder consumir su acto delictuoso. Presentándose tanto el dolo directo(secuestro), como el dolo indirecto (lesiones).”

“3.- El dolo eventual.- cuando el agente sabe que para obtener sus fines probablemente te presenten otros resultas delictivo. Por ejemplo: cuando el agente ha decidido robar a una persona que camina por la cera de una calle pero sabe que existe la posibilidad de provocar lesiones a la víctima si opone resistencia. En ese caso se presente el dolo directo (robo) y el dolo eventual (lesiones).”

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

⁵⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 41.

“4.- El dolo Indeterminado.- cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir. Por ejemplo: el caso del terrorista que coloca una bomba en un cine, no sabe cuantos van a ser lesionados, posiblemente no lesione ninguno y sólo destruya el cine. Este delito es, por desasociado social, genérico por lo que se denomina indeterminado.”⁵⁶

Consideramos apropiadas las clasificaciones del dolo realizadas por Ignacio Villalobos, Fernando Castellanos y Eduardo López Betancourt que han quedado explicados por estos mismos autores por lo que se considera ocioso entrar al comentario de las mismas.

En síntesis, el dolo como elemento subjetivo del delito, consiste en la voluntad consciente del sujeto activo de realizar la conducta tipificada por la ley como delito aceptando del mismo modo el resultado de la misma, siendo que para la comisión del delito de abuso de confianza, se requiere del dolo como elemento subjetivo, en virtud que de conformidad con el último párrafo del numeral 76 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el delito patrimonial en estudio no admite la culpa como medio volutivo de la conducta del sujeto activo.

2.2.3.- Elementos Normativos.

Con el objeto de proporcionar una mayor referencia, transcribiremos definiciones que sobre el tópico realizaron algunos doctrinarios.

Para Raúl Plascencia, los elementos normativos del delito “Son aquellos que requieren valoración por parte del interprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder se diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como pertenecer al mundo psíquico.”⁵⁷

⁵⁶ Ídem, p.p. 41 y 42.

⁵⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Ob. Cit., pág. 103.

Gustavo Malo Camacho nos aporta que los elementos normativos del delito son aquellos que "Sólo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio - cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico, y su reconocimiento depende de la existencia del tipo delictivo de que se trate."⁵⁸

Así mismo González Quintanilla, subraya que: "Por elementos normativos dentro del tipo objetivo, debemos captar: aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social. Estos elementos se basan en juicios de valoración a) cognoscitivo, ejemplo.: determinar que significa brutal ferocidad: b) jurídico, ejemplo: remisión a criterios contenidos en otras normas, ejemplo.: propiedad, posesión, depósito, quiebra, etcétera.; c) cultural, referidos por las normas jurídicas, pero no definidos por ellas, aludirse a criterios ético-sociales estimados por normas culturales, ejemplo: bien común, interés público, buenas costumbres. Serán elementos de estricta naturaleza normativa, cuando en la descripción se aluda a conceptos como: ajena, honesta, casta, moral, pública, pudor, buenas costumbres, insolvencia, ilícita, amor, respeto, amistad, gratitud, indebidamente, ilegítimamente, etc."⁵⁹

Por su parte Eduardo López Betancourt nos aporta que: "Los elementos normativos ofrecen una mejor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado. En este caso, el legislador no espera que el juez justiprecie, según su criterio, sino debe exponer en sus sentencias, las evaluaciones que existen en la sociedad. En la aplicación de estos elementos normativos del tipo, el legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la apreciación en conceptos

⁵⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 355.

⁵⁹ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, "Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 281.

valorativos generalmente admitidos.”⁶⁰

En síntesis y en concordancia con los autores en estudio, podemos afirmar que los elementos normativos del cuerpo del delito, son aquellos elementos o términos referidos en algunos tipos penales necesarios de ser valorados y entendidos por el juzgador o aplicador de la ley penal, para acreditar su existencia en el mundo material y que para el caso del delito patrimonial que nos ocupa, son: perjuicio, tenencia, cosa mueble, y dominio, que en los puntos subsecuentes se trataran de manera separada.

2.2.3.1.- Perjuicio.

El perjuicio para Rafael de Pina, es conceptualizado como la “Ganancia o beneficio que racionalmente esperado, ha dejado de obtenerse.”⁶¹

El Código Civil para el Distrito Federal, define al perjuicio y su causa en su numerales 2109 y 2110 respectivamente, numerales que a la letra dicen:

“Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, con el cumplimiento de una obligación.”

“Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”

Para más abundamiento se transcribe el siguiente criterio de

⁶⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit., pág. 121.

⁶¹ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 403.

nuestros máximos tribunales judiciales:

“PERJUICIO EN MATERIA CIVIL.” El perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación, privación que debe ser una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento (Apéndice de 1988, Tomo: Parte II, Página: 2090. Instancia: Primera Sala.)

El criterio esgrimido con antelación robustece la definición de Rafael de Pina y del propio Código Civil vigente para el Distrito Federal en el sentido de considerar al perjuicio como aquella ganancia lícita a la que jurídicamente se tiene derecho, misma que se ha dejado de percibir por el incumplimiento de una obligación.

En síntesis entenderemos al perjuicio como aquella ganancia lícita a que se tiene derecho y que se ha dejado de percibir por el incumplimiento de una obligación y que trasladado al ámbito del derecho penal en específico al delito de abuso de confianza, es aquella ganancia lícita patrimonial que el ofendido dejó de percibir como resultado de la conducta típica realizada.

2.2.3.2.-Tenencia.

Para Rafael de Pina, la tenencia es la “Ocupación y posesión actual y material de una cosa.”⁶²

Esta definición al indicar que la tenencia es la ocupación actual de una cosa, resulta evidente que se refiere a los inmuebles, lo que resulta apropiado pero de poca aportación para el punto en desarrollo, puesto que el

⁶² Ídem, pág. 470.

delito patrimonial de abuso de confianza tiene como objeto material un bien mueble, por otra parte al referir posesión actual y material de la cosa consideramos que se refiere a bienes muebles, lo anterior basado en el principio lógico que un bien mueble no puede ser ocupado sino poseído.

Aunado a lo anterior y toda vez que la legislación penal no define lo que debe entenderse por tenencia, nos vemos en la necesidad de recurrir al Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento que en sus artículos 790, 791, 793, 809, nos aporta elementos indispensable para la explicación del tema, por lo cual a continuación se transcriben:

“Artículo 790.- Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.”

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

“Artículo 792.- En caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada, y si este no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo.”

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

considera poseedor.”

“Artículo 809.- Los poseedores a que se refiere el artículo 791 se regirán por las disposiciones que norman los actos jurídicos en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo frutos, pagos de gastos y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa poseída.”

De lo anterior, podemos decir que la posesión consiste en el poder de hecho de disponer de una cosa ya sea a título de dueño o un justo título (posesión derivada), sin que el poseedor cuente con el corpus, es decir con la disposición de la cosa para cumplir los mandatos del propietario, puesto que en este caso nos encontramos ante una simple tenencia de la cosa.

Resulta conveniente resaltar, que la tenencia como elemento normativo del delito patrimonial de abuso de confianza, ha sido entendido y valorado por los tribunales federales de nuestro país, como lo que se conoce como *posesión derivada* en materia civil, misma que para parte de la doctrina y de los criterios referidos, es considerada como presupuesto único y característico de nuestro delito en comento, así mismo, cabe hacer mención que lo que se conoce en materia civil como la simple tenencia de la cosa, en el delito en estudio ha sido de igual manera interpretado en la mayoría de los casos como la *posesión precaria*, la cual no constituye desde nuestro punto de vista y en concordancia con los multicitados criterios un presupuesto del referido delito, por tal razón a través de los dos subíndices del presente punto, se entrará al estudio de la posesión derivada y precaria de la cosa mueble.

2.2.3.2.1.- Posesión Precaria.

Rafael de Pina, nos dice que la posesión precaria es un sinónimo de precario, entendiéndose por este término lo siguiente: “Beneficio concedido a una persona, a título gratuito, consisten en el uso de una cosa, revocable a

voluntad del propietario.”⁶³

Como se desprende de la definición que antecede, la posesión precaria es un derecho temporal revocable de uso de alguna cosa otorgado por el propietario, cabe hacer mención que parte de la doctrina civilista utiliza este termino como sinónimo de la posesión derivada, criterio que también es seguido por algunos tribunales federales de nuestro país, no obstante existen criterios encontrados a los que adherimos el enfoque de la presente investigación que consideran a la posesión precaria en materia penal y en específico en el delito patrimonial de abuso de confianza como la simple disposición o acceso que un sujeto tiene respecto de la cosa mueble por alguna circunstancia entre éste y su dueño ajena a la referida cosa, tal es el caso del trabajador que por su relación laboral tiene el acceso a los instrumentos de labranza, lo que significa que si el sujeto enajena o se adueña de éstos, cometerá según los criterios de referencia un robo y no un delito de abuso de confianza, puesto que dicho sujeto contaba con la posesión precaria o simple detentación material, mas no derivada de la cosa mueble.

2.2.3.2.2.- Posesión Derivada.

Carmen García Mendieta, sobre el punto nos dice que la posesión derivada: “Es aquella que se obtiene en virtud de un acto jurídico mediante el cual el propietario entrega la cosa por título que importe obligación de devolverla, concediendo a su contratante el derecho de retenerla temporalmente.”⁶⁴

De lo anterior y en concordancia con el numeral 791 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos decir que la posesión derivada es el

⁶³ *Íbidem*, pág. 403.

⁶⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo P - Z, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 2466.

derecho que el propietario de una cosa concede a otra persona mediante un contrato expreso o tácito para que éste la retenga temporalmente, sin transmitir el dominio de la misma.

En lo referente al delito de abuso de confianza la posesión derivada de la cosa muebles, que a su vez es considerado como presupuesto, único y exclusivo de tal delito patrimonial, y para más abundamiento y mayor claridad a continuación se transcribe un criterios de los órganos federales judiciales de impartición de justicia de nuestro sistema jurídico mexicano.

“ABUSO DE CONFIANZA, PRESUPUESTO TÉCNICO DEL.”El presupuesto técnico del abuso de confianza es lo que se conoce como posesión derivada, debiéndose entender como tal la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto al de la mera detención material. La diferencia entre el poseedor precario y el poseedor derivado radica en que este último recibe la cosa a virtud de un acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma; en cambio el precarista la tiene ante su alcance puramente material a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa e inmediatamente sobre el objeto. El doméstico tiene dentro de su esfera material los útiles de su trabajo, pero sin que sobre los mismos haya recaído un acto jurídico que los tenga como objeto directo inmediato. En igual condición se encuentra el dependiente en relación con las mercancías que venden a los compradores. Es decir, cuando la cosa mueble está dentro de la esfera material de una persona como consecuencia de un acto jurídico cuyo objeto sea distinto al de la cosa en sí, no tendrá una posesión derivada sino una posesión precario. El dependiente es un precarista en relación con las mercancías porque aún cuando las tenga dentro de su alcance material, ello sucede a virtud del contrato laboral correspondiente; otro tanto sucede con el doméstico e incluso con el porteador. El hecho de que tanto al doméstico como al dependiente se les tenga confianza y que a virtud de un acto de carácter delictivo revele que tal confianza se depositó partiendo de un base falsa, no significa que la disminución

patrimonial que sufre el pasivo entraña abuso de confianza, sino un delito distinto del orden patrimonial, pero no el de abuso del que se viene hablando. Los empleados de las negociaciones mercantiles encargados únicamente de recibir el dinero con el que se paga la mercancía recibida por los compradores no son poseedores derivados en el sentido técnico; si reciben el dinero lo hacen a virtud de la naturaleza de su empleo pero no por que se les dé u poder sobre la cosa. (Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo:139-144 Segunda Parte, página: 9.)

La anterior guisa, clarifica el carácter de posesión derivada de la cosa mueble como presupuesto del delito de abuso de confianza diferenciando desde nuestro punto de vista adecuadamente ésta de la posesión precaria entendiendo por ésta última el simple acceso o la detentación material de la cosa mueble, mientras que la posesión derivada es la que se recibe en virtud de un acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma, con lo que se robustece la consideración de esta investigación en el sentido de que la posesión derivada de la cosa mueble es la que interesa como presupuesto del delito patrimonial en estudio.

2.2.3.3.- Cosa Mueble.

Alicia Elena Pérez Durante sobre el tópicó, nos dice que: “Son bienes muebles, aquellos que por su naturaleza puedan trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos (semovientes, por ejemplo los animales) o por una fuerza exterior. También se consideran muebles por disposición de la ley, las obligaciones y los derechos personales o que tienen por objeto cosas muebles, las acciones de asociaciones y sociedades aun cuando a estas pertenezcan algunos bienes inmuebles y los derechos de autor.”⁶⁵

⁶⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo A - CH. Ob. Cit., pág. 339.

Rafael de Pina, nos dice respecto de los bienes muebles, que: "De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal lo bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de Ley."

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

"Son bienes inmuebles por disposición de ley las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

"De igual manera se reputan muebles las participaciones o acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aún cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles."⁶⁶

Ernesto Gutiérrez y González, define a los bienes muebles como "Aquellas cosas que por sí o por acción de acción de una fuerza exterior a ellas, pueden trasladarse de un lugar a otro."⁶⁷

Por lo anterior y en concordancia con los autores de mérito, podemos decir que los bienes muebles son aquellos que pueden ser trasladados de un lugar a otro sin que se afecte la estructura o naturaleza de los mismos, agregando por último que el delito de abuso de confianza recae o tiene como objeto material un bien mueble.

⁶⁶ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 130.

⁶⁷ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Eduardo, "El Patrimonio, el Pecuniario y el Moros o Derechos de la Personalidad", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 103

2.2.3.4.- Dominio.

El dominio es la facultad concerniente al propietario de un bien de disponer con apego a las normas de éste, conteniendo claro esta la facultad de enajenarlo o gravarlo a su entero albedrío.

En el caso del delito de abuso de confianza se requiere que el activo, disponga de la cosa mueble que a su cargo tiene en posesión derivada, extralimitándose o contraviniendo el objetivo de dicha posesión, al haber realizado actos de propietario.

2.2.4.- Objeto del Delito.

Sobre este punto, la doctrina penal del delito subdivide al objeto del delito en dos aspectos que son: a) objeto material y b) objeto jurídico, por lo que en los puntos subsecuentes entraremos al estudio de ambas subdivisiones.

2.2.4.1.- Objeto Material.

Álvaro Búnster nos dice que el objeto material del delito puede ser: "Tanto una persona como una cosa. Si es una persona una persona física, esta deviene con ello sujeto pasivo de la acción delictuosa, según acontece en incontables tipos de delitos: homicidio, lesiones, privación ilegal de la libertad, amenazas, atentados al pudor, violación, injurias, etc. Si es una cosa, puede la acción delictiva consistir en crearla o alternarla como en la contrafacción de moneda y de documentos, en destruirla como en el delito de daño en propiedad ajena, en introducirla en el interior del Estado, como en el delito de contrabando; en desplazarla de la esfera de tutela de otra persona, como en el robo."⁶⁸

⁶⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I - O, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994, pág. 2242.

Agregando el autor referido que el objeto material reviste importancia en materia de tipicidad. Una misma clase de acción puede encuadrar en diversos en diversas figuras de delito, según el objeto material sobre el que recae. Así la ofensa al honor constituye injuria si se dirige contra cualquier persona, pero si recae sobre una de las cámaras, un tribunal o jurado, un cuerpo colegiado de la administración de justicia o cualquier institución pública conforma una figura de ultraje, prevista entre los delitos contra funcionarios. A la inversa una misma cosa puede aparecer como objeto material de conductas diferentes según acontece, verbigracia con el cadáver en relación a los diversos tipos de inhumaciones (ocultarlo, destruirlo, sepultarlo) y profanación de cadáveres.

Fernando Castellanos sostiene que: "El objeto materia del delito lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que la que se concreta la acción delictiva."⁶⁹

Malo Camacho define al objeto material como "El ente corpóreo sobre el cual recae la acción o conducta del sujeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la violación a la norma jurídica, generando con ello el delito."⁷⁰

Muñoz Conde, concibe al objeto material del delito como "Aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica."⁷¹

Por su parte Pavón Vasconcelos nos refiere lo siguiente: "El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en

⁶⁹ CASTELLAMOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 152.

⁷⁰ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 340.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", Editorial. Temis Librería Bogotá Colombia, 1986, pág. 46.

ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.”⁷²

En síntesis y concordancia con los autores en estudio, el objeto material del delito es propiamente la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica realizada por el sujeto activo, y que en el caso del delito de abuso de confianza es la cosa mueble, de la que el agente dispone en perjuicio de alguien al contar con la posesión derivada más no el dominio del referido bien mueble.

2.2.4.2.- Objeto Jurídico.

Álvaro Búnster, subraya en relación al presente tema lo siguiente: “El bien jurídico penalmente protegido que el delito ofende.”⁷³

A decir de Gustavo Malo Camacho, el bien jurídico del delito es el “Objeto de la protección de un concreto interés, social, individual o colectivo reconocido y protegido por el estado, a través de la ley penal.”⁷⁴

Olga Islas de González refiere que el bien jurídico es el “Concreto interés individual o colectivo, del orden social, protegido en el tipo legal.”⁷⁵

Hans Heinrich., afirma que: “El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la colectividad a los que presta protección el Derecho Penal. Protección mediante el Derecho significa que las normas jurídicas prohíben

⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Manual de Derecho Penal Mexicano”, Parte General, Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1990, pág. 175.

⁷³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo I - O, Ob. Cit., pág., 2242.

⁷⁴ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit. pág. 280.

⁷⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, Análisis Jurídicos de los Delitos contra la Vida, Tercera Edición, Editorial Trillas, México, 1991, pág. 32.

bajo pena aquellas acciones que resultan apropiadas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad, y conceptúa el bien jurídico a de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad.”⁷⁶

Carrancá y Trujillo, define al objeto jurídico como: “El bien o interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada etc.”⁷⁷

Por lo anterior podemos decidir que el objeto jurídico del delito es el interés jurídicamente tutelado por el Estado a través de la norma penal y que en el caso del delito de abuso de confianza se encuentra constituido por el patrimonio de las personal.

2.3.- Sujetos del Delito.

Sobre el presente punto a desarrollar, debemos hacer referencia que en los actos u omisiones que vulneran las leyes penales, se presenta la existencia de dos sujetos, que son el pasivo y el activo, ahora bien en el delito de Abuso de Confianza, dentro de los subíndices del presente punto, además de analizar los conceptos jurídicos de suma importancia para la configuración del mencionado delito, que son calidad de depositario y el motivo de confianza.

2.3.1- Sujeto Activo.

Eugenio Raúl Zaffaroni, entiende al sujeto del delito como: “El autor

⁷⁶ JESCHEK, Hans Heinrich, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción Mirp Puing y Muñoz Conde, Editorial Bosh Casa S.A., Barcelona, España, 1978, pág. 236.

⁷⁷ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl Derecho Penal Parte General. Editorial Porrúa. México 1997. pág. 271.

de la conducta típica.”⁷⁸

Gustavo Malo Camacho, conceptualiza al sujeto activo del delito como: “La persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal.”⁷⁹

Eduardo López Betancourt nos dice que el sujeto activo del delito es: “El agente del delito que mediante una conducta, ya sea positiva o negativa realiza un hecho tificazo en la ley como delito.”⁸⁰

Raúl Carranca, nos menciona que “El sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario.”⁸¹

En síntesis y concordancia con las definiciones que anteceden podemos subrayar que el sujeto activo del delito, es aquella persona física que cuenta con la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, que mediante su conducta materializada en acto u omisión transgrede la norma penal y que para el delito patrimonial en estudio, es decir de abuso de confianza, el sujeto activo puede ser cualquier sujeto imputable, siempre que cuente con la posesión derivada de un bien mueble.

2.3.1.1.- Calidad de Depositario.

La calidad de depositario es una modalidad de la posesión derivada

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997, pág. 421.

⁷⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 333.

⁸⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Teoría Delito”, Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 28.

⁸¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Ob. Cit., pág. 263.

con que debe de contar el agente, previamente a la realización de su conducta típica y que resulta de interés resaltar en la presente investigación, en virtud de que un depositario puede cometer un abuso de confianza genérico o equiparado, según la conducta que realice, esto es, si dicho depositario no entrega la cosa legalmente retenida al particular facultado o a la autoridad para que ésta disponga de las misma pese a ser requerido formalmente para ello, cometerá el delito de abuso de confianza Equiparado y si por el contrario el depositario dispone de la cosa depositada cometerá un abuso de confianza genérico. Aclaración hecha para realizar un diferenciación palpable del delito de abuso de confianza genérico y equiparadote que puede cometer un depositario.

2.3.2.- Sujeto Pasivo.

Eugenio Raúl Zaffaroni define al sujeto pasivo como el "Titular del Bien Jurídico tutelado."⁸²

Para Fernando Castellanos, el sujeto pasivo del delito es el "Titular del derecho penal del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma."⁸³

Gómez Benítez subraya que el sujeto pasivo es "El titular del interés del lesionado por el delito."⁸⁴

Por su parte, Eduardo López Betancourt, define de manera similar que Fernando Castellanos al sujeto pasivo del delito al subrayar que es: "El titular del bien jurídicamente dañado o puesto en peligro por la comisión del acto ilícito"⁸⁵

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ob. Cit., pág. 422.

⁸³ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 149.

⁸⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal. Parte General", Editorial Civitas S.A., España, 1984, pág. 195.

⁸⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, "Delitos en Particular", Ob. Cit. pág. 290.

Gustavo Malo Camacho, refiere que el sujeto activo del delito es “La persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato prevista en el tipo penal.”⁸⁶

Raúl Carranca explica que: “Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito.”⁸⁷

En síntesis y en concordancia con las definiciones anteriores, el sujeto pasivo del delito es aquella persona física o moral titular del interés jurídicamente tutelado por la norma penal y vulnerado por el delito y que en el caso del delito de abuso de confianza queda constituido por el propietario de la cosa mueble, resultando conveniente aclarar que parte de la doctrina como lo es Raúl Carrancá considera al sujeto pasivo como sinónimo del ofendido, mientras que otra parte sostiene que son dos personas diferentes y que en la mayoría de los delitos el sujeto pasivo y ofendido son la misma persona pero que estrictamente el ofendido es aquella persona que resiente el resultado del delito, resaltando que nosotros consideramos al igual que Raúl Carrancá al sujeto pasivo como sinónimo del ofendido.

⁸⁶ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 340 y 341.

⁸⁷ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Ob. Cit., pág. 269.

CAPITULO III
LA REPARACION DEL DAÑO
COMO PENA PUBLICA

CAPITULO III

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA

En el presente capítulo, nos abocaremos al estudio de la pena y los fines que de acuerdo con las principales teorías se pretenden alcanzar con su aplicación, refiriendo la clasificación de las penas realizada por Ignacio Villalobos y Eugenio Cuello Calón, mencionando también la que establece el Código Penal vigente en el Distrito Federal, hasta llegar a la afirmativa de que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública.

3.1.- Definición de Pena.

En el presente punto, daremos diversas definiciones de doctrinarios que han enriquecido nuestro tema con sus obras culminando con una definición propia.

Álvaro Bunster, en cuanto al tema nos aporta lo siguiente:

Pena. "(Del latín poena, castigo impuesto por la autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta). Disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real, y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica."⁸⁸

Explicando el autor de mérito que el anterior enunciado separa netamente la pena criminal, como sanción punitiva, de las sanciones ejecutivas, con las cuales se trata de imponer coactivamente, la realización de lo establecido en el precepto correspondiente, así proceda tal realización del impedimento de la acción contraria al precepto, de un constreñimiento a la acción prescrita por él,

⁸⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo P - Z, Ob. Cit., pág. 2372.

del restablecimiento del status quo ante, del resarcimiento de los perjuicios causados de la nulidad del acto viciado o de su inoponibilidad - es decir, del desconocimiento de sus efectos - respecto de terceros. La pena criminal, en cambio, hiere al delincuente en su persona e importa necesariamente un mal que significa una restricción afectiva de su esfera jurídica.

Resulta conveniente resaltar que la concepción de la pena que antecede constituye un punto de vista basado en la teoría absoluta de la pena al considerar a esta como un mal que implica la restricción afectiva del sujeto, lo que desde nuestro punto de vista tal criterio ha sido superado en virtud de que en la actualidad, se intenta prevenir mediante la aplicación de la pena la comisión de más delitos.

Rafael de Pina, define a la pena como "El contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o el ejercicio de sus derechos, en el primer caso privándole de ella, en el segundo infligiéndole una merma en sus bienes y en el tercero restringiéndoselos o suspendiéndoselos."⁸⁹

Esta definición desde nuestro particular punto de vista, resulta completa y apropiada, puesto que implícitamente concede el carácter de pena pública penal al referir que es la condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, esto es respaldada por el principio de legalidad, que a su vez deja de ser apreciada desde el punto de vista absolutista, al indicar que puede afectar la libertad (pena de prisión), patrimonio (pena pecuniaria) o el ejercicio de sus derechos, lo que de ninguna manera implica un mal causado al sujeto, sino una consecuencia jurídica impuesta por el Estado en ejercicio del ius puniendi al delincuente.

⁸⁹ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 401.

Maggione Guiseppe, indica que la pena es “El mal que de conformidad con la ley del Estado, infringen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito habiéndose observado las debidas formalidades.”⁹⁰

La definición anterior, se encuentra basada en la teoría absoluta de la pena, situación que como ya se dijo en análisis precedentes, en la actualidad ha quedado superado .

La pena para Fernando Castellanos Tena consiste en: “El castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico.”⁹¹

Considerar a la pena como un castigo impuesto al delincuente, resulta a nuestro criterio un avance doctrinario, puesto que supera el criterio absolutista de la pena de concebir a ésta como el mal impuesto al delincuente, toda vez que el castigo no necesariamente implica el término mal, sino una consecuencia jurídica en afán de hacer conservar el propio estado de derecho en pro de la sociedad.

Carranca y Rivas, refiere que: “La pena es la legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el Estado al delincuente.”⁹²

Esta conceptualización al igual que la de Rafael de Pina, representa un gran avance, al indicar que la pena es la legítima consecuencia de punibilidad impuesta por el Estado al delincuente, en virtud que refiere una

⁹⁰ MAGGIONE, Guiseppe, “Derecho Penal”, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Temis Bogota, Colombia, 1989, pág. 293.

⁹¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 320.

⁹² CARRANCA Y TRIJILLO, Raúl, Ob. Cit., pág. 271.

legítima consecuencia de punibilidad, más de un mal causado por el Estado al delincuente, del mismo modo no concordamos con Raúl Carranca en el sentido de considerar a la pena como elemento del delito, toda vez que existen delitos que carecen de pena, tal es el caso del robo de fideicomiso, aborto terapéutico o por negligencia y/o descuido de la madre y homicidio culposo en razón del parentesco entre otros.

Cuello Calón sostiene que la pena consiste es: “El sufrimiento impuesto conforme a la ley por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción, penal tendiente a la prevención del delito”⁹³

La pena como sufrimiento impuesto por el estado, resultaría inapropiado puesto que tal consideración podría ser interpretada como infamante, lo que de conformidad con el numeral 22 de la Carta Magna se encuentra prohibido, fuera de ello la definición que antecede, significa una consideración propia de las teorías mixtas de la pena, ya que refiere además del sufrimiento impuesto por la pena al delincuente el objetivo de prevenir el delito, lo que desde nuestro punto de vista significa la mejor finalidad de mayor utilidad de la pena para la sociedad.

Nosotros podemos definir a la pena criminal, como la sanción jurídica, que el órgano jurisdiccional competente, en ejercicio del ius puniendi, impone al sujeto imputable, por su conducta típica, antijurídica realizada.

3.2.- Fines de la Pena.

Sobre el particular, haremos referencia de las principales teorías que han tratado de explicar el objetivo que se pretende alcanzar con la aplicación

⁹³ CUELLO CALÓN, Eugenio, “Derecho Penal”, Tomo I, Décima primera Edición, Editorial. Bosh, Barcelona, España, 1979, pág. 744.

de la pena, entendiendo a esta, como ya se dijo en el punto que antecede, como una consecuencia jurídica impuesta al sujeto imputable infractor de la norma penal.

3.2.1.- Teorías Absolutas.

A decir de Gustavo Malo Camacho la teoría absoluta de la pena “Tiene como punto de partida, en parte el pensamiento del iluminista racionalista, del que es especial y claro exponente Kant, quien a partir de sus obras, *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, sobre todo en la última, se refiere a los deberes de conciencia en relación con la conducta del hombre, los cuales vincula con su concepción de los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Precisa así, los primeros en función de la conducta humana que responde al deber de conciencia, en tanto que los otros responden a otro tipo de valoraciones o situaciones de circunstancia y oportunidad. En tal orden de ideas, afirma que la conducta del hombre es conforme a los deberes de conciencia, cuando sea tal que lo quiera la persona para sí mismo, sea válido, igualmente, en su deseo frente a los demás. Entiende que el hombre es un fin en sí mismo y por lo mismo, no puede ser medio para la consecución de otros fines, afirmación, ésta que habrá de tener el particular relevancia en su concepción de la pena.”⁹⁴

Continuando refiriendo el autor, que el concepto de la pena absoluta se sostiene sobre la base de entender que la pena se aplica y se justifica como fin en sí misma. Así, la pena es respuesta y retribución a la lesión causada por el delito, razón, ésta, que la explica y se justifica en sí, toda vez que al “mal del delito” le corresponde como respuesta social el “mal de la pena”, que por tanto, a su vez, se debe estar en relación con las características y el grado del delito cometido, con lo que en esta concepción de la pena absoluta, se afirma, también, la base del concepto de la pena justa, toda vez que el límite de

⁹⁴ MALO-CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., p.p 56 y 57.

la misma está fijado por el límite de la afectación causada.

El propio Kant, Citado por Miguel Ángel Cortés Ibarra, en relación a la pena indicó lo siguiente: “Debe de satisfacer un estricto principio de justicia, no debe aplicarse para otros fines y acepta el principio de la ley del tali3n: el que mata debe morir, esto es la justicia.”⁹⁵

A consideraci3n de Fernando Castellanos, en las teorías absolutas “La pena carece de la finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparaci3n o de retribuci3n del por el hecho ejecutado.”⁹⁶

Los pensadores afiliados a esta corriente te3rica, conciben a la pena como una consecuencia necesaria e inevitable del delito, teniendo un car3cter eminentemente reparador o retributivo, seÑalando que la misma no persigue un fin 3til, sino retribuir con el mal al delincuente.

Kohler, citado tambi3n por Miguel Ángel Cortés Ibarra seÑala que: “La conducta delictiva est3 determinada por motivos altamente inmorales, la pena tiene un car3cter dolorífico de expiaci3n punitiva, la voluntad inmoral que constituye el origen del mal, la pena por medio del sufrimiento conduce al delincuente a la moralidad.”⁹⁷

En sntesis, podemos decir que para la teoría en estudio, la finalidad de la pena es la retribuci3n al sujeto del mal causado por el delito cometido, lo que en la actualidad ha sido superado, puesto que la pena, no es

⁹⁵ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, “Derecho Penal Mexicano”, Quinta Edici3n, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 442.

⁹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 118.

⁹⁷ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, Ob. Cit., pág. 433.

desde nuestro punto de vista no es un mal, sino una consecuencia jurídica que en ejercicio del ius puniendi el estado impone al delincuente, con la finalidad de prevenir la comisión de delitos, además de castigar al infractor de la ley penal .

3.2.2.- Teorías Relativas

Gustavo Malo Camacho, nos indica respecto al tópico lo que continuación se transcribe: “Frente a las teorías absolutas se presentan las teorías relativas de la pena orientadas en el sentido de la prevención general o de la prevención especial y cuya característica común de diferencia respecto a la pena absoluta, deriva de que esta última aparece entendida como el sólo castigo aplicado a la persona por haber actuado en forma contraria a lo que la ley ordenaba, sin que tenga más fin que es mismo. En las teorías relativas en cambio, el fundamento de la pena aparece en el sentido de reconocer que la misma si persigue un objetivo específico, es decir, que no se le entiende como el sólo castigo de por haber actuado mal, sino buscando, con la imposición, un cierto objetivo específico que en la prevención especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la prevención general aparece dirigido al grupo social en general, si bien en algunas posiciones doctrinales se reconoce también un contenido dirigido a la persona a quien se aplica, aspecto que se pronuncia en la línea de la prevención general positiva.”⁹⁸

Fernando Castellanos comenta al respecto que: “A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran a la pena como un fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida de la sociedad. Esto es, asignar a la pena una finalidad en donde encuentra un fundamento.”⁹⁹

Algunos seguidores de estas teorías como lo es Romangnosi,

⁹⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 59.

⁹⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., pág. 119.

citado por Miguel Ángel Cortés Ibarra, señala que la finalidad de la pena para la teoría relativa “Es la evitación del delitos futuros, pero surge la ocasión de aplicarla al presentarse la ocasión criminal, y para lograr su fin, la pena influir en el ánimo del futuro delincuente, mediante el temor pero no en si atormentar, afligir, sino más bien el infundir temor a todo malhechor, a manera de que en el futuro no ofenda a la sociedad, sino una fuerza que repele al impulso delictivo.”¹⁰⁰

Roeder, también citado por Cortés Ibarra refiere que el fin especial de la pena es la: “Prevención de la realización de los hechos ilícitos, donde considera que la pena no tiene un carácter aflictivo, no la considera como un mal que se aplica al delincuente, no considerando que la pena sea el intimidar o bien el provocar el terror en los individuos, sino que persigue un mejoramiento integral de penado, previendo en la comisión de futuros actos punibles, siendo esto en beneficio de la comunidad.”¹⁰¹

En síntesis diremos que la finalidad de la pena para la teoría relativa es la prevención de las conductas delictivas dentro de la sociedad, lo cual desde nuestro punto de vista es sumamente adecuado, pero también es de observarse que no se puede dejar de lado el castigo al delincuente para lograr la ejemplaridad del mismo y con ello la prevención del delito.

3.2.3.- Teorías Mixtas.

Estas teorías, constituyen una teoría ecléctica de las dos doctrinas analizadas en los puntos anteriores, establece que la pena no debe de aspirar solamente a lograr la justicia mediante la aflicción de mal (teorías absolutas) sino que también el Estado, debe buscar la prevención general y especial de la

¹⁰⁰ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, Ob. Cit., pág. 434.

¹⁰¹ Ídem, pág. 334.

delincuencia (teorías relativas), siendo esta teoría mixta o ecléctica la que cuenta con una mayor aceptación por los diversos tratadistas, siendo algunos de sus exponentes Carrancá y Cuello Calón, donde este último sostiene que “Si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir de modo absoluto la idea de justicia, cuya base es la idea de retribución pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil.”¹⁰²

Por lo anterior, consideramos a las teorías mixtas de la pena como las más avanzadas para la aplicación en los sistemas jurídicos de la actualidad y en esa misma tesitura y para un mayor abundamiento, podemos afirmar que las características y fines de la pena, según las referidas teorías, son los siguientes:

1.- Intimidatoria; puesto que debe de atemorizar y funcionar de modo tal que inhíba a las personas a no delinquir, logrando con ello la prevención del delito.

2.- Ejemplar; debe ser lo suficiente capaz para ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad advirtiéndole a todo sujeto susceptible de cometer un delito que la misma es eficaz y real e inminente.

3.- Conectiva; toda vez que la pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y a la vez saludable, porque el tiempo que dure la misma se debe de aprovechar el tiempo realizando tratamiento de enseñanza, curativos, o más bien reformativos, que cada individuo resulte favorecido para una pronta reintegración a su vida gregaria y evitar con ello la reincidencia.

4.- Justa, ya que el orden social trata de mantener descanso en la

¹⁰² CUELLO CALÓN, Eugenio, Ob. Cit., pág. 536.

justicia, esta da vida a todo orden correctivo y sería de tal forma absurdo y contradictorio defender la justicia misma, mediante injusticias, pero además porque no se lograría una paz pública, sin dar satisfacción a la sociedad, a las familias y a los ofendidos por el delito, ni se evitarían las venganzas privadas.

5.- Eliminatorias de manera temporal, mientras se logra la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad con la sociedad

3.3. Clasificación de las Penas.

En este apartado, haremos mención de la clasificación que de las penas que hacen los doctrinarios Eugenio Cuello Calón e Ignacio Villalobos, así como la clasificación realizada por el Nuevo Código Penal del Distrito Federal.

3.3.1.- Clasificación de las Penas realizada por Cuello Calón.

La clasificación de las penas que aporta Cuello Calón a la doctrina, es la que a continuación se indica:

“A) Atendiendo al fin, las penas pueden dividirse en:”

“I.- Intimidación, indicadas para los individuos no corrompidos a quienes aún existe el resorte de la moralidad, que es preciso reforzar por el miedo a la pena.”

“II.- Corrección; que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente pero reputados corregibles; y”

“III.- De eliminación o seguridad para los delincuentes incorregibles

y peligrosos a quienes es preciso para seguridad social; colocar en situación de no causar daño a los demás.”

“B) Atendiendo a la materia sobre la que cae la aflicción penal:”

“I.- Corporales; que recaen sobre la vida o la integridad corporal,”

“II.- Privativas de libertad; las cuales privan al reo de su libertad (penas de prisión);”

“III.- Penas restrictiva de libertad; que limitan la libertad del penado especialmente en cuanto a la facultad de residencia.”

“IV.- Privativas o restrictivas de derechos, que pueden recaer sobre derechos de carácter público o sobre derechos de familia;”

“V.- Pecuniarias; que recaen sobre la fortuna del condenado.”

“VI.- Infamantes; que privan del honor a quienes la sufren.”¹⁰³

3.2.3.- Clasificación de las Penas realizada por Ignacio Villalobos.

Ignacio Villalobos, realiza una clasificación de las penas atendiendo a la forma de aplicación, fin preponderante y al bien jurídicamente afectado, por lo que a continuación se transcribe dicha clasificación de penas que a la letra dice:

“A) Por su forma de aplicación:”

¹⁰³ Ídem, pág. 536.

“I.- Principales; que son las que la ley señala para el delito y el juez debe de imponer en la sentencia.”

“II.- Complementarias; que son aquellas que su imposición puede tomarse como potestativa; ya que se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por su misma naturaleza y fin se consideran como secundarias.”

“III.- Accesorias; que son aquellas que sin mandato expreso del juez, son automáticamente aplicadas a la pena.”

“B) Por su fin preponderante.”

“I.- Intimidatorias; que son todas las verdaderas penas pero con exclusividad de multa y la prisión de corta su duración.”

“II.- Correctivas; carácter que debe de suponerse en toda pena excepto a las que recurren a una eliminación definitiva, por lo que aplican especialmente en aquellas que mantienen al sujeto privado de su libertad y por ende dan lugar a un tratamiento.”

“III.- Eliminatorias; tal es el caso de la pena de muerte, la renegación perpetua y el destierro.”

“C) Por el bien jurídico afectado.”

“I.- La pena capital; que priva de la vida.”

“II.- Las penas corporales, aquellas que se aplican directamente sobre las personas (azotes, mutilaciones, marcas...etc.).”

“III.- Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como lo es el confinamiento o prohibición de ir a determinado lugar, o bien a la prisión.”

“IV.- Penas pecuniarias; que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.”

“V.- Contra otros derechos; como o son la destitución o la suspensión de funciones, empleos, o cargos públicos aún cuando estas pudieran tomarse más bien como medidas de seguridad.”¹⁰⁴

3.3.- Clasificación de las Penas prevista en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

De conformidad con el numeral 30 de la Ley Adjetiva Penal vigente en el Distrito Federal, las penas que en su caso deben ser impuestas por los delitos cometidos son:

I.- Prisión;

II.- Tratamiento en libertad de imputables;

III.- Semilibertad;

IV.- Trabajo en Beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad.

V.- Sanciones Pecuniarias;

¹⁰⁴ VILLALOBOS, Ignacio, “Derecho Penal Mexicano”, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 526 y 527.

VI.- Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito.

VII.- Suspensión o privación de derechos; y

VIII.- Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

I.- Prisión.

La prisión consiste en la privación de la libertad personal, su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquéllas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de cincuenta años. (Artículo 33 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.)

II.- Tratamiento en libertad de imputables.

El tratamiento en libertad de imputables, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

Esta pena podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la

prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

El tratamiento en libertad de imputables podrá imponerse conjuntamente con las medidas de seguridad tendentes a la deshabitualización del sentenciado, cuando así se requiera. En todo caso la pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado. (Artículo 34 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

III.- Semilibertad.

La semilibertad implica alternación de periodos de libertad y privación de la libertad.

Se impondrá y cumplirá, según las circunstancias del caso, del siguiente modo:

I.- Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana;

II.- Salida del fin de semana con reclusión durante el resto de ésta;

III.- Salida diurna con reclusión nocturna; o

IV.- Salida nocturna con reclusión diurna.

La semilibertad podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la prisión. En este último caso, la duración no podrá exceder de la que corresponda a la pena de prisión sustituida.

En todo caso, la semilibertad se cumplirá bajo el cuidado de la

autoridad competente. (Artículo 35 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

IV.- Trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad.

El trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente.

El trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley específica regule.

En ambos casos se cumplirá bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que represente la fuente ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradable o humillante para el sentenciado.

Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día de multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad.(Artículo 26 del Nuevo Código Penal para el Distrito

Federal)

V.- Sanción Pecuniaria

La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica. (Artículo 37 del Nuevo Código Penal para el D.F.)

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día, ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en este Código.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito. El límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometer el delito.

Para fijar el día multa se tomará en cuenta:

El momento de la consumación, si el delito es instantáneo; el momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente; o el momento de consumación de la última conducta, si el delito es continuado. (Artículo 38 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

En cuanto a los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta extorsión, despojo, daño en propiedad ajena, y encubrimiento por receptación para establecer la cuantía correspondiente así como para determinar la multa se tomará en consideración el salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento de la ejecución del delito. (Artículo 247 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

La reparación del daño comprende según la naturaleza del delito de que se trate:

1.- El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

2.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizada. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

3.- La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derechos a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

4.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

5.- El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad, para trabajar en oficio arte o profesión. (Artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

La sanción económica, en los delitos cometidos por los servidores públicos a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo de este Código, la sanción económica consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios ocasionados. (Artículo 52 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

Se considera conveniente hacer hincapié en esta parte de la investigación que la reparación del daño de conformidad con el numeral 37 del Nuevo-Código Penal para el Distrito Federal, tiene el carácter de pena pública,

aspecto que será tratado en el punto 3.8 del presente capítulo.

VI.-Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.

El decomiso consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal, de los instrumentos, objetos o productos del delito, en los términos del presente Código.

Si son de uso lícito, se decomisarán sólo cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; si pertenece a un tercero sólo se decomisaran cuando este haya tenido conocimiento de su utilización para la comisión del delito y no lo denuncie o no hizo cuanto estaba en su parte para impedirlo. (Artículo 53 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

VII.- Suspensión o privación de derechos, destitución y

VIII.- Inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos

La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos.

La privación consiste en la pérdida definitiva de derechos.

La destitución consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público. La inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos. (Artículo 56 del Nuevo Código penal para el Distrito Federal)

La suspensión y la privación de derechos son de dos clases:

I.- La que se impone por ministerio de ley, como consecuencia necesaria de la pena de prisión, y

II.- La que se impone como pena autónoma.

En el primer caso, la suspensión o privación comenzarán y concluirán con la pena de que sean consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

A estas mismas reglas se sujetará la inhabilitación (Artículo 57 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su caso, los derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes.

La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y concluirá cuando se extinga la pena de prisión. (Artículo 58 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

En el caso de la destitución, ésta se hará efectiva a partir del día en que cause ejecutoria la sentencia. (Artículo 59 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal)

3.4.- Definición de Daño.

Carmen García Mendieta, señal que: "Daño. (Del latín, *damnum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción ofensa o dolor que se provocan en la

persona, cosas o valores morales, sociales de alguien.)”¹⁰⁵

Rafael de Pina define al daño como la “Pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación “(Artículo.2108 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta definición legal debe entenderse en le sentido de daño material. El daño también puede ser moral.”¹⁰⁶

Nosotros diremos que el daño género puede presentarse en dos especies material y moral, los cuales serán estudiados en el punto número 3.7.del presente capítulo.

3.5.- Definición de Perjuicio.

Como ha quedado explicado en el punto 2.2.3.1. del capítulo segundo de la presente investigación, el perjuicio es aquella ganancia lícita que una persona a dejado de percibir, por el incumplimiento de una obligación y trasladado al ámbito penal es esa ganancia lícita que se ha dejado de percibir como resultado de la comisión de un delito.

3.6.- Diferencia entre Daño y Perjuicio.

Consideramos importante, realizar una distinción en base a las definiciones mencionadas en los dos puntos que anteceden de las figuras jurídicas de daño y perjuicio, desde el punto de vista del Derecho Penal, refiriendo que la primera de estas, consiste en la perdida o menoscabo sufrido en el patrimonio o en la persona misma por la realización de una conducta típica antijurídica y por la segunda la privación de cualquier ganancia lícita a la que se

¹⁰⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo D - H. Ob. Cit., pág. 820.

¹⁰⁶ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 401.

tiene derecho, ocasionada por ésta misma razón.

En esta misma temática, con el objeto de llevar a cabo una más palpable distinción entre los conceptos en estudio, podemos afirmar que el daño es genérico ya que protege un bien específico, el bien protegido puede ser de carácter patrimonial o moral y por su parte el perjurio, es específico puesto que cobra vida jurídica por la afectación de un bien y es eminentemente patrimonial.

3.7.- Clases de Daño.

En el presente punto, a través de sus subíndices, estudiaremos la clasificación jurídica de las dos especies de daño, prevista en el Código Civil vigente para el Distrito Federal y que en específico son el moral y material.

3.7.1.- Daño Material.

Para definir al daño material y a falta de especificación de la legislación penal de tal concepto, recurriremos al numeral 2108 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que a la letra dice lo siguiente:

“Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrida en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.”

La anterior definición del daño que nos aporta la legislación sustantiva civil vigente en el Distrito Federal, resulta clara por si sola y nos permite definir al daño material como aquella afectación, detrimento, menoscabo o pérdida que de su patrimonio sufre una persona como consecuencia del incumplimiento de una obligación y que trasladado al ámbito penal dicha consecuencia es producida por la comisión de un delito, por lo que no existiendo más que aportar al citado tema se pasa al siguiente punto.

3. 7. 2.- Daño Moral.

El numeral 1916 del código civil vigente en el Distrito Federal, lo define de la siguiente manera:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”

La definición legal del daño moral anteriormente transcrita aportada por la ley sustantiva civil vigente en el Distrito Federal, explica de manera clara lo que debe entenderse por daño moral, sólo que trasladado al ámbito penal, la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y/o aspectos físicos, son consecuencia de la comisión de un delito.

3.8.- La reparación del daño como Pena Pública.

Consideramos necesario para entrar al estudio de la reparación del daño como pena pública, mencionar de nueva cuenta lo que se debe entender por pena, entendiendo por ésta, la sanción jurídica que el órgano jurisdiccional competente, en ejercicio del ius puniendi, impone al sujeto imputable por su conducta típica, antijurídica realizada.

Una vez que ha quedado entendido el significado de pena, afirmamos que tal carácter tiene la reparación del daño, lo anterior de conformidad con lo establecido por el numeral 37 de la ley sustantiva penal vigente en el Distrito Federal misma que es considerada como una submodalidad de la pena pecuniaria.

Con el objeto de robustecer el anterior razonamiento, me permito transcribir el criterio de los tribunales judiciales federales siguientes:

“REPARACION DEL DAÑO.” Por la estructura del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la reparación del daño debe considerarse como una pena pública, con carácter general y no de excepción. (Quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo II, Parte. HO Página: 619.)

El criterio que antecede ratifica el carácter de pena público de la reparación del daño, lo que consideramos apropiado por encontrarse acorde con el numeral 37 de la ley sustantiva penal vigente para el Distrito Federal.

En este mismo orden de ideas, se considera adecuado hacer mención que la reparación del daño como pena pública, comprende la reparación de los daños y de los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, sobre el particular y con el objeto de robustecer la presente afirmativa, me permito transcribir el criterio que a continuación se indica:

“REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO.” En los artículos 33, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, y 27, fracción II, del Código Penal del Estado de Campeche, se regula la figura de la reparación del daño, referida también a los perjuicios sufridos por la víctima; por lo que, conforme a estos dispositivos, al resolver sobre dicha reparación, de ser procedente, el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de

lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de ningún modo puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el legislador impone al Juez y al Ministerio Público. Corrobora lo anterior, el texto vigente del artículo 20, apartado A, fracción I, y apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal, en el que se ha elevado a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía; y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculpado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que, actualmente, en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculpado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. (Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario. Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Noviembre de 2002. Página:160.)

El criterio transcrito, comprende al perjuicio como parte de la pena de reparación del daño que en caso de ser acreditada su existencia y como producto del delito, el juzgador estará obligado a condenar al sujeto activo por tal concepto, criterio que es compartido por la legislación sustantiva y adjetiva penal vigente en el Distrito Federal.

Así mismo cabe hacer mención que el sentenciado puede dar cumplimiento a la reparación de daño, mediante la restitución de los bienes materiales que hubieren constituido el objeto material del delito como lo indica el criterio siguiente:

“REPARACIÓN DEL DAÑO. DIFERENCIA ENTRE PAGO Y RESTITUCIÓN DEL OBJETO, EN LA.” Es incorrecto condenar al quejoso al “pago” de la reparación del daño, consistente en la restitución de la cosa, y tenerla por satisfecha al haberse recuperado el objeto relacionado con el delito, pues no debe perderse de vista que la reparación del daño es considerada por la ley como una pena pública que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, consiste en la restitución de la cosa y de no ser posible, el pago del precio de la misma y la indemnización del daño material y moral causado. (Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VII, Abril de 1998. Página: 675)

De tal guisa, se desprende la posibilidad de cumplir con la pena de reparación del daño restituyendo la cosa objeto material del delito, debiendo además cubrir el daño material y moral ocasionado al ofendido por la comisión del delito.

En síntesis, podemos decir que efectivamente la reparación del daño en materia penal es una pena pública y que ésta comprende el daño

material y moral, así como los perjuicios ocasionados por la comisión del delito.

3.9.- Alcance de la reparación del daño de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Para el desarrollo del presente punto y para una mayor precisión y claridad en la explicación del mismo, transcribiremos lo que señala el numeral 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:”

“I.- El restablecimiento de las cosas en el estado en el que se encontraban antes de cometerse el delito;”

“II.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delitos sin necesidad de recurrir a la prueba pericial ;”

“III.- La reparación del daño moral sufrida por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;”

“IV.- el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y”

“V.- El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”

Es de observarse que el numeral 42 del Nuevo Código penal para el Distrito federal, corrobora, lo que se mencionó en el punto precedente, en el sentido de que la reparación del daño como pena pública comprende el daño material y/o moral así como los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, así como también de acuerdo con la naturaleza del caso, la restitución de la cosa obtenida por el delito con sus frutos y accesorios o bien su valor actualizado, abarcando del mismo modo los salarios o percepciones en el caso de lesiones o incapacidad, resultando conveniente hacer la aclaración de que en la práctica es de difícil situación el hecho de que el órgano jurisdiccional condene al sujeto activo al pago del daño moral, puesto que no existe un criterio que especifique el monto aplicable para cada delito en específico, por lo que una vez referidos los aspectos del alcance de la reparación del daño como pena pública se pasa al siguiente punto.

3.10.- Personas que tienen derecho a la reparación del daño de conformidad con el Nuevo Código Penal.

En el presente punto, al igual que en el que antecede, será realizado en base a lo que la legislación sustantiva vigente en el Distrito Federal nos aporta.

Personas que tienen derecho a la reparación del daño, de conformidad con lo establecido en el numeral 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

“I.- la víctima y el ofendido; y”

“II.- A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.”

Existiendo la preferencia de la reparación del daño al pago de cualquier otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales y toda vez que resulta claro lo indicado por la legislación penal vigente, se considera innecesario entrar a un mayor análisis, por lo que no existiendo más elementos que aportar en lo concerniente a las personas que tienen derecho a la reparación del daño en el Distrito Federal, se pasa al siguiente punto.

3.11.- Personas Obligadas a reparar el daño de conformidad con el Código Penal para el Distrito Federal.

De conformidad con el numeral 46 del Código Penal para el Distrito Federal. Están obligados a reparar el daño:

“I.- Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo autoridad;”

“II.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;”

“III.- Las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los demás contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y “

“IV.- El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus

funciones.”

Por último resulta conveniente referir que la reparación del daño exigible a terceras personas vinculadas con el sujeto activo, como es el caso de los supuestos referidos con antelación, no tiene el carácter de pena pública, sino de responsabilidad civil exigible de manera incidental.

3.12.- Prescripción de la pena de reparación del daño.

La prescripción puede ser definida en materia penal como la extinción de la pretensión punitiva o de la facultad para ejecutar las penas, por el simple transcurso del tiempo y cumpliendo con los requisitos previstos por la ley para tal efecto. Aclarando que para la existencia de la prescripción de la reparación del daño, es necesario la existencia previa de una sentencia condenatoria, esto es hablar, de la prescripción de la reparación del daño es encontrarse en un supuesto de prescripción de la facultad del Estado como soberano de ejecutar las penas impuestas sobre tal situación el numeral 116 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“Salvo disposición legal en contrario, la potestad para ejecutar la pena privativa de libertad o medida de seguridad, prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena, pero no podrá ser inferior a tres años.”

“La potestad para ejecutar la pena de multa prescribirá en un año. Para las demás sanciones prescribirá en un plazo igual al que deberán durar esta, sin que pueda ser inferior a dos años.”

“La potestad para ejecutar las penas que no tengan temporalidad y la de la reparación del daño prescribirán en dos años, los plazos serán contado a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.”

“Los plazos serán contados a partir de en que cause ejecutoria la resolución.”

Por lo anterior arribamos a la conclusión de que la pena pública de reparación del daño, prescribe en un término de dos años, contados a partir del día siguiente en que cause estado la sentencia condenatoria.

CAPITULO IV
CRITICA A LA PERSECUCION
OFICIOSA DEL DELITO DE
ABUSO DE CONFIANZA Y SU
INCIDENCIA AL INCUMPLIMIENTO
DE LA REPARACION DEL DAÑO

CAPITULO IV

CRÍTICA A LA PERSECUCIÓN OFICIOSA DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y SU INCIDENCIA AL INCUMPLIMIENTO DE LA RAPARACIÓN DEL DAÑO

En este último capítulo, abordaremos los requisitos de procedibilidad previstos en el código penal vigente para el Distrito Federal y que son la denuncia y querrela, así como también las consecuencias jurídicas del otorgamiento del perdón en aquellos delitos perseguibles a instancia de parte ofendida, realizando un estudio del principio de mínima intervención del derecho penal y la crítica a la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza.

4.1.- Requisitos de Procedibilidad previstos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En el presente punto, estudiaremos los dos requisitos de Procedibilidad que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contempla y que en específico son la denuncia y la querrela.

4.1.1.- La Denuncia.

José Ovalle Favela, respecto de la denuncia refiere lo siguiente: “Denuncia: del verbo denunciar, que proviene de latín denuntiare, el cual significa hacer saber, remitir un mensaje.”¹⁰⁷

Explicando el citado autor de mérito que la expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las condiciones jurídicas o sanciones

¹⁰⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo D - H. Ob. Cit., pág. 899.

previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos. Dentro de este significado amplio se puede ubicar el que se da a esta percepción dentro del derecho procesal penal, como acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público) la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio.

Continuando con el autor referido menciona que “En el derecho procesal penal, la denuncia de hechos probablemente delictuosos puede ser formulada de manera verbal o por escrito, ante el Ministerio Público o la policía judicial. Cuando la denuncia se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levanta el funcionario que la reciba. En ambos casos, deberá contener la firma o la huella digital del denunciante y su domicilio; y el funcionario que la reciba deberá requerir a este para que se produzca bajo protesta de decir verdad.”

“La denuncia debe limitarse a describir los hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente. El funcionario que reciba la denuncia debe prevenir al denunciante para que ajuste su denuncia a esta exigencia, e informarle sobre la trascendencia jurídica del acto que realice, las penas en que incurrirán quienes se conducen con falsedad ante las autoridades y las modalidades del procedimiento.”¹⁰⁸

La definición de la denuncia, desde el punto de vista penal así como la explicación de la misma realizada por el autor de referencia, desde nuestro punto de vista resulta apropiada al concebirla como el acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de acusación, la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio, agregando que tal conocimiento puede realizarse de manera verbal o escrita, debiendo limitarse a

¹⁰⁸ *Íbidem*, pág. 899.

transcribir los hechos presumiblemente delictivos, sólo que no es manejada como requisito de procedibilidad.

Por su parte Jesús Martínez Garnelo, nos dice se debe considerar a la denuncia como “La comunicación o notificación que da cualquier persona a la autoridad competente - Ministerio Público - sobre determinado hecho, posiblemente constitutivo de algún delito perseguible de oficio; esta noticia criminis puede provenir tanto de la víctima, de un tercero, de un particular, etc., e incluso de un menor de edad o del propio autor del delito (autodenuncia). La denuncia es el acto por el cual, cualquier persona haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público, la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o configurar un delito.”¹⁰⁹

Refiriendo este mismo autor, que la denuncia presenta las características siguientes:

“Es un medio informativo y un requisito de procedibilidad.”

“Con ella se establece el derecho reservado de persecución oficiosa.”

“El ofendido podrá ser tercera persona que pueda denunciar y llevar a cabo la noticia criminis.”

“Es el relato de hechos constitutivos de algún delito que se hace ante el Ministerio Público.”

“Puede llevarse de manera verbal o por escrito.”

¹⁰⁹ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, “La Investigación Ministerial Previa”, Cuarta Edición. Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 290.

“Es obligación legal el presentarla.”

“Es un medio lícito, se regula en el ámbito normal y no jurídico.”¹¹⁰

La definición y explicación de la denuncia realizada por Jesús Martínez, desde nuestra perspectiva, representa un gran avance doctrinario, al considerarla como un medio informativo para hacer del conocimiento del órgano investigador la comisión de hechos probablemente constitutivos de delito perseguibles de oficio y un requisito de procedibilidad para que el referido órgano investigador inicie las diligencias indagatorias necesarias sobre tales hechos, la cual tiene el carácter de obligatoria y puede ser presentada por cualquier persona de manera verbal o escrita, lo que nos parece apropiado por estar acorde con la legislación sustantiva y adjetiva penal en el Distrito Federal.

Rafael de Pina por su parte, define a la denuncia como “El acto mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad la comisión de algún delito o infracción legal.”¹¹¹

Tal definición concibe a la denuncia como un medio informativo de hacer saber a la autoridad la comisión de algún delito o infracción, lo que significa que sólo puede ser retomada para efectos de la presente investigación lo concerniente a la noticia por la que se hace del conocimiento de la autoridad la comisión de algún delito, ya que aceptar también el conocimiento de la infracción legal, resultaría vago, puesto que tal situación pudiera ser propio de otra rama del derecho como la administrativa, en esta misma tesitura, en cuanto a la parte que nos interesa, presenta algunas deficiencias, al no precisar si tal delito que se hace del conocimiento de la autoridad es perseguible o no de manera oficiosa y por ende si existe la obligación de presentarla o no, ni tampoco quien es el

¹¹⁰ Ídem, p.p. 290 y 2891.

¹¹¹ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 223.

facultado para presentarla.

La denuncia según César Augusto Nieto es “La comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.”¹¹²

Esta definición resulta desde nuestro punto de vista adecuada al considerar a la denuncia como la comunicación que cualquier persona hace al Ministerio Público de la comisión de algún delito perseguible de oficio, sin embargo no la considera como requisito de procedibilidad, sin establecer tampoco la obligatoriedad de tal denuncia.

Eugenio Froilan, señala que la denuncia es “La exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o un tercero a los órganos competentes. La denuncia es el instrumento propio de los actos perseguibles de oficio.”¹¹³

Tal definición adolece de los mismas inconsistencias que la aportada por César Augusto Nieto.

Para José Ángel Claria Olmedo, indica que la denuncia es “La trasmisión de conocimiento por la cual un particular comunica formalmente a la autoridad la existencia de un hecho delictuoso que da lugar a acción penal promovible por el ministerio fiscal.”¹¹⁴

En efecto la denuncia es el conocimiento que el particular hace a la

¹¹² NIETO OSORIO, César Augusto, “La Averiguación Previa”, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 9.

¹¹³ FLORIAN, Eugenio, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Traducción Prieto Castro, Eduardo, Editorial Bosh, Barcelona España, 1989, pág. 33.

¹¹⁴ CLARÍA OLMEDO, José Ángel, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo IV, Editorial. Editar Ediciones S.A. de. C.V., Buenos Aires Argentina, 1998, pág. 432.

autoridad de un hecho delictuoso, pero no en todos los casos genera la acción penal ejercitada por el Ministerio Público propiamente dicho, sino sólo la obligación de este de realizar las indagatorias correspondientes.

Miguel Fenech, considera a la denuncia como “El acto procesal consistente en una declaración de conocimiento emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano jurisdiccional la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito o falta.”¹¹⁵

Esta definición al igual que la aportada por Rafael de Pina, resulta ser vaga en el ámbito penal, puesto que para tal rama del derecho importan sólo los delitos.

Para Sergio García Ramírez la denuncia es “La transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe de hacer) a la autoridad competente”¹¹⁶

Explicando el referido autor que no entraña, como la querrela, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querellarse (que algunos denominan delitos privados, aún y cuando sólo es privada la instancia de perseguirlos). Se considera que la persecución mediante denuncia - o sea de oficio - constituye el dato contemporáneo en la evolución jurídica, como efecto de la continuada asunción de las tareas persecutorias por parte del Estado.

Se considera pertinente, para una mayor claridad transcribir el criterio de tesis aislada siguiente:

¹¹⁵ FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Labor, Barcelona España, 1960, pág. 529.

¹¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Ob. Cit., pág. 34.

“DENUNCIA EN MATERIA PENAL. SU CONNOTACION.” Por denuncia en materia penal debe entenderse la noticia que tiene el Ministerio Público de la existencia de un hecho delictuoso, motivo por el que en tratándose de un delito perseguible de oficio es suficiente que el acusador público tenga esa noticia, para que esté en aptitud de ejercitar la correspondiente acción penal. (Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, Febrero de 1997. página: 620.)

El criterio transcrito, establece que la denuncia es la noticia que tiene el Ministerio Público de la existencia de un hecho delictuoso perseguible de oficio, lo que implica que en caso de ser procedente estará en aptitud de ejercitar la acción penal, de lo que se desprende que también que es un requisito de procedibilidad.

Desde nuestro punto de vista, la denuncia es la noticia que de manera obligatoria esta obligada a presentar toda persona ante el órgano investigador competente (Ministerio público) de la posible comisión de un delito perseguible de oficio, del que se haya tenido conocimiento, lo que significa un requisito de procedibilidad para la actuación del órgano investigador de los hechos y en caso de ser procedente ejercitar la acción penal.

4.1.2.- La Querella.

De igual manera que en el punto que antecede se considera necesario realizar la transcripción de diversas definiciones del término jurídico-penal denominado querella.

Rafael Márquez Piñeiro, nos dice que querella, proviene “Del latín querella, acusación ante juez o tribunal competente con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso de la acción penal contra los responsables

de un delito.”¹¹⁷

La definición que antecede se considera inapropiada, en virtud de que la querrela dentro de nuestro sistema jurídico penal, no es presentada ante el juez o tribunal, sino ante el Ministerio Público que es el órgano investigador y persecutor de los delitos, en cuanto a la solemnidad indicada para su presentación la consideramos de igual forma fuera de contexto, puesto que puede ser presentada de manera verbal o escrita, por último resulta conveniente hacer hincapié que no en todos los delitos la querrela puede ser un requisito de procedibilidad, sino sólo en aquellos perseguibles a instancia de parte.

Jesús Martínez Garnelo subraya que: “La querrela es un derecho que integra la esfera jurídica de la libertad de los particulares, para cumplir con esa formalidad basta que comparezca el titular de ese derecho y manifieste los hechos delictivos de que fue objeto, para se que tenga la autorización para perseguir el delito; si no hay querrela, el Ministerio Público esta impedido para investigar el delito, ejecutar la acción penal y acusar al responsable para que se le castigue. El juez deberá examinar en los delitos privados si existe querrela y si está formulada por quien tiene derecho a hacerlo, si determina su ausencia deberá, sobreseer el juicio, pues estaría impedido para ejercitar sus facultades de dictar su ejecutoria.”¹¹⁸

Esta definición resulta apropiada desde nuestro punto de vista al considerar a la querrela como un derecho perteneciente a la esfera jurídica del particular consistente en hacer del conocimiento de los hechos delictivos privados de que fue objeto al Ministerio Público para que éste pueda abocarse a la investigación de tales hechos, aclarado que todos los delitos son de índole público, sólo que algunos son perseguibles de oficio y otros a instancia de parte

¹¹⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Tomo P - Z. Ob. Cit., pág. 2647.

¹¹⁸ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, Ob. Cit., pág. 290.

ofendida, siendo la querella el requisito de procedibilidad para estos últimos delitos.

Para Rafael de Pina, la querella es el “Acto procesal de parte (o del Ministerio Público) mediante el que se ejerce la acción penal.”¹¹⁹

Resulta inapropiado desde nuestro criterio indicar que la querella puede ser presentada por parte o el Ministerio Público, puesto que tal derecho corresponde única y exclusivamente al particular o su legítimo representante, que sufrió la comisión del delito perseguible por disposición de ley a instancia de parte ofendida, lo que no implica en todos los supuestos de la presentación de querella, que se ejerza la acción penal por parte del Ministerio Público, sino sólo en aquellos casos procedentes.

Por su parte César Augusto Nieto nos dice que “La querella puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por un sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie y se integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.”¹²⁰

Consideramos que la definición plasmada con antelación es apropiada y concisa al considerar a la querella como la manifestación de voluntad, formulada por el sujeto pasivo u ofendido, para que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio e inicie la averiguación previa y en su caso ejercite la acción penal, con lo que se clarifica el hecho de que no por la sola presentación de la querella se suscita el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sino sólo como ya se dijo en el comentario que antecede en caso de que sea procedente en términos de ley.

¹¹⁹ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 427.

¹²⁰ NIETO OSORIO, César Augusto, Ob. Cit, pág. 9

Eugenio Florián, señala que la querrela es la “Exposición que la parte lesionada por el delito hace a los órganos adecuados para que se inicie la acción penal.”¹²¹

Es correcto considerara a la querrela como la exposición de la parte lesionada por el delito al órgano adecuado, sólo que tal hecho como ya se ha dicho no implica por sí sólo el ejercicio de la acción penal, sino el inicio por principio de cuantas de la averiguación previa por parte del Ministerio Público.

Fench, concibe a la querrela como “El acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al titular de un órgano jurisdiccional, por la que el sujeto además de poner en conocimiento la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito falta, solicitan la iniciación de un proceso frente a una o varias personas determinadas o determinables.”¹²²

Sostener que la querrela es una declaración de voluntad por la que se pone en conocimiento al órgano jurisdiccional la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito o falta, se considera desde nuestro punto de vista inapropiado dentro de nuestro sistema jurídico penal, toda vez que la querrela se refiere a hechos probablemente constitutivos de delitos exclusivamente, más no de faltas, y que tales delitos deben ser perseguibles a instancia de parte ofendida.

En este misma temática, Sergio García Ramírez, nos menciona en relación con la querrela, lo siguiente: “En el derecho comparado, la voz querrela posee una doble aceptación: como sinónimo de acción cuyo ejercicio compete a los particulares y como simple requisito de procedibilidad. En México donde ha prevalecido el monopolio acusador del Ministerio Público - que subsiste en lo que

¹²¹ FLORIÁN, Eugenio, Ob. Cit., pág. 236.

¹²² FENECH, Miguel, Ob. Cit., pág. 543.

respecta al sujeto facultado para el ejercicio de la acción penal -, la querrela es siempre requisito de procedibilidad que se resume a la manifestación de conocimiento que sobre los hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que lleve adelante la persecución procesal.”¹²³

Abundando el citado autor respecto a la querrela, indicando que dicho requisito se plantea en el caso de los delitos para cuya persecución predomina el interés privado sobre el interés público, Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal la persecución privada constituye una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido la vigencia de la querrela, así como el perdón que proviene de ciertos sujetos legitimados para concederlo - el ofendido o un tercero facultado para la ley o por convenio y que suscita el sobreseimiento en el proceso.

En concordancia con lo anterior y a manera de definición propia diremos que la querrela es la facultad jurídica con que cuenta el ofendido del delito de hacer del conocimiento por si o a través legítimo representante al órgano investigador (Ministerio Público) la comisión de algún delito, cometido en su contra y perseguible por disposición de ley a instancia de parte, requisito de procedibilidad necesario para que dicho órgano se encuentre en aptitud de investigar la comisión de tal delito y en su caso ejercitar la acción penal.

4.2.- Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.

Se considera de vital importancia el desarrollo del principio limitante del ius puniendi al que la doctrina denomina Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal o Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, por considerarlo de vital importancia para el desarrollo de la presente investigación por tal razón, a continuación entraremos al estudio del tema referido.

¹²³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Ob. Cit., p.p. 34 y 35.

Para este principio, el derecho penal debe entenderse como *última ratio mejor aún extrema ratio*, esto es que sólo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles ya sean formales o informales.

El modo de control directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que significa para algunos autores la aplicación del Derecho Penal ante el delincuente, sólo debe ser aplicable como última instancia.

Estrechamente vinculado a lo anterior está el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy específicos y necesarios ya que de lo contrario, el Estado podría convertirse en un Estado Policial y además se correría el riesgo de paralizar toda actividad social a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, esto sería la negación del Estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos, de ahí que en el último tiempo haya habido fuertes movimientos por una simplificación de las partes especiales de los Códigos Penales, una tendencia a la discriminación de conducta.

Aspecto importante del principio de la necesidad de la intervención es la exigencia de proporcionalidad, que implica una proporción de la sanción con el fin que se persigue con la pena, en este sentido si bien el planteamiento de proporcionalidad es puesto de relieve por las teorías preventivas, y por tanto la proporcionalidad está en relación a la utilidad (de intimidación, reafianzamiento de la conciencia o de resocialización o reeducación), en la medida de que estas recogen moderadamente las categorías dogmáticas tradicionales, se produce una limitación a esta relación con el fin preventivo propiamente tal y entra a jugar también proporcionalidad con la protección a los bienes jurídicos y a la responsabilidad del sujeto, con lo cual dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el

principio de proporcionalidad y el de justicia propio a la retribución (la sanción como el merecimiento justo - proporcionado - al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto). Ahora bien, en la medida que la exigencia de proporcionalidad surge desde la necesidad de la intervención, ello puede implicar que en un caso concreto la intervención no sea necesaria, y, por tanto, que la exigencia de proporcionalidad carezca ya de sentido.

Octavio Alberto Orellana, nos aporta en relación al tema lo que a continuación se transcribe: “El derecho regula la vida social y las valoraciones al orden jurídico de tal manera que los miembros de la sociedad encuentren satisfacer sus necesidades, generalmente se cumple con las obligaciones y se ejercen los derechos sin necesidad de que el estado intervenga coaccionando el respeto de la ley.”

“Sin embargo la persona, en ocasiones transgrede la ley y afecta gravemente los bienes jurídicos que son fundamentales para el Estado y la sociedad es entonces cuando se requiere de sanciones más severas del uso del ius puniendi del Estado, pero éste sólo debe emplearlo en medida imprescindible para proteger esos bienes, es decir en la menor medida posible.”

“De esta manera, el empleo del ius puniendi, sólo debe reservarse para los más graves ataques a los intereses de la sociedad y cuando no puedan resolverse los conflictos con medidas distintas y menos lesivas para el ciudadano.”

“El principio de intervención mínima debe ser para algunos juristas piedra angular, pues excederse en su empleo da lugar a un estado represivo o totalitario, pues como ya ha sucedido cuando se utiliza en una medida innecesaria pone en peligro la estabilidad de la sociedad y al propio Estado, así pues al Derecho Penal lo califican por esa fundamental razón como un derecho de carácter secundario, subsidiario o fragmentario. Para otros, es en tal carácter

lo relevante, pues para el Estado el uso del ius puniendi es la última Ratio Legis, cuando las demás normas son jurídicas son insuficientes para garantizar el orden jurídico.”

“El Derecho Penal es sin duda una institución jurídica de control social y su uso es de un delicado equilibrio entre las garantías individuales y las exigencias de asegurar el orden social, un Estado democrático debe considerar ese equilibrio, un Estado totalitario avasalla los derechos individuales en aras de exigencias punitivas que da lugar a un Estado represivo.”¹²⁴

Por su parte, Gustavo Malo Camacho nos dice que “El principio de necesidad de la intervención se perfila básicamente por vía de los principios de extrema ratio, de la fragmentariedad y de la proporcionalidad, todos los cuales observan un contenido de carácter material. El sentido de extrema Ratio, o última ratio, identificado también como el *principio de intervención mínima*, significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que se necesaria a los objetivos de la convivencia.”

“Así que sólo es dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sea suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria. La regulación jurídico penal implica la coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos, de aquel a quien se aplica, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso.”

“Se ha dicho con frecuencia que lo que caracteriza al contenido de las normas penales es que las mismas representan la afectación a valores, a

¹²⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, “Curso de Derecho Penal Parte General”, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 213.

bienes, de la mayor jerarquía para la persona en la convivencia social. De aquí, que a su vez, la afectación punitiva suponga una respuesta igualmente grave en la jerarquía de los bienes que se afectan al sentenciado condenatoriamente. Esta situación que en general responde a la realidad, sin embargo no es totalmente cierta toda vez, que en concreto, bien puede darse casos en donde el contenido de la pena resulte ser menos lesivo que el contenido reparador de otras normas jurídicas (verbigracia: un delito puede observar como pena, la pecuniaria de multa por una cantidad reducida, o bien una pena privativa de libertad de corta duración, sustituible por multa o por trabajo a favor de la comunidad, en tanto que en otro tipo de respuesta, del Estado, en ejercicio de su facultad económica coactiva, puede impedir una suma elevada en el pago de los impuestos y recargos; o una sentencia del orden civil, puede a su vez ordenar la restitución de un bien o el pago de una indemnización a título de reparación que sea notablemente más elevada que el contenido de la pena pecuniaria impuesta). Por esto con razones señala que la característica fundamental que implica el control penal deriva de la posibilidad del Estado para ejercer, de una manera directa su potestad punitiva, ésta sólo debe ser empleada, cuando otras formas de respuesta social de la norma resulten ser insuficientes y naturalmente, aquí vale tener presente que esta potestad punitiva puede significar la afectación a los más elevados valores y bienes de la persona, como pueden ser la libertad, el patrimonio o incluso la privación de la vida misma.”¹²⁵

Por lo anterior, arribamos a la conclusión de que atendiendo al principio de intervención mínima del derecho penal, éste sólo debe ser empleado de manera proporcional como último instrumento del Estado como soberano, cuando resulte ineficaz la aplicación de las demás normas jurídicas y para el caso específico del delito de Abuso de Confianza, se considera que la persecución oficiosamente en los supuestos enmarcados en el último párrafo del

¹²⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., p.p. 99 y 100.

numeral 246 del Nuevo Código Penal, es de decir cuando el valor del objeto material exceda de cinco mil veces el salario o sea cometido en perjuicio de dos o más personas, transgrede este principio de mínima intervención del Derecho Penal, en el supuesto de que el ofendido se encuentre en la disposición de otorgar el perdón al acusado, y con ello extinguir la pretensión punitiva y la facultad de ejecutar penas, caso en el cual sería innecesario desde nuestro punto de vista el aplicar las normas - sanciones del derecho penal.

4.3.- La persecución oficiosa del delito de abuso de confianza en el Distrito Federal.

La persecución oficiosa del delito de abuso de confianza, se encuentra contemplada en el último párrafo del numeral 246 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice lo siguiente:

“Se perseguirán de oficio los delitos de abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta e insolvencia fraudulenta, a que se refieren los artículos 227, 230, 231, 234 y 235, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.”

De lo anterior, se desprende que nuestro delito patrimonial en estudio, se perseguirá oficiosamente en el Distrito Federal, cuando el objeto material exceda de las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de más de dos personas, lo que significa una modalidad adicional y novedosa en virtud de que los anteriores ordenamientos penales sustantivos y adjetivos de tal entidad federativa, no contemplaron en ningún supuesto a la denuncia como requisito de procedibilidad del delito de abuso de confianza, lo que será objeto de crítica en el punto número 4.5 del presente capítulo, por considerar que con ello, entre otras cosas se fomenta a la incidencia del incumplimiento de la reparación del daño como pena pública.

4.4.- Consecuencias jurídicas del otorgamiento del perdón para aquellos delitos cuyo requisito de procedibilidad es la querrela.

Las consecuencias jurídicas del otorgamiento del perdón de parte ofendida en aquellos delitos cuyo requisito de procedibilidad es la querrela, propiamente son: 1) la extinción de la pretensión punitiva y 2) la extinción de la facultad de ejecutar las penas, tal y como lo enmarca el numeral 100 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

“El perdón del ofendido o del legítimo representante para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Esta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.”

“Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse, lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querrela. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.”

“El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá los efectos por lo que hace a quien lo otorga.”

Como ha quedado plasmado, de conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el perdón del ofendido, extingue dependiendo de la etapa procesal la pretensión punitiva o la facultad para ejecutar las penas, por lo que se considera adecuado ahondar un poco más, a través de los subíndices del presente punto.

4.4.1.- Extinción de la pretensión punitiva.

Definición de Pretensión Punitiva.

Para Rafael de Puna, la Pretensión Punitiva es: “La especial pretensión procesal que se formula para obtener la sanción que corresponda al infractor de la ley penal.”¹²⁶

A manera de definición propia, podemos decir que la pretensión punitiva es la facultad que constitucionalmente compete al Ministerio Público consistente en que una vez realizadas todas y cada una de las diligencias necesarias en la etapa de averiguación previa, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de uno o varios sujetos imputables ejercite la acción penal, ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando a éste la aplicación de la pena o medida de seguridad que con forme a derecho considere procedente.

Así mismo y con el objeto y concluir el presente subíndice, se considera idóneo volver a resaltar que de conformidad con el numeral 100 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el ofendido o de su legitimo representante, en aquellos delitos que se persiguen a instancia de parte ofendida, genera como consecuencia jurídica la extinción de la pretensión

¹²⁶ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., pág. 417.

punitiva.

4.4.2.- Extinción de la facultad de ejecutar penas.

Definición de Facultad de Ejecutar Penas.

Gustavo Malo Camacho, relaciona a la coacción jurídica penal como una modalidad de la facultad de ejecutar las penas al referir lo siguiente:

“Por coacción jurídica penal, se entiende la característica que singulariza al derecho penal como una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.”

“La manifestación más típica del orden jurídico es precisamente la *coercibilidad* de la norma jurídica y, en el caso del derecho penal, implica la *punibilidad*.”

“La punibilidad penal, así, es la característica fundamental de la característica fundamental de la norma jurídica penal y precisamente supone, la posibilidad de imponer sanciones . Supone, precisamente, la facultad punitiva del Estado o *ius puniendi*, que constituye una de las manifestaciones mas claras y evidentes de la soberanía del Estado.”¹²⁷

Nosotros, podemos decir que la facultad de ejecutar las penas, constituye la materialización del *ius puniendi*, es decir de aquella facultad que por disposición de ley compete al Estado como soberano de castigar al infractor de la ley penal y en esta misma temática, podemos también soslayar con fundamento en lo establecido por numeral 100 del Nuevo Código Penal vigente

¹²⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, Ob. Cit., pág. 55.

para el Distrito Federal, que dicha facultad de ejecutar las penas, que como ya se dijo es competencia exclusiva del Estado, puede extinguirse mediante el otorgamiento del perdón de la parte ofendida o de su legítimo representante, al momento en que el sujeto se encuentre compurgando la pena o cumpliendo la medida de seguridad impuesta mediante sentencia definitiva.

4.5.- Crítica a la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza y su incidencia al incumplimiento de la reparación del daño.

La legislación sustantiva penal vigente en el Distrito Federal, como ya se estudio en el punto número 4.3. del presente capítulo, establece en su numeral 246 último párrafo dos supuestos en los que el delito de abuso de confianza, objeto de nuestro estudio, se persigue de manera oficiosa, cuando el objeto material exceda de las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de más de dos personas, lo que se considera un error legislativo el incursionar tal requisito de procedibilidad al delito en comento, puesto que a nuestro criterio, el perseguir oficiosamente a éste delito patrimonial en los supuestos referidos. entorpece y evita en algunos supuestos lograr consumir los fines que se pretenden alcanzar con la reparación del daño como pena pública a favor del ofendido por lo que a continuación se hará notar.

Para poder analizar el primer supuesto en que el abuso de confianza es perseguido de manera oficiosa, contemplado por el último párrafo del numeral 246 del Nuevo Código Penal que a la letra dice: “Se perseguirán de oficio los delitos de abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta e insolvencia fraudulenta, a que se refieren los artículos 227, 230, 231, 234 y 235, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos” , es decir supuesto que se da, cuando el objeto material exceda de las cinco mil veces el salario, resulta conveniente hacer mención de la penalidad establecida en el numeral 227

fracción IV del mencionado ordenamiento jurídico, que va de los seis a los doce años de prisión y de setecientos a novecientos días multa, lo que significa que por la penalidad en este supuesto, el delito abuso de confianza es considerado como delito grave por rebasar la pena de prisión el término medio aritmético de cinco años, lo que ocasiona que durante las diversas etapas del procedimiento penal, el sujeto quedará restringido de su libertad y en sentencia definitiva en caso de ser condenado, el órgano jurisdiccional competente, aún imponiendo en caso de ser procedente la pena mínima de prisión, el sentenciado no podrá gozar de ningún beneficio en sentencia como puede ser la suspensión condicional de la ejecución de la pena para obtener su libertad, puesto que para gozar de tal beneficio es necesario entre otros requisitos haber sido condenado a una pena de prisión no mayor a cinco años, de conformidad con lo establecido por el numeral 89 del ordenamiento jurídico antes referido.

En consecuencia, el sentenciado deberá compurgar la pena de prisión impuesta para obtener su libertad o bien una vez transcurrido el tiempo y cumpliendo con los requisitos de ley, solicitar su libertad preparatoria o acogerse al tratamiento de externación que concede la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales de la Subsecretaría del Gobierno del Distrito Federal.

Lo anterior genera que ante la improcedencia del perdón de la parte ofendida para extinguir la pretensión punitiva o la facultad para ejecutar las penas, resulte innecesario para el sentenciado dar cumplimiento a la reparación del daño, puesto que con ello no obtendrá ningún beneficio ya sea en etapa de averiguación previa, preinstrucción, instrucción, sentencia o ejecución de la misma, que le haga gozar de su libertad y como ya se dijo, podrá como una mejor opción tramitar en su momento la libertad anticipada o el tratamiento en externación, una vez transcurrido el tiempo fijado por la ley y prescrita la pena de la reparación del daño, misma a la que sólo estará obligado a cumplimentar por la coacción que sobre él ejerza la ética y la moral y si sus condiciones económicas se lo permiten, hecho que se considera difícil de ocurrir, puesto que

el sujeto después de haber compurgado parte de una pena de prisión, estará en una condición precaria económicamente hablando y con un estigma social.

Ahora bien, en el segundo supuesto contemplado por el último párrafo del numeral 246 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, para que el delito de abuso de confianza se persiga oficiosamente, es decir cuando sea cometido en perjuicio de dos o más sujetos, es merecedor de las siguientes consideraciones:

Si un sujeto comete el delito de abuso de confianza en perjuicio de dos o más personas y el objeto material no rebasa las cinco mil veces el salario mínimo y es además primo delinciente, en caso de ser sentenciado condenatoriamente, deberá reparar el daño causado para poder acogerse a algún beneficio en sentencia como lo es la suspensión condicional de la ejecución de la pena, luego entonces, en este supuesto si el sujeto es primo delinciente y ha cometido un error, que trajo aparejado la realización de una conducta típica antijurídica denominado abuso de confianza y es su deseo el reparar el daño causado a los ofendidos y si el deseo de estos es otorgar su perdón, para que dicho sujeto resuelva su situación jurídica, desde nuestro punto de vista debiera ser procedente tal perdón y extinguir la pretensión punitiva o la facultad de ejecutar la pena por parte del Estado.

A su vez debe observarse que para el caso de sujetos reincidentes, éstos no podrán obtener su libertad preparatoria ni el tratamiento en externación, por lo que será aún más innecesario para ellos, reparar el daño causado al ofendido, puesto que ante la improcedencia del perdón para obtener su libertad, deberán cumplir con la pena de prisión impuesta, caso contrario sería desde nuestro punto de vista, si el delito en estudio se persiguiera a petición de parte ya que en muchos casos, los sujetos infractores de la norma penal con el objeto de obtener su libertad llegarían a un acuerdo con el ofendido para obtener su perdón y con ello su libertad, consumando con ello los objetivos que pretende

alcanzar la pena de reparación del daño.

Del mismo modo, se considera que la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza en los supuestos referidos con antelación, conlleva a la trasgresión del principio de mínima intervención del derecho penal, puesto que desde nuestro punto de vista para el delito que nos ocupa, sólo sería necesario el ejercicio del *ius puniendi* del Estado como soberano en el supuesto en que el agente no quisiera restituir al ofendido en el goce de sus derechos patrimoniales y la decisión de éste último de no conceder el perdón a aquél, puesto que de lo contrario resulta innecesario la utilización del Derecho Penal.

PROPUESTAS

PRIMERA.- La solución que se propone a la incidencia del incumplimiento de la reparación del daño como producto de la persecución oficiosa del delito patrimonial de abuso de confianza, es que dicho delito, tenga como requisito de procedibilidad la "*querella*" independientemente del monto del objeto material o número de ofendidos que en él intervengan y en consecuencia, la procedencia por disposición de ley del perdón de parte ofendida para extinguir la pretensión punitiva o en su caso la facultad de ejecutar las penas, lo anterior para lograr un estímulo al acusado, procesado o sentenciado para cumplimentar la pena de reparación del daño y alcanzar con ello una correcta aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal

SEGUNDA.- Establecer una excepción al término de prescripción del derecho de formular querella en los supuestos en que el objeto material del delito de abuso de confianza exceda de las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de dos o más personas, esto es, que el ofendido o su legítimo representante tenga el término de un año, contado a partir de que se *tuvo conocimiento de la comisión del delito patrimonial referido* para formular dicha querella, sin que tal derecho prescriba en tres años a partir de la comisión del mismo, independientemente de que el ofendido haya tenido o no tal conocimiento, como lo establece el numeral 110 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, evitando con ello que estos delitos patrimoniales queden impunes bajo el amparo de la figura jurídica de la prescripción.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de abuso de confianza encuentra su más importante antecedente dentro de la civilización romana, siendo considerado como una modalidad del hurto (*furtum usus*) que consistía en dar un uso diverso a la cosa que se tenía en posesión bajo un justo título, sin contar con la propiedad de la misma, materializándose principalmente en los casos en que el depositario utilizaba el objeto dado en depósito o cuando el comodatario ejercía sobre la cosa un uso distinto a lo convenido, teniendo el sujeto que sufría dicho delito, las acciones *poena persecutoria* para demandar una ganancia, mediante la imposición de una multa pública, ó la *rei persecutoria*, para exigir la restitución de la cosa.

SEGUNDA.- Durante el Medievo el delito patrimonial de abuso de confianza no tuvo madurez jurídica alguna, siendo hasta en la edad moderna cuando el Derecho Germánico y Peninsular permitieron la evolución de éste mismo, pese a ser relacionado aún con el *furtum*, considerando el primer ordenamiento referido, como hurto impropio el adueñamiento de la cosa cuando ésta se tenía en simple posesión, sin utilizar para ello la violencia, o la astucia, esto es, en este supuesto la cosa era entregada de manera voluntaria por su dueño, sin transmitir la propiedad de la misma.

TERCERA .- Por su parte el Derecho Peninsular, a través del Código de 1822, diferenció al robo de hurto, caracterizándose éste último por ser un medio fraudulento por el que cualquier sujeto se apropiaba de un bien mueble sin el uso de la fuerza ni violencia por contar con la tenencia de la cosa. Asimismo tal ordenamiento jurídico, mediante sus posteriores códigos de 1850 y 1870, siguió contribuyendo a la evolución de nuestro delito en análisis, puesto que en el primero de ellos, se aportaron elementos al delito de hurto que hoy en día aún corresponden al abuso de confianza como lo son: la cosa mueble, el perjuicio y algunos supuestos de posesión derivada de la cosa mueble, con que

el agente debía contar previamente a la comisión del delito como lo fue la administración, el depósito, la comisión o cualquier otro que importara la obligación de devolver la cosa, así como también considerar como delito el hecho de negarse a devolver la cosa cuando se tenía la obligación de devolverla, esto último que en la actualidad se conoce como abuso de confianza equiparado o retención indebida.

CUARTA .- El Código Español de 1870, continuó contemplando elementos, del hoy delito de abuso de confianza, sólo que los consideró como propios del delito de estafa, indicando que no únicamente constituía ilícito el apropiarse de la cosa dada en administración, depósito, comisión, o con cualquier otro título que implicara la obligación de devolverla, sino también la distracción de la cosa mueble del objeto convenido.

QUINTA .- Corresponde al derecho francés el avance más significativo, del delito de abuso de confianza, el cual mediante la ley de 1971 obtuvo su autonomía consistiendo en disponer de manera indebida de la cosa depositada y entregada de propia mano por su dueño, en contra de la voluntad de éste, conducta que era sancionada con la degradación cívica. No obstante fue el Código Napoleónico de 1810 el que en su numeral 408 que a la letra dijo: *El que haya malversado o disipado en perjuicio de sus propietarios; poseedores, valores, mercancías, billetes recibos, o cualquier otros escritos que contengan obligación o descargos que les haya sido entregados, a título de depósito, mandato por un trabajador asalariado o no asalariado con cargo.* clarifico al delito de mérito, mismo que al ser reformado en 1863, estableció las bases del ahora delito patrimonial de abuso de confianza.

SEXTA.- En la legislación mexicana el delito de abuso de confianza tiene su antecedente más remoto dentro de la civilización Azteca, la cual basada en el respeto de la propiedad privada y estatal tipificó como delito el hecho de apropiarse de un terreno ajeno sin el uso de la violencia, así como vender las

tierras que se tenían en cuidado o administración, lo que contuvo elementos propios de nuestro delito en estudio, excepto que el objeto material del mismo recaía sobre bienes inmuebles y no sobre muebles como en la actualidad.

SEPTIMA .- En México independiente, el Código Penal para el Distrito Federal de 1871 consideró al delito de abuso de confianza como una circunstancia agravante del delito de robo y como un delito especial. El primer supuesto se materializaba siempre que el sujeto para cometer el robo se valiera o aprovechara la ocasión que no tendría sin la confianza depositada por el ofendido misma que no debió granjearse aquél para tal fin; el segundo supuesto sólo cobraba vida cuando fraudulentamente y con perjuicio de otro, un sujeto disponía en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o papel moneda, de un documento que importara la obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier cosa ajena mueble no traslativa del dominio. El Código Penal de 1929, continuó considerando al delito patrimonial en análisis al igual que su ordenamiento predecesor como una circunstancia agravante del delito de robo y como un delito especial, suprimiendo la expresión *"El que fraudulentamente y con perjuicio de otro"*, aportando más técnicamente el término de *"Al que se le haya transmitido la tenencia, más no el dominio"*. Siendo el Código Penal de 1931 el que consideró en su Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, Capítulo III., al abuso de confianza como autónomo y con el devenir histórico a través de sus diversas reformas clasificó al mencionado delito en tres modalidades genérico, específico y equiparado.

OCTAVA .- La legislación sustantiva penal vigente en el Distrito Federal concibe al igual que la de 1931 al abuso de confianza como delito autónomo, el cual puede ser definido desde nuestro punto de vista como la conducta típica antijurídica que vulnera el bien jurídicamente tutelado por la norma y constituido por el patrimonio de las personas, realizada de manera dolosa por un sujeto imputable (es decir con la capacidad de entender y querer en el ámbito del Derecho Penal) consistente en disponer para sí o para otra

persona de una cosa ajena mueble la cual se ha recibido en tenencia (posesión derivada) más no en dominio, en perjuicio de alguien. Aclarando que tal definición corresponde al delito de abuso de confianza genérico.

NOVENA .- El delito de abuso de confianza específico o también denominado por parte de la doctrina como impropio, se encuentra previsto en las cuatro fracciones el numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

DÉCIMA .- En el primer supuesto de abuso de confianza específico o impropio contemplado en la fracción I del numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprenden las siguientes consideraciones: el sujeto activo debe tener la calidad de propietario o poseedor de la cosa mueble, misma que se encuentra en disposición de un tercero bajo un justo título, consistiendo la conducta típica antijurídica, dolosa en forma de acción por parte del agente (propietario o poseedor) en disponer de la referida cosa, ocasionando con ello un perjuicio.

DÉCIMA PRIMERA .- El segundo supuesto de abuso de confianza específico o impropio, contemplado en la Fracción II del numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, arroja las siguientes consideraciones: se trata de una conducta típica en forma de acción dolosa consistente en acreditar como propio sin serlo un depósito, garantizando con ello la libertad de una persona, pudiendo realizar tal conducta cualquier persona imputable, puesto que el tipo penal de mérito no exige alguna calidad específica.

DÉCIMA SEGUNDA .- En lo referente al tercer supuesto de abuso de confianza específico o impropio, contemplado en la Fracción III del numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprenden las siguientes consideraciones: este delito requiere previo a su comisión la transmisión de subsidios o franquicias que el estado o un particular otorgue a

otro, consistiendo la conducta dolosa típica antijurídica en forma de acción de distraer de sus fines el subsidio o la franquicia, debiendo el sujeto activo tener la calidad de franquiciatario o subsidiario.

DÉCIMA TERCERA .- En lo que concierne al cuarto supuesto de abuso de confianza específico o impropio, contemplado en la Fracción IV del numeral 228 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprenden las siguientes consideraciones: encontramos como presupuesto la transmisión de la simple tenencia de la cosa que únicamente puede ser dinero, títulos o valores, proveniente de alguna compraventa de inmuebles, consistiendo la conducta típica antijurídica dolosa en distraer dicho objeto de la operación concretada de manera genérica o específicamente de constituir el gravamen real pactado, sobre dichos inmuebles en perjuicio de un tercero, estableciendo calidades específicas para el agente o sujeto activo de administrador, mandatario o intermediario de empresas morales, constructor y/o vendedor.

DÉCIMA CUARTA .- Por cuanto hace al delito de abuso de confianza equiparado, también denominado retención indebida previsto en el numeral 229 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se afirma que se trata de una conducta típica, antijurídica, dolosa en forma de omisión, consistente en no devolver la cosa poseída a pesar de ser requerido de manera formal por particular legitimado o la autoridad correspondiente.

DÉCIMA QUINTA .- La reparación del daño fue considerada por el Código Penal de 1871, como una sanción de índole patrimonial impuesta al sujeto sentenciado a solicitud y acreditación del ofendido o sus herederos.

DÉCIMA SEXTA .- El Código Penal de 1929, atribuyó a la reparación del daño el carácter de pena pública cuando era impuesta al delincuente y como responsabilidad civil cuando debía ser exigida a terceros, relacionados con éste, retomando tales criterios el Código Penal de 1931,

considerando del mismo modo dentro de la reparación del daño, además del daño material, el daño moral y los perjuicios ocasionados, por la comisión del delito.

DÉCIMA SEPTIMA .- La legislación sustantiva vigente en el Distrito Federal, comprende dentro de la pena de reparación del daño, según la naturaleza del delito, los siguientes aspectos: el restablecimiento de las cosas en el estado en el que se encontraban antes de cometerse el delito, la restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y si no fuese posible, el pago de su valor actualizado, la reparación del daño moral sufrida por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y el pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión, teniendo la reparación del daño las características de ser preferente a cualquier otra sanción pecuniaria obligación contraída con posterioridad al delito, salvo las de índole alimenticio o laboral, teniendo el término para prescribir de dos años.

DÉCIMA OCTAVA.- La reparación del daño dentro de la legislación sustantiva y adjetiva penal vigente en el Distrito Federal, tiene el carácter de responsabilidad civil cuando le es exigida a terceros relacionado con el delincuente tales como dueños, empresas, tutores, curadores, custodios, sociedades y/o agrupaciones, así como el Gobierno del Distrito Federal.

DÉCIMA NOVENA .- La persecución oficiosa del delito de abuso de confianza en los supuestos en que el objeto material del mismo rebase las cinco mil veces el salario mínimo o cuando es cometido en agravio de dos o más personas, es un error legislativo contemplado en el último párrafo del numeral 243 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, puesto que transgrede el

principio de mínima intervención del Derecho Penal, (desarrollado en el punto 4.2.de la presente investigación), en el supuesto en que el sujeto activo se encuentre en las disposición y aptitud de reparar el daño ocasionado y el ofendido de otorgar el perdón correspondiente

VIGÉSIMA .- La persecución oficiosa del delito de abuso de confianza incide al incumplimiento de la reparación del daño, toda vez que si el sujeto es sentenciado condenatoriamente cuando el objeto material exceda de las cinco mil veces el salario mínimo, se hará acreedor a una pena de por lo menos seis años de prisión y en consecuencia no gozará de ningún beneficio en sentencia como puede ser la suspensión condicional de la ejecución de la pena, teniendo una mejor opción para obtener su libertad, tramitar una vez prescrita la pena de reparación del daño su libertad anticipada o el tratamiento en externación.

VIGÉSIMA PRIMERA .- La persecución oficiosa del delito de abuso de confianza, incide al incumplimiento de la reparación del daño, en el supuesto en que el sujeto activo tenga la característica de reincidente, ya que por tal peculiaridad al ser sentenciado no podrá gozar de ningún beneficio para obtener su libertad, ni tampoco estar en la aptitud de tramitar su libertad preparatoria o el tratamiento en externación, por lo que resulta innecesario para dicho sujeto el reparar el daño causado al ofendido, puesto que ni con ello podrá obtener su libertad.

VIGÉSIMA SEGUNDA .- La solución para evitar la incidencia al incumplimiento de la reparación del daño y la trasgresión del principio de mínima intervención del derecho penal a causa de la persecución oficiosa del delito de abuso de confianza es que dicho delito, tenga como requisito de procedibilidad la "*querrela*" independientemente del monto del objeto material o número de ofendidos del mismo y en consecuencia, la procedencia por disposición de ley del perdón de parte ofendida para extinguir la pretensión punitiva o en su caso la

facultad de ejecutar penas, lo anterior con la finalidad de lograr un estímulo al acusado, procesado o sentenciado para cumplimentar la pena de reparación del daño.

VIGÉSIMA TERCERA.- Se considera propicio establecer una excepción al término de prescripción del derecho de formular querrela en los supuestos en que el objeto material del delito de abuso de confianza exceda de las cinco mil veces el salario mínimo o sea cometido en perjuicio de dos o más personas, esto es, que el ofendido o su legítimo representante tenga el término de un año, contado a partir de que se *tuvo conocimiento de la comisión del delito patrimonial referido*, para formular dicha querrela, es decir, sin que tal derecho prescriba en tres años a partir de la comisión del mismo, independientemente de que el ofendido haya tenido o no tal conocimiento, como lo establece el numeral 110 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lo anterior para evitar que estos delitos patrimoniales queden impunes bajo el amparo de la figura jurídica de la prescripción.

BIBLIOGRAFIA .

- 1.- CAMPOMANÉZ BAEZ, Gustavo, "El Robo, el Abuso de Confianza y el Fraude en relación con la Posesión", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- 2.- CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Trigésima Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 3.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, "Derecho Penal Parte General", Editorial Porrúa, México, 1997.
- 4.- CARRARA, Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Tomo VI, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1966.
- 5.- CARRETE HERRERA, Octavio, "El Presupuesto Material en el Delito de Abuso de Confianza", Editorial Porrúa Hermañs, México, 1950.
- 6.- CLARIA OLMEDO, José Ángel, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, Editorial Editar Ediciones S.A. de. C.V., Buenos Aires Argentina, 1998.
- 7.- CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, "Derecho Penal Mexicano", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- 8.- CUELLO CALÓN, Eugenio, "Derecho Penal", Tomo I, Décima Primera Edición, Editorial. Bosh, Barcelona España, 1979.
- 9.- De Piña, Rafael y De Pina Vara Rafael, "Diccionario de Derecho. Trigésima Edición", Editorial Porrúa, México, 2003.
- 10.- Díaz de León, Mariano, "Diccionario de Derecho Procesal Penal y Términos Usuales en el Derecho Penal", Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
- 11.- FENECH, Miguel, "Derecho Procesal Penal", Volumen I, Tercera Edición, Editorial. Labor, Barcelona España, 1960.
- 12.- FLORIAN, Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal", Traducción Prieto Castro, Eduardo, Editorial Bosh, Barcelona, España. 1989.

- 13.- FLORIS MARGADANT S, Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Décima Quinta Edición, Editorial Esfinge, S. A. de C.V., México, 1998.
- 14.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREN, Victoria, "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 15.- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General", Editorial Civitas S.A., España 1984.
- 16.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Trigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 17.- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, "Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1997.
- 18.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Eduardo, "El Patrimonio, el Pecuniario y el Moros o Derechos de la Personalidad", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1995.
- 19.- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón, "Los Delitos de Querrela en el Fuero Común, Federal y Militar", Editorial Porrúa, México 1998.
- 20.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo A - CH, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 21.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo D - H, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- 22.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I - O. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 23.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo P - Z. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 24.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Análisis Jurídicos de los Delitos contra la Vida", Tercera Edición, Editorial. Trillas, México 1991.

- 25.- JESCHECK, Hans Heinrich, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Traducción, Mirp Puig y Muñoz Conde, Editorial Bosh Casa S.A., Barcelona España, 1978.
- 26.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano Parte Especial", Tomo IV, Editorial Libros de México, México, 2000.
- 27.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, "Delitos en Particular", Tomo II, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 28.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, México, 1994.
- 29.- MAGIONE, Guiseppe, "Derecho Penal", Tomo II, Tercera Edición, Editorial Temis Bogota, Colombia, 1989.
- 30.- MALO CAMACHO, Gustavo, "Derecho Penal Mexicano", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- 31.- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", Editorial. Temis Librería, Bogotá Colombia, 1986
- 32.- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, "La Investigación Ministerial Previa", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 33.- NIETO OSORIO, César Augusto. "La Averiguación Previa", Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- 34.- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Curso de Derecho Penal Parte General", Editorial Porrúa, México, 1999.
- 35.- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, "Derecho Romano I" Segunda Edición. Editorial. McGRALW-HILL. México, 1998.
- 36.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- 37.- Pavón Vasconcelos, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1990.

- 38.- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, "Teoría del Delito", Editorial UNAM, México 1998.
- 39.- PORTE PETIT, CANDAUDAP Celestino, "Evolución Legislativa Penal en México Parte General", Editorial Jurídica Mexicana, México 1965.
- 40.- SODI, Demetrio, "Nuestra Ley Penal", Tomo I, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., México, 1994.
- 41.- VILLALIBOS, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 42.- ZAFFARONI, Eaugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal. Parte General" Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México 199.
- 43.- Zamora Pierce, Jesús, "Abuso de Confianza", Editorial Porrúa, México 2003.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- 2.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
- 4.- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1931.
- 5.- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal de 1999.
- 6.- Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal de 1990.