

RUBEN ACOSTA HERNANDEZ

DELITO DE  
ABUSO DE CONFIANZA

MEXICO, D. F. — 1968



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.

**DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA**

## CAPÍTULO I

### EL PRESUPUESTO

**TEMARIO:** 1. Teoría general. 2. La tenencia como presupuesto en el abuso de confianza. 3. La tenencia en el Código Civil de 1884. 4. La tenencia en el Código Civil vigente. 5. Doctrina penal de la tenencia.

### 1. Teoría general.

El estudio dogmático del delito de abuso de confianza no se inicia con el capítulo de la conducta. Antes que el análisis del llamado "elemento esencial general objetivo"<sup>1</sup> debemos ocuparnos del presupuesto del hecho, exigido en la figura delictiva descrita en el artículo 382 del Código Penal. La "tenencia", es el antecedente material cuya identificación vamos a intentar en el presente capítulo.

Conviene, para evitar confusiones en la búsqueda del concepto, apuntar algunas ideas de teoría general de los presupuestos. Procuraremos la brevedad en razón de corresponder nuestro estudio a la Parte Especial y no a la Parte General del Derecho Penal.

Vincenzo Manzini, a quien se atribuye la paternidad del enfoque penal de este problema, nos enseña que "tanto el delito como el hecho que lo constituye, pueden presuponer algunos elementos, positivos o negativos, o algunas circunstancias que constituyen el antecedente necesario de su noción".<sup>2</sup>

Estos elementos o circunstancias, dice el autor citado, configuran los "presupuestos", que pueden ser del delito o del hecho.

Presupuestos del delito "son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata".<sup>3</sup> Consecuente con esta definición, concluye Manzini que la falta de estos presupuestos no excluye la

1 Elemento, porque el delito se desintegra en partes; esencial, por ser necesario a la integración de la entidad delictiva; general, por ser común a todos los delitos; y objetivo, por la calidad que tiene de no requerir, para su conocimiento, de juicios valorativos.

2 *Tratado de Derecho Penal*. Primera Parte. Teorías Generales, II, p. 37, Buenos Aires, 1948.

3 Manzini. *Tratado de Derecho Penal*. Primera Parte. Teorías Generales, II, p. 37, Buenos Aires, 1948.

existencia del hecho ni la del delito, transfiriéndose tan sólo el hecho bajo diverso título delictuoso.<sup>4</sup>

Presupuestos del hecho "son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Si faltan, el hecho, como tal, no es punible, por ningún título de delito".<sup>5</sup>

Nos parece errónea la definición y, por lo mismo, errónea la consecuencia que de ella deriva. La existencia del presupuesto es necesaria no para la punición del hecho (pues ello supone su realización), sino para que éste pueda cobrar vida en el mundo de la realidad fenoménica, de tal manera que la ausencia del presupuesto imposibilita la integración del hecho concreto.

Massari, al exponer el problema, hace una distinción entre presupuestos generales (comunes a todos los delitos) y especiales (referibles sólo a algunas figuras). Los presupuestos generales son: a) Un precepto penalmente sancionado, y b) Una sanción penal.<sup>6</sup>

Adviértase la inconsistencia de la teoría de Massari. El precepto penalmente sancionado y la sanción penal no son sino los dos elementos de la norma jurídico penal entendida en su sentido estricto; por tanto, se trata del fundamento de la entidad delictiva y no simplemente de su presupuesto.

Steffano Riccio sostiene como tesis fundamental la negación de la teoría dual de los presupuestos: "La distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho, no se tiene en pie, porque mientras por una parte la falta de un presupuesto del hecho no implica sólo la inaplicabilidad de la sanción, sino que produce la inexistencia del hecho mismo, por otra, el presupuesto del delito no cae solamente sobre el título delictuoso particular, sino ante todo sobre la existencia del hecho como previsto en el título del delito. Ninguna diferencia nocional, ni real, existe entre los presupuestos del hecho y los presupuestos del delito, los cuales son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un determinado hecho delictuoso".<sup>7</sup>

Consecuente con su teoría, define a los presupuestos del hecho y del delito como "los antecedentes necesarios al hecho y al delito, que

4 Cfr. *Tratado de Derecho Penal*. Primera Parte. Teorías Generales, II, p. 37, Buenos Aires, 1948.

5 Manzini. *Tratado de Derecho Penal*. Primera Parte. Teorías Generales, II, p. 38, Buenos Aires, 1948.

6 Cfr. *Le dottrine generali del diritto penale*, p. 65, Spoleto, 1928.

7 *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana", T. XII, No. 3, p. 149.

hacen posible la realización de éstos: se hallan fuera del nexo causal entre agente y acción, y de las relaciones entre ellos surge el delito".<sup>8</sup>

"Cuando en el caso concreto faltan los presupuestos, no se configura el hecho descrito en el modelo legal, esto es, se excluye el hecho constitutivo del delito".<sup>9</sup>

Estos presupuestos, necesarios para la realización del hecho delictuoso, son: a) El sujeto activo; b) El sujeto pasivo; c) El bien lesionable; y d) La norma descriptiva de la figura legal.<sup>10</sup>

Delitala, coincide con Riccio en cuanto a negar la distinción que se hace de los presupuestos, ya que su inexistencia da lugar a la inexistencia del hecho, tal como éste se halla previsto en la norma penal. Distingue, en cambio, los presupuestos en generales y especiales, siendo los primeros referibles a todo delito y, los segundos, sólo a determinada figura delictiva en particular.<sup>11</sup>

Petrocelli, hace una doble clasificación de los presupuestos: a) Normativos, y del hecho; b) Generales, y especiales.<sup>12</sup>

Presupuesto normativo lo es la existencia previa de la norma penal, determinante de la valoración de un hecho como antijurídico.<sup>13</sup> Presupuestos del hecho "son aquellos elementos cuya preexistencia es indispensable para que pueda surgir el hecho como ha sido establecido por la norma".<sup>14</sup>

"Son presupuestos generales los comunes a todos los delitos: la norma penal, el sujeto activo capaz, el sujeto pasivo, el bien tutelado. Presupuestos especiales son los propios de cada una de las figuras delictivas".<sup>15</sup>

Banieri, no acepta la existencia de los presupuestos. Afirma que se trata de elementos no ajenos al tipo penal; por lo mismo, constitutivos de la figura criminal. Siendo elementos que entran en la composición del delito, no pueden ser considerados como sus antecedentes, sea que se les piense como presupuestos del delito (generales o especiales), o presupuestos del hecho.<sup>16</sup>

8 Stefano Riccio. *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana". T. XII, No. 3, p. 167.

9 Cfr. Stefano Riccio. *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana", T. XII, no. 3, p. 158.

10 Cfr. Stefano Riccio. *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana." T. XII, No. 3, p. 159.

11 Cfr. *Il fatto nella teoria generale del reato*, pp. 184-185, Cedam, Padova.

12 Cfr. *Principi di diritto penale*, I, p. 231, Napoli, 1955.

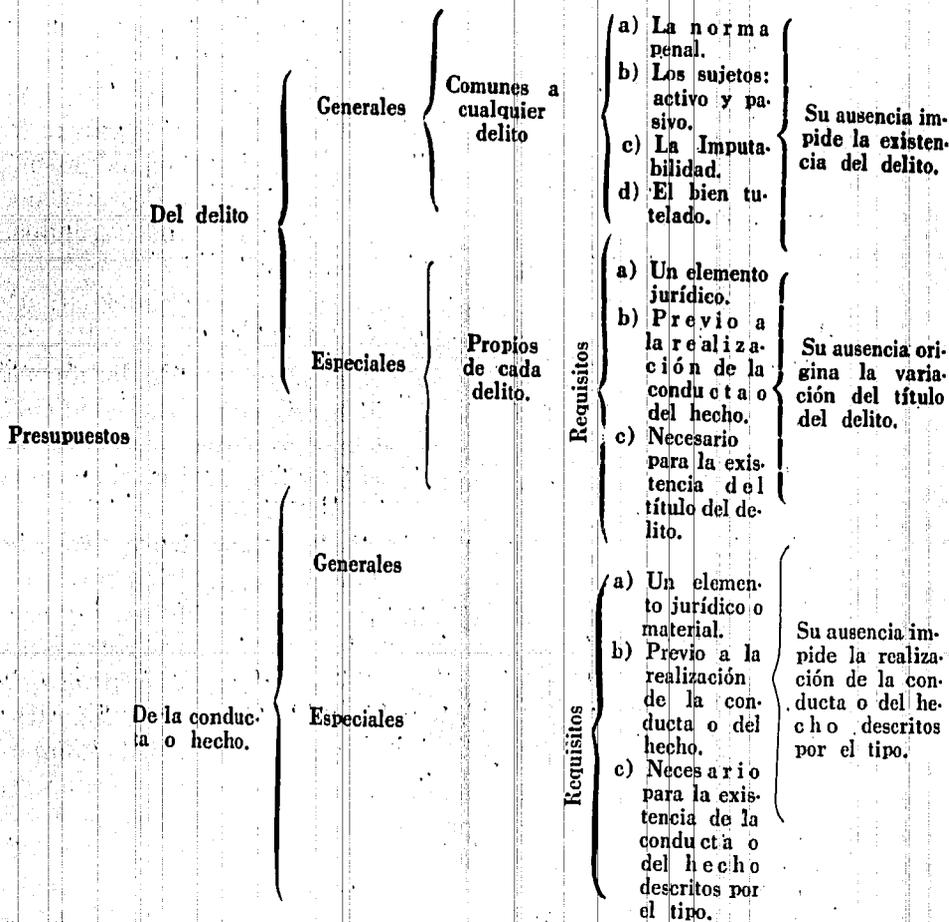
13 Cfr. Petrocelli. *Principi di diritto penale*, I, p. 231, Napoli, 1955.

14 Petrocelli. *Principi di diritto penale*, I, p. 232, Napoli, 1955.

15 Petrocelli. *Principi di diritto penale*, I, p. 232, Napoli, 1955.

16 Cfr. *Diritto penale. Parte generale*, pp. 162-163, Milano, 1945.

En México, Porte Petit ha desarrollado el tema procurando sistematizar los conceptos dispersos de la teoría. No logra, a juicio nuestro, su objetivo. Partiendo de sus ideas, y para mostrar las lagunas que se advierten en este autor, hemos elaborado un cuadro que se ofrece previamente a la exposición y comentario de su tesis:



Las definiciones que propone no abarcan toda la gama conceptual que incluye en el tema de los presupuestos. Así, sostiene que "los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos, previos a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título del delito respectivo".<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Porte Petit, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 208, 3a. ed. México, 1964.

La definición transcrita, aun cuando parece comprender las dos categorías: generales y especiales (no hace distinción alguna), en realidad se refiere únicamente a los presupuestos del delito *especiales*, únicos cuya ausencia da lugar a la ubicación de la conducta o hecho en un título delictivo diverso.

Los presupuestos del delito *generales* no quedan incluidos en la definición; tampoco la categoría más general de presupuestos del delito. De esta manera, la tesis se ve limitada a sólo los presupuestos del delito *especiales*.

Al abordar los presupuestos de la conducta o del hecho, Porte Petit afirma que "son los requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que exista la conducta o el hecho constitutivos del delito"<sup>18</sup>.

A esta definición, le son aplicables las mismas objeciones anotadas para los presupuestos del delito. En efecto, se circunscribe a los presupuestos de la conducta o del hecho *especiales*, y deja fuera los restantes.

En la exposición que hace en la cátedra, Porte Petit ha variado su teoría: acepta el criterio de Riccio en el punto en que sostiene que únicamente existen presupuestos de la conducta o hecho típicos, y difiere en cuanto a las consecuencias producidas por la falta del o de los presupuestos en el caso concreto.

Para Porte Petit, son tres las consecuencias que pueden derivar de la ausencia del o de los presupuestos:

- a) Inexistencia total de delito;
- b) Inexistencia de un delito, pero presencia de otro;
- c) Tentativa imposible por falta del objeto material o del jurídico.

De la exposición sucinta de las diversas posturas doctrinales, advertimos que la tesis más satisfactoria es la de Riccio con las modificaciones relativas que Porte Petit le hace. Su admisión, por parte nuestra, no impide, sin embargo, que anotemos una cuarta consecuencia resultante de la falta del o de los presupuestos: la *no agravación de la penalidad por el delito cometido*. Como ejemplo citaremos el delito de violación, cuya pena se agrava cuando existe la relación familiar a que se refiere el segundo párrafo del artículo 266 bis del Código Penal. La ausencia de esta relación familiar impide la agravación de la pena que para el caso general se prevé.

<sup>18</sup> *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 210, 3a. ed. México, 1964.

## 2. La tenencia como presupuesto en el abuso de confianza.

“En el delito de abuso de confianza, la tenencia de la cosa por el agente es presupuesto de la disposición. No puede existir una disposición, en el sentido del artículo 382 del Código Penal, si el agente no tiene la tenencia previa de la cosa”.<sup>19</sup>

Pavón Vasconcelos dice: “Si de acuerdo con el artículo 382 del Código, hay abuso de confianza cuando se disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se ha transmitido al agente la tenencia pero no el dominio, salta a la vista que en este delito encontramos un elemento especial referido a la conducta del sujeto activo, que tiene existencia anterior al desarrollo de la actividad típica y sin el cual no es posible que el delito encuentre vida; tal situación previa es la de que el sujeto tenga la tenencia de la cosa de la cual dispone, sin que la misma implique la posibilidad de ejecutar actos de dominio. En tal virtud, dicha tenencia constituye un presupuesto especial, referido a la conducta del agente, de naturaleza material”.<sup>20</sup>

Octavio Carrete Herrera, sostiene que “en nuestro derecho, la tenencia de la cosa mueble, constituye el presupuesto material del hecho en el delito de abuso de confianza, en virtud de que el sujeto activo del mismo no podría realizar la conducta típica en que este delito consiste, si previamente no existiera entre él y la cosa objeto del delito, aquella vinculación material que constituye la tenencia o posesión de la misma”.<sup>21</sup>

González de la Vega, con menos técnica, ha escrito: “El abuso de confianza requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida previamente al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido. Precisamente difiere el abuso de confianza del robo, por el hecho de que el abusario tiene de antemano la posesión material del bien; en cambio el ladrón, no tenedor de la cosa antes de su delito, va hacia ella, la toma, se hace de su posesión”.<sup>22</sup>

19 Sales Gasque, Renato. *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, p. 63, México, 1963.

20 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 103-104. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

21 *El presupuesto material en el delito de abuso de confianza*, pp. 39-40. México, 1956.

22 *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*, p. 234, 7a. ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1964.

Jiménez Huerta piensa en el mismo sentido que los autores antes citados: "El artículo 382 exige como presupuesto de la conducta típica, que al sujeto activo 'se le haya transmitido la tenencia y no el dominio' de la 'cosa ajena mueble', objeto material del delito. Esta transmisión previa es presupuesto ontológico de la conducta típica, y viene a ser el antecedente fáctico que abre paso y enmarca la posible realización de la subsecuente conducta ejecutiva. Necesario es, por tanto, establecer con la debida precisión cuándo se ha operado la transmisión de la tenencia al sujeto activo del delito".<sup>23</sup>

Siendo, pues, la tenencia un presupuesto en el delito que estamos analizando, queda justificado su estudio antes que el de la conducta. Interesa, por consiguiente, hacer la determinación del concepto "tenencia".

### 3. La tenencia en el Código Civil de 1884.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente a partir del año de 1931, entiende (a la fecha de su entrada en vigor) el concepto de "tenencia" del modo como lo acogía el Código Civil de 1884, en vigor todavía a la fecha en que se promulgó el Código Penal de 1931. En consecuencia, es obligado hacer referencia a la noción de "tenencia" consagrada en el Código Civil de 1884.

Es el criterio clásico de posesión, elaborado por Savigny, el que recogió el legislador civil de 1884. "Únicamente es poseedor, en derecho, aquél que posee en nombre propio", decía el artículo 826. Este precepto requería, según se advierte por la simple lectura, para la existencia de la posesión, los dos elementos clásicos: el *corpus* y el *animus*. Corpus es la tenencia de la cosa, el poder de hecho sobre la misma. Animus es la intención de conducirse como propietario. Es, pues, poseedor el propietario o el que tiende hacia la propiedad; no lo es quien detenta a nombre de otro, llamándose, a quien tiene el corpus pero no el dominio, simple detentador o tenedor de la cosa. "El poseedor en nombre de otro no era poseedor en derecho. Se consideraba como poseedor en nombre de otro, aquél que recibía la cosa por virtud de un contrato o de un acto jurídico, para detentarla temporalmente y restituirla al propietario".<sup>24</sup>

<sup>23</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, IV, La tutela penal del patrimonio*, p. 121. México, 1963.

<sup>24</sup> *Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Vol. II, p. 230* 2a. ed. México, 1956.

En resumen, quien ha recibido el corpus sin recibir el dominio, es un mero tenedor de la cosa; y a esta detentación es a la que se refiere el artículo 382 del Código Penal.

#### 4. La tenencia en el Código Civil vigente.

Del Código Civil vigente, nos interesan los artículos 790, 791, 793 y 798. Dice así el 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".

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

El 791 dispone: "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".

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

Los preceptos anteriores nos permiten afirmar que son tres supuestos distintos los que regula nuestra legislación civil: a) La posesión originaria; b) La posesión derivada; c) La detentación subordinada. La segunda es la constitutiva del presupuesto en el delito de abuso de confianza.

La posesión originaria no puede constituir el presupuesto en el abuso de confianza, por la razón de que en esta clase de posesión encontramos un *animus domini*, que por sí mismo excluye la culpabilidad del delito que nos ocupa. Expliquémonos: para que exista posesión originaria es indispensable el *animus domini*, que debe coexistir con el poder físico sobre la cosa. Si no hay esa coexistencia no habrá posesión originaria. Ahora bien, el abuso de confianza requiere que la disposición de la cosa ajena mueble (de la cual se ha recibido la tenencia pero no el dominio), se lleve a cabo con ánimo

de dominio, y este ánimo es lo que da contenido al dolo, esto es, a la culpabilidad. Esto significa que el *animus domini*, requerido en el delito, recién se presenta con la conducta de disposición, nunca en un momento anterior como lo es el de la posesión; pues de existir ya desde antes de la conducta delictiva, no podría luego configurarse la culpabilidad.

La mera detentación subordinada tampoco es configuradora del presupuesto. El simple tenedor a que se refiere el artículo 793 del Código Civil vigente, no es otra cosa que el servidor de la posesión definido en el artículo 855 del Código Civil alemán, que sirvió de inspiración al legislador mexicano en el instituto que analizamos, y cuyo texto es el siguiente: "Si alguien ejerciera por otro el poder efectivo sobre una cosa, en el negocio o en la casa del mismo, o en otra relación semejante en virtud de la cual tuviera que seguir sus indicaciones referentes a la cosa, el poseedor será únicamente el otro".

Sales Gasque, al estudiar la detentación subordinada, señala que "el comentarista alemán Wolff afirma que el deber de obediencia es elemento característico para distinguir al servidor de la posesión; que el poseedor y el servidor de la posesión están unidos por una relación social de autoridad y subordinación; que no es la relación que media entre la pretensión y la deuda, sino la que existe entre orden y obediencia".<sup>25</sup>

Continúa diciendo Sales Gasque: "En Derecho mexicano, la vinculación existente entre patrón y trabajador es una relación clásica de subordinación. Lo que caracteriza al contrato de trabajo es el poder jurídico de mando por parte del patrono, correlativo al deber de obediencia del trabajador. Al señalar el artículo 793 del Código Civil el término dependencia, quiere referirse precisamente a la dependencia jurídica que se expresa en el deber de obediencia del detentador al propietario. Asimismo, en la patria potestad se manifiesta una relación semejante de dependencia jurídica. El menor está sujeto jurídicamente a quien ejerce la patria potestad sobre él. Está obligado a obedecerlo".

"Habrá detentación subordinada si el detentador tiene la cosa en virtud de su situación de dependencia, si se le ha entregado precisamente para cumplimentar las órdenes e instrucciones de aquél que tiene sobre él poder jurídico de mando, y para que la retenga en provecho del propietario".

---

25 *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, p. 77 México, 1963.

“Tomando como base la relación existente entre patrón y trabajador, clásico caso de dependencia jurídica, podemos comprender perfectamente cuándo existe detentación subordinada”.

“Si el trabajador retiene la cosa del patrón en virtud del contrato de trabajo, para realizar el servicio para el que se le ha contratado; aun cuando detente la cosa fuera de la custodia del propietario y ejerciendo, por tanto, un relativo poder de hecho sobre la misma, pero cumpliendo las órdenes e instrucciones del dueño en el manejo de la cosa; por determinación expresa de la ley no será un poseedor, sino simplemente un detentador subordinado. Consideremos el caso de un contratista de obras, que tiene a su servicio una cuadrilla de albañiles para realizar diversos trabajos que se le han encomendado, y que para la ejecución de cada obra, distribuye a un grupo de trabajadores; distribuyendo, asimismo, las herramientas respectivas, con la expresa condición de que tales herramientas permanezcan en el lugar donde se presta el servicio. En tal caso, los trabajadores que manejan las herramientas fuera de la vigilancia del dueño, no serán poseedores de las mismas, sino detentadores subordinados, en cuanto las retienen en virtud de la situación de dependencia que los vincula al contratista y en cumplimiento de las órdenes e instrucciones de éste”.

“Tres son los elementos de la detentación subordinada: a) una relación de dependencia jurídica; b) que el detentador haya recibido la cosa en virtud de la relación jurídica de dependencia, que lo vincula al dueño; y c) que tenga la cosa cumpliendo órdenes e instrucciones del dueño”.

“Consideremos el caso de un doméstico que ha recibido de su patrón un objeto determinado, con el encargo de entregarlo a un amigo. En este caso, existe la relación de dependencia, en cuanto es un trabajador y tiene la cosa cumpliendo órdenes e instrucciones del dueño; pero la recibió no en virtud de su situación de dependencia sino por título jurídico especial de mandato. En consecuencia, es un poseedor derivado de la cosa y no un detentador subordinado”.

“En el caso de un trabajador que recibe la herramienta para la ejecución de obras por cuenta de su patrón en que la causa jurídica de la entrega sea el contrato de trabajo, pero que el trabajador mantenga dicha herramienta en su poder fuera de toda vigilancia y control del propietario y no cumpliendo instrucciones de éste, respecto a las herramientas de referencia, sino únicamente obligado a la restitución, será un verdadero poseedor derivado y no un detentador subordinado”.

“Si el detentador no está vinculado con el dueño por una relación de dependencia, en virtud de la cual por deber de obediencia quede sujeto a él, no habrá detentación subordinada”.<sup>26</sup>

##### 5. Doctrina penal de la tenencia.

A) Manzini afirma que la mera detentación, o sea, el simple contacto con la cosa ajena no otorga poder sobre la misma; en el simple contacto, la cosa en realidad se encuentra dentro de la esfera de potestad del propietario. En esta tesitura, la conducta del sujeto activo no configurará apropiación indebida (en la legislación italiana), sino hurto (en la misma legislación).<sup>27</sup> Habrá tenencia penal —es la que interesa determinar— cuando la detentación material es capaz de producir cualquier efecto jurídico o de implicar un poder de hecho sobre la cosa; en otros términos, cuando junto con la cosa se transfiera la custodia sobre ella.

B) Octavio Carrete Herrera sostiene que el Código Penal, al emplear la palabra tenencia, “se está refiriendo indudablemente a la posesión derivada que se ejerce sobre la cosa, y no a la mera detentación material de la misma que no llegue a constituir posesión derivada. Es decir, para los efectos del abuso de confianza, tenencia y posesión son palabras sinónimas de acuerdo con la doctrina que acoge nuestro Derecho privado y a la que en este capítulo nos hemos referido”.<sup>28</sup>

C) Pavón Vasconcelos opina que a la posesión derivada se refiere la ley bajo la expresión de tenencia, “dado que el poseedor precario recibe del dueño el derecho de retener la cosa temporalmente pero no puede ejercer sobre ella ningún acto de dominio, al contrario de lo que sucede en aquella posesión o poder de hecho que se ejerce en concepto de dueño”.<sup>29</sup>

D) Jiménez Huerta, por su parte, señala que, “conforme al sentido del artículo 382 puede concluirse que se ha ‘trasmitido la tenencia’ de una ‘cosa mueble ajena’ cuando se ha trasladado o transferido a otro su posesión corporal, cualquiera que fuere, dado que el

<sup>26</sup> *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, pp. 77-79, México, 1963.

<sup>27</sup> Cfr. *Trattato di diritto penale*, Tomo IX, Vol. I, p. 7, Torino.

<sup>28</sup> *El presupuesto material en el delito de abuso de confianza*, p. 45, México, 1956.

<sup>29</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 106, 2a. Ed. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

Código no hace especificación alguna, el título o acto jurídico que hubiere motivado la trasmisión, y siempre que ésta hubiere sido aceptada expresa o tácitamente. Empero, desde ahora se perfila con la debida claridad que 'trasmistir la tenencia' implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la trasmisión, y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito. Sólo puede estimarse que se ha trasmitido a éste dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la trasmitió"... "Falta el presupuesto básico del delito de abuso de confianza en todos aquellos casos en que no se ha trasmitido, aunque hubiere sido tan sólo por muy corto tiempo o para un breve encargo, la autónoma e independiente tenencia de la cosa, magüer ésta se encuentre en manos de otro, pues el simple contacto físico que éste pueda tener sobre la cosa, no presupone trasmisión de tenencia. Quien se apodera de la cosa con la que mantiene un simple contacto físico no comete el delito de abuso de confianza y sí, en cambio, delito de robo".<sup>30</sup>

E) Petrocelli sostiene que el concepto penal de posesión es distinto al del derecho civil. Para explicar su pensamiento, comienza por referirse a la posesión civil, diciendo que son tres las especies reguladas por la ley civil: a) Posesión según cualquier título; b) Posesión legítima; c) Posesión de buena fe.<sup>31</sup>

La posesión según cualquier título se caracteriza por la intención del sujeto de tener la cosa *para sí*, para servir a las propias necesidades, en ejercicio de un derecho distinto al del propietario y con prescindencia de toda idea o pretensión de propiedad.

La posesión legítima es aquella continua, no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca y con *animus domini* (ánimo de tener la cosa como *propia*).

La posesión de buena fe es la que se tiene en razón de un título apto para transmitir el dominio, existiendo, además, la creencia de que se es propietario.<sup>32</sup>

La posesión penal no puede ser igual a la posesión legítima. Por una razón: la posesión legítima se caracteriza precisamente por la voluntad de tener la cosa como *propia*; en cambio, en la posesión pe-

30 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, IV, La tutela penal del patrimonio*, pp. 121-122, México, 1963.

31 Cfr. *L'Appropriazione Indebita*, Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 192.

32 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 205.

nal se tiene la obligación de restituir o de dar a la cosa un uso determinado, lo que implica reconocimiento de tener la cosa como *ajena*.

Mucho menos podrán identificarse posesión penal y posesión de buena fe, ya que esta última se caracteriza, además de por el título, por la creencia de que se es propietario.

La posesión por cualquier título sí ofrece dudas, porque en algunos casos concretos de posesión penal se reúnen a la vez las características de aquélla. Pero no son suficientes esos casos particulares para afirmar la identificación de ambos conceptos; es necesario que tal identificación se dé en todos los casos, para concluir que posesión penal y posesión por cualquier título son uno y el mismo concepto.<sup>33</sup>

La posesión civil, continúa Petrocelli, da lugar a la acción de despojo, fundada en la voluntad de tener la cosa como propia o, al menos, en la voluntad de tenerla para satisfacer un interés propio. Aquí, en esta idea de interés propio, radica la diferencia. En la posesión penal no existe siempre ese interés propio. Se dan diversos supuestos en que se detenta una cosa ajena sólo en interés del propietario y al margen de toda utilidad y ventaja propias; no se tiene la cosa en uso, sino en mera custodia. Cita Petrocelli los casos del depositario, del mandatario, y del comisionista, que son justamente las hipótesis clásicas del presupuesto en la apropiación indebida. Estos supuestos, y otros más, constitutivos de posesión penal, no caen dentro de ninguna de las tres formas de posesión civil; de ahí que deban ser consideradas como simples detenciones civiles.<sup>34</sup>

Estas y otras consideraciones llevan a Petrocelli a buscar de otra manera el criterio que pueda servir para elaborar el concepto de posesión penal.

La posesión penal, señala Petrocelli, se caracteriza porque la relación del agente con la cosa ajena se mantiene fuera de la esfera de custodia del propietario u otro derecho-habiente. Este criterio de la esfera de custodia es el que permitirá diferenciar entre hurto y apropiación indebida. Habrá hurto, o sea violación de la posesión, cuando la cosa se halle en la custodia del propietario; y habrá apropiación indebida, esto es, inversión de la posesión, cuando la cosa se encuentre al margen de la esfera de custodia del propietario.<sup>35</sup>

33 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 209.

34 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, pp. 210 y 211.

35 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, pp. 213 y 214.

Para Petrocelli, "custodiar la propia cosa es poseerla, siendo la custodia la manifestación más simple y expresiva de la posesión. El mantenimiento de la custodia sobre la cosa es la manifestación de que el propietario tiene poder sobre la cosa, tanto de hecho como de derecho, lo que excluye la posibilidad de que coexista un poder contemporáneo sobre la cosa por parte de otro".<sup>36</sup>

La custodia del propietario puede desplegarse sobre cosa respecto de la que tiene la aprehensión directa y física, o sobre cosa que está en manos de otro. En el primer supuesto no es posible hablar de posesión ajena, ni, por tanto, imaginar un delito de apropiación indebida. El segundo supuesto sí es de tomarse en consideración.

La cosa puede estar en manos de otro, pero permanecer en la disponibilidad directa, en el poder del propietario, quien ejerce la voluntad de mantener la cosa en su poder. Como ejemplos se pueden mencionar: el patrón que acompaña en persona al empleado que lleva una bolsa con valores, de la casa del primero a la oficina bancaria; el joyero que pone la joya en manos del cliente para que la examine ante la mirada directa de aquél; el viajante que confía su valija al maletero, a quien sigue y vigila personalmente; etc. En estos ejemplos, y otros muchos semejantes, la custodia no se ejerce materialmente por una aprehensión física, pero sí se despliega en forma directa e inmediata bajo la mirada del propietario, para quien es posible la recuperación inmediata.<sup>37</sup> La conducta del que tiene la aprehensión material, física, constituiría hurto y no apropiación indebida.

En otros casos, la custodia ya no es directa e inmediata por parte del propietario, pero existe de manera discontinua y mediata. Cita, como ejemplos, la custodia del patrón sobre los objetos de su casa, cuyo uso y manejo tiene el doméstico, y la custodia del patrón sobre objetos del hotel o del restaurant, en donde es el camarero quien tiene el uso y el manejo. La conducta del doméstico, o del camarero, daría lugar a hurto y no a apropiación indebida.

Quando la custodia se ejercita no por el propietario personalmente, sino por un tercero en su lugar, también habrá hurto y no apropiación indebida si el que tiene físicamente la cosa la sustrae de esa esfera de custodia.<sup>38</sup>

El estudio realizado, le permite a Petrocelli establecer una distinción en el concepto de custodia: a) Custodia directa e inmediata;

36 *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 214.

37 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 215.

38 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, pp. 215 y 216.

b) Custodia indirecta y mediata. En ambas clases, si el mero detentador material actúa respecto a la cosa como si fuera propietario, no cometerá apropiación indebida sino hurto.<sup>39</sup>

No siempre puede el propietario desplegar la custodia sobre la cosa transferida a otro. Sin embargo, no por ello ha perdido, por así decirlo, el gobierno sobre la misma. Son aquellas hipótesis en que la cosa, habiendo salido de la esfera de custodia, permanece, no obstante, en el marco de otra esfera, en la esfera de actividad del propietario.<sup>40</sup>

En estas hipótesis, el sujeto activo del delito, para apropiarse de la cosa que materialmente tiene en su poder, tiene que poner en juego su actividad para modificar el complejo de condiciones, de medios, de límites que gravitan sobre la cosa y los cuales la sujetan a la esfera de actividad del propietario. Ahora bien, como el agente no estaba facultado para modificar las condiciones, de ahí se sigue que su conducta encuadrará en la figura delictiva del hurto y no en la de la apropiación indebida. El dependiente de comercio que se apropia total o parcialmente las mercancías que tiene en custodia, el empleado que se apropia de la cosa que transporta en el vehículo del propietario, el sirviente que se apropia de objetos que se encuentran en la casa del patrón de quien ha recibido la llave, etc., son algunos ejemplos que pueden citarse como constitutivos de hurto de cosas que se mantienen en la esfera de actividad del propietario.<sup>41</sup>

Especial énfasis pone Petrocelli en el caso del pastor que se apropia de los animales que había recibido del patrón solamente para conducirlos a pastar. Dos supuestos, nos dice, deben distinguirse: a) Si el pastor está obligado a custodiar los animales precisamente en el terreno del patrón; b) Si el pastor está facultado para conducir los animales a cualquier pasto. En el primer caso, los animales permanecen en la esfera de actividad del propietario; por lo tanto, la conducta delictiva del pastor configurará hurto y no apropiación indebida. En el segundo caso, se tratará de apropiación indebida en razón de que los animales no se hallaban sometidos a un poder efectivo del propietario, teniendo éste únicamente el derecho a la restitución.<sup>42</sup>

La permanencia de la cosa, dentro de la esfera de actividad del propietario, debe caracterizarse por algo susceptible de apreciarse sensiblemente, que objetive la intención del propietario de mantener

39 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 223.

40 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 224.

41 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 226.

42 Cfr. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 227.

la cosa en su esfera de actividad. Tal característica objetiva —no sólo vínculo ideal o lógico— puede ser la casa en la que se conservan los muebles, el campo en que deben pastar los animales, el vehículo en que deben transportarse las mercancías, etc.<sup>43</sup>

En este punto de su análisis, Petrocelli afirma que todos los supuestos en que el propietario, habiendo transferido la detentación material de la cosa, no conserve ni la esfera de custodia ni la esfera de actividad, se estará frente a hipótesis perfectamente idóneas para configurar el presupuesto de la apropiación indebida. Señala, como ejemplos, el depósito, la prenda, el comodato, el usufructo y el alquiler.<sup>44</sup>

Sintetizando su pensamiento, Petrocelli resume en tres hipótesis los casos en que la detentación material no configura el presupuesto de la apropiación indebida; por lo mismo, la conducta delictiva del agente no constituirá este delito sino el de hurto:

a) Cuando hay contacto o manejo de la cosa ajena bajo la custodia inmediata del propietario u otro derecho-habiente: el comprador que tiene en las manos el objeto para examinarlo, ante la mirada del dueño del negocio.

b) Cuando se tiene el uso y manejo de la cosa ajena bajo la vigilancia y control no inmediato del propietario u otro derecho-habiente: el sirviente que maneja los objetos de la casa del patrón, o el camarero que manipula los objetos del restaurante o del hotel.

c) Cuando se custodia la cosa ajena —en una forma no autónoma— dentro de la esfera de actividad del propietario u otro derecho-habiente: el sirviente que cuida los objetos de la casa del patrón durante la ausencia de éste, y habiéndole sido dada la llave.

Igualmente, sintetiza en tres hipótesis los casos en que la detentación material sí configura el presupuesto de la apropiación indebida:

a) Cuando en interés del propietario u otro derecho-habiente se tiene la custodia autónoma de la cosa: el depósito.

b) Cuando en interés propio se tiene la custodia autónoma de la cosa: la prenda.

c) Cuando se utiliza o disfruta la cosa ajena: el comodato, el alquiler y el usufructo.<sup>45</sup>

43 Cfr. Petrocelli. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, pp. 227 y 228.

44 Cfr. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli, 1933-XI, p. 231.

45 Cfr. *L'Appropriazione Indebita*. Alberto Morano. Napoli. 1933-XI, pp. 231 y 232.

De toda su exposición, concluye Petrocelli que son características esenciales de la posesión penal:

a) Que el agente guarde con la cosa ajena una relación fuera de la custodia mediata o inmediata del propietario u otro derecho-habiente y, también, fuera de su esfera de actividad.

b) Que tal relación se resuelva en un poder sobre la cosa.

c) Que el contenido de este poder sea: de custodia, de uso o disfrute, o de disposición.

d) Que el poseedor penal tenga la obligación de restituir la cosa, o de darle el destino establecido.

En consecuencia, termina Petrocelli, posesión penal es "un poder de custodia, uso o disposición, que se manifiesta de manera autónoma fuera de las esferas de custodia y de actividad del propietario u otro derecho-habiente, con la obligación de restituir la cosa o darle el destino establecido".<sup>46</sup>

Nos parece que está en lo cierto Petrocelli al sostener que la posesión penal es diferente de las tres especies de posesión civil. Y también es correcto, a nuestro entender, el criterio que propone para distinguir la detentación material constitutiva del presupuesto en la apropiación indebida (en nuestra legislación abuso de confianza), de la que desemboca en el delito de hurto (robo, en nuestra ley).

Ahora bien, el concepto propuesto por Petrocelli se ajusta al de posesión derivada que regula nuestro Código Civil. De esta manera, puede afirmarse que el concepto de posesión penal elaborado por la doctrina, es útil en Derecho mexicano, pudiendo acogerse el pensamiento de Petrocelli en cuanto no hay oposición con las disposiciones contenidas en el Código Civil. Especialmente el artículo 793, que regula entre nosotros la detentación subordinada, corresponde a las ideas desarrolladas por la doctrina italiana; y nos lleva a la conclusión de que el concepto de "tenencia", a que se refiere el artículo 382 del Código Penal, debe construirse en los mismos términos de la posesión derivada. Tenencia penal, como presupuesto del abuso de confianza, y posesión derivada son uno y el mismo concepto.

## CAPÍTULO II

### EL ELEMENTO OBJETIVO

**TEMARIO:** 1. El hecho: A) La conducta; B) El resultado material. 2. Clasificación en orden a la conducta. 3. Clasificación en orden al resultado. 4. Ausencia de conducta.

## 1. *El hecho.*

Con este capítulo iniciamos el estudio de los elementos que entran en la composición del delito de abuso de confianza. Seguiremos el criterio que proponen los sostenedores de la concepción atomizadora del delito; esto es, haremos el análisis de cada uno de los elementos, tanto en su aspecto positivo como en el negativo, sin olvidar el nexo que los mantiene unidos en esa totalidad llamada delito.

Comenzaremos con el análisis del "hecho" (conducta, resultado material y nexo causal), al que se considera como el elemento objetivo o material del delito. Y precisamente nos ocuparemos de él, en primer término, en razón de que la doctrina se muestra casi unánime en asignarle el primer plano en el sistema.

Este primer elemento del abuso de confianza tiene como contenido una conducta, un resultado material y una relación de causalidad, entendidos estos conceptos en un sentido puramente naturalístico, aunque, por supuesto, dentro del marco riguroso del tipo respectivo.

### A) *La conducta.*

La atención se enfocará, primeramente, a la conducta, que, de acuerdo con el tipo, consiste en la "disposición" para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble de la que se tiene la tenencia y no el dominio.

"La esencia de la conducta típica —enseña Mariano Jiménez Huerta— radica en que el agente '*disponga*' del objeto material del delito".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, p. 125, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Pavón Vasconcelos opina en el mismo sentido, diciendo que “la conducta, en el tipo del artículo 382 del Código, consiste en la *disposición* para sí o para otro de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio, término que sirve para diferenciar este delito del robo y del fraude”.<sup>2</sup>

Para Maggiore, “el delito de apropiación indebida (*abus de confiance, Unterschlagung, embezzlement*) consiste en el hecho de quien, para obtener para sí o para otros un provecho injusto, se *apropia* dinero o cosas muebles ajenos, cuya posesión tiene por algún título”.<sup>3</sup>

Por su parte, Cuello Calón nos dice que “cometen este delito (se refiere a la apropiación indebida) los que en perjuicio de otro se *apropiaren* o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlo recibido”.<sup>4</sup>

Carrara, después de asentar la definición del abuso de confianza, analiza los diversos elementos que de ella se desprenden, anotando en cuarto lugar a la conducta. Dice así: “Definimos el 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 uso determinado”.<sup>5</sup> Páginas adelante, al estudiar la conducta (a la que considera como el cuarto elemento del delito), afirma que es “el acto de *apropiación*, en el cual consiste el momento consumativo del abuso de confianza”.<sup>6</sup>

De las opiniones doctrinales acabadas de citar, advertimos una diferencia entre los autores nacionales y los extranjeros. Tal divergencia obedece a que el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, de 1931, emplea el verbo “disponer”, en tanto que la legislación española y la italiana se valen del verbo “apropiar”.

Partiendo de nuestra ley, consideramos que la conducta delictiva en el abuso de confianza, tal como lo sostienen Jiménez Huerta y Pavón Vasconcelos, consiste en la *disposición* para sí o para otro de la cosa ajena mueble.

---

2 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 115, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

3 *Derecho Penal. Parte Especial, Volumen V*, p. 159, Editorial Temis Bogotá, 1956.

4 *Derecho Penal. Tomo II, Parte Especial*, p. 899. Novena edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1955.

5 *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Volumen IV*, parágrafo 2284, Editorial Temis Bogotá, 1959.

6 *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Volumen IV*, parágrafo 2288, Editorial Temis Bogotá, 1959.

Esta conducta se expresa mediante un hacer; o sea, de las dos formas que puede asumir la conducta humana: acción u omisión, la disposición no es configurable omisivamente. Tan sólo a través de una actividad se integra el delito que ocupa nuestra atención. En este sentido piensa Pavón Vasconcelos cuando escribe que "el término *disposición* usado por nuestra ley penal, implica una actividad por parte del agente. El que enajena, por ejemplo, la cosa ajena mueble de la que tiene la posesión precaria, realiza un hacer, una actividad (elemento físico) voluntaria (elemento psíquico), por lo que su conducta se ha expresado, en el plano material, en forma de *acción*, excluyéndose la omisión como forma de conducta en el abuso".<sup>7</sup>

La conducta activa, consistente en la disposición, ofrece, a nuestro entender, una gran dificultad en cuanto a su definición. Veamos, antes de exponer una tesis personal, el parecer de algunos autores.

Se ha sostenido, por Cuello Calón, que "hay apropiación cuando el agente hace suya la cosa incorporándola a su patrimonio con ánimo de disponer de ella como dueño. En cuanto el depositario, el comisionista, el administrador, etc., dispone como dueño de la cosa, se la apropia o distrae. En ciertos casos, v. gr., cuando la enajena y se apropia su precio, o la consume, si es cosa fungible, no puede haber duda acerca de la existencia de la apropiación, pero cuando se presentan casos dudosos, en los que no aparece de modo tan manifiesto el ánimo de apropiársela, serán los tribunales quienes habrán de resolver, para lo cual deben tener en cuenta las facultades que confería al poseedor legítimo el título concreto de su posesión. Pero es preciso para la existencia del delito que haya una verdadera apropiación, pues la demora en la entrega o devolución de la cosa no constituye infracción punible".<sup>8</sup>

Maggiore, al ocuparse del tema, hace referencia al Código derogado y al vigente anotando: "El Código derogado decía: 'el que se apropia una cosa, convirtiéndola en provecho propio o de un tercero'; y el término 'convertir' expresa tal vez con más intensidad la inversión del título para poseer, que es el rasgo característico de la apropiación indebida, especialmente frente a la estafa. El nuevo Código ha dado más impotencia al efecto (apropiación) que al medio (conversión) del delito, suprimiendo el elemento 'convertir', que fue objeto de discusiones en los trabajos preparatorios de 1889".

<sup>7</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 117, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

<sup>8</sup> *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, pp. 902-903. Novena edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.

“El concepto de ‘apropiación’ tiene sentido amplio. ‘Apropiarse’ no significa únicamente hacer entrar una cosa en los propios dominios, sino que equivale a establecer sobre ella relaciones análogas a las del propietario, disponer de ella como si fuera su propietario. El ejercicio de uno solo de los derechos inherentes al dominio—aunque sea distinto de la enajenación propiamente dicha— constituye ‘apropiación’.”

“Esto sucede siempre que el poseedor dispone de una cosa con la voluntad declarada o implícita de tenerla o disponer de ella como propietario”.

“Luego también el uso basta para consumir la apropiación, cuando de alguna manera supone un ejercicio de dominio y está acompañado del fin de sacar provecho (como en el caso del que empeña una cosa ajena, habida a título de depósito, tenga o no la voluntad de rescatarla). Y así se resuelve la cuestión de la apropiación con fines de uso”.<sup>9</sup>

Pavón Vasconcelos, después de afirmar que la palabra “disposición” es equivalente a “apropiación”, dice que se permite “asegurar que disponer de una cosa es apropiarse de la misma con ánimo de dominio”; y en seguida agrega: “Ahora bien, la postura de nuestra ley penal es acertada cuando preceptúa que se ‘disponga para sí o para otro’, porque acoge la doctrina correcta rechazando aquella fundada en la inversión de la cosa. Tanto la disposición o apropiación como la inversión suponen la tenencia de la cosa mediante un acto voluntario; la entrega de la cosa debe implicar el ánimo de despojarse de la posesión y mientras la disposición constituye un concepto de mayor amplitud que la inversión, dado que cuando una persona dispone de la cosa la invierte, no siempre que hay inversión se dispone de ella. Estimando los términos de la ley hay que separar claramente los casos en que se dispone de la cosa de aquellos en que se viola el contrato o el acto”.<sup>10</sup>

Más penetrante, aunque igualmente incompleto, es el pensamiento de Jiménez Huerta: “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 apropiación”.<sup>11</sup>

9 *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen V*, pp. 178-179. Editorial Temis Bogotá, 1956.

10 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 116, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

11 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, p. 117, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Continúa diciendo el autor en cita: "El núcleo de esta descripción típica (alude al artículo 382 del Código Penal) es 'disponer'. Empero, el término en manera alguna puede entenderse en la estricta acepción gramatical que le acuerda el Diccionario de la Lengua —'ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas en vez de atenerse a la posesión y disfrute'—, ya que quedaría a extramuros de la descripción típica la apropiación no acompañada de disposición, sino en su sentido afín o sinónimo más amplio de adueñarse de ellas, esto es, de apropiárselas, cuenta habida de que en el artículo 384 se amplía la descripción típica del 382 hasta abarcar 'la ilegítima posesión de la cosa retenida'. Sería interpretar erróneamente la voluntad de la ley, considerar excluidos del ámbito del tipo en examen, los casos de apropiación no acompañada de disposición. Por otra parte, la frase 'disponga para sí' contenida en el artículo 382 es conceptualmente sinónima de las ideas que expresan las palabras adueñamiento o apropiación".<sup>12</sup>

En otro lugar, escribe Jiménez Huerta: "Disponer de una cosa ajena, tanto significa como apropiársela, esto es, como hacerse dueño de ella de propia autoridad, beneficiándose con su posesión o disfrute, cual si el propietario fuera, o enajenarla o gravarla mediante un acto jurídico que presupone la presencia de una previa apropiación o, al menos, la coexistencia de una apropiación simultánea. Y en verdad, hubiere sido más correcto que la conducta típica del delito se hubiere claramente expresado con la frase 'se apropie' dado que la esencia fáctica del mismo consiste en hacerse dueño de ella de propia autoridad, o como con toda precisión expresa Antolisei, en 'comportarse en relación con la cosa como si fuere propia'".<sup>13</sup>

De inmediato Jiménez Huerta apunta la dificultad que entraña el concepto de apropiación, diciendo: "No son, ni mucho menos, fáciles de determinar los actos que implican la supradicha apropiación. De una manera general se suele decir con frecuencia que la conducta típica del delito de abuso de confianza consiste en *invertir* en propio beneficio el título posesorio que el sujeto activo tiene sobre la cosa. Empero, desde ahora debe subrayarse, en primer lugar, que no en todas las manifestaciones concretas del delito de abuso de confianza existe una inversión del título posesorio, pues, como Petrocelli ha puesto bien de relieve, 'si inversión significa mutamiento de posesión, una

12 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, pp. 117-118, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

13 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo IV. La tutela penal de patrimonio*, p. 125. Antigua Librería Robredo, México, 1963.

posesión mutada, debe, después del acto de la inversión continuar subsistiendo en el agente, lo que no acontece en todos los casos en que la apropiación se concreta en un acto de enajenación de la cosa, en los cuales no es posible decir que exista una inversión de posesión o del título de la posesión, en cuanto la posesión, más que mutar, viene a faltar del todo en el agente por el propio acto en que la apropiación se concreta'; y en segundo término, debe aclararse que no cualquier inversión en beneficio propio configura el delito en examen, pues puede acaecer una inversión posesoria que, sin embargo, no configure el delito. El depositario que invierte la posesión que tiene sobre la cosa a título de depósito, y en beneficio propio la usa como si fuere un comodatario, no perpetra el delito de abuso de confianza, pues el indicado uso indebido no puede valorarse como una apropiación. El delito de abuso de confianza se configura por la apropiación indebida del objeto sobre que recae y no por el uso abusivo de dicho objeto. Usar no es apropiarse, sin perjuicio de que el uso ilícito pueda ser indicio de apropiación. Pero aun en este último caso, dicho indicio tiene que completarse con otros inequívocos actos que apodícticamente revelen que el sujeto activo se hizo dueño de la cosa por propio imperio".<sup>14</sup>

Antonio de P. Moreno considera que "por disposición de la cosa debe entenderse la violación de la finalidad jurídica de la tenencia... Se dispone de la cosa distrayéndola de su finalidad jurídica, o adueñándose de ella, apropiándosela, que es otra forma de distraerla. Por la disposición indebida que de la cosa hace el sujeto activo del delito, se imposibilita para cumplir la obligación de restituirla".<sup>15</sup>

Para González de la Vega, "por disposición del bien se entiende el hecho de que su precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueña de él, obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselo en forma de ilícita retención —disponer para sí—, o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona —disponer para otro—. Esos actos consisten siempre en la distracción de la cosa del fin para que fue entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa".<sup>16</sup>

14 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, pp. 125-126, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

15 *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Delitos en particular*, pp. 82-83, Editorial Jus. México, 1944.

16 *Derecho Penal Mexicano. Los delitos*, p. 231, séptima edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1964.

Muy escueta es la definición elaborada por Federico Puig Peña: "La apropiación significa la inclusión de una cosa, de una manera definitiva, en el patrimonio del culpable".<sup>17</sup>

Para una mejor aprehensión conceptual de la conducta, consideramos necesario estudiar separadamente los dos supuestos de "disposición" que contempla el artículo 382 del Código Penal. Tales son:

- a) Disponer *para sí* de cualquier cosa ajena mueble;
- b) Disponer *para otro* de cualquier cosa ajena mueble.

Como se observa, el verbo típico es uno solo, variando únicamente el sujeto cuyo patrimonio se ve incrementado en virtud de la comisión del abuso de confianza. Parece, por tanto, que ninguna utilidad reporta el estudio de la conducta en la forma como se va a realizar: sin embargo, la distinción que hacemos ayudará al esclarecimiento del concepto, o, al menos, pondrá al descubierto la magnitud de la dificultad que el mismo ofrece.

Anticipando ideas, por ser conveniente al entendimiento del punto de vista que sostendremos, vamos a dejar anotado el concepto de disposición para sí o para otro, según lo entendemos.

Disponer para sí o para otro es ejecutar actos cuya realización quedó reservada al propietario en el acto jurídico por el cual se transmitió la tenencia.

Ya veremos que no siempre la disposición se traduce en una apropiación, y que son minoría los casos en los que sí ocurre este efecto jurídico. Estos casos se limitan a la disposición que del bien hace el sujeto en su favor; es decir, únicamente cuando hay disposición para sí cabe la posibilidad de que ella consista en una apropiación, siendo imposible ésta en la disposición para otro. Entiéndase que hablamos de apropiación y no de transferencia de propiedad: aquélla se da, y no en todos los casos, solamente en la disposición para sí; en cambio, ésta puede operar tanto en la disposición para sí, como en la disposición para otro. Explicuemos: siempre que hay apropiación se transmite la propiedad, pero la transmisión de propiedad no en todos los casos se traduce en una apropiación. En la disposición para sí puede haber apropiación y, por tanto, transferencia de la propiedad. En la disposición para otro nunca hay apropiación, aunque es posible la transmisión del dominio sobre el bien.

Con las ideas anteriores, podemos ya iniciar la exposición de nuestro punto de vista. Al efecto, vamos previamente a referirnos a

<sup>17</sup> *Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial*, p. 253, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

la propiedad y a los modos de adquirirla regulados en el Código Civil mexicano. Muy breve será el análisis de las disposiciones legales de orden civil, y ello sólo en la medida en que sea necesario para esclarecer el núcleo típico del abuso de confianza.

Rojina Villegas, aplicando la definición del derecho real a la propiedad, afirma que "ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto".<sup>18</sup>

Al comparar el derecho de propiedad con los derechos reales en general, Rojina Villegas hace, entre otras afirmaciones, la siguiente: "El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente. En cambio, los otros derechos reales sólo comprenden formas de aprovechamiento parcial".

"El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten. Es decir, se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico".

"El uso implica aprovechar la cosa sin alterarla, de manera que pueda reiterarse constantemente esa forma de aprovechamiento. El disfrute implica el uso y la apropiación de los frutos de la cosa. Los frutos no alteran la substancia del bien, y son las crías de los animales, los productos de la tierra, los réditos de los capitales, etc. En cambio, los productos implican una desintegración del bien, como ocurre con los materiales extraídos de una cantera, los metales de una mina. El derecho de disfrute implica la facultad de apropiarse sólo los frutos".

"Por último, el propietario tiene el derecho de disponer en forma material, mediante el consumo y la transformación, y en forma jurídica mediante la enajenación total o parcial de la cosa".<sup>19</sup>

Al hacer la exposición de los medios de adquirir la propiedad, Rojina Villegas los clasifica, desde distintos puntos de vista, en: 1) Adquisiciones a título universal y a título particular; 2) Adquisiciones primitivas y derivadas; y 3) Adquisiciones a título oneroso y a título gratuito.

<sup>18</sup> *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 290, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

<sup>19</sup> *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, pp. 292 a 294, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

Adquisición a título universal es aquella por la cual se transfiere el patrimonio considerado como universalidad jurídica, o sea, como conjunto de derechos y obligaciones, constituyendo un activo y un pasivo. La herencia es la forma de adquisición a título universal reconocida en nuestro derecho. En cambio, transmisión a título particular es aquella en que se transmite el dominio de bienes determinados, siendo el contrato y el legado dos formas de esta clase de transmisión.

En la adquisición primitiva la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, de manera que el adquirente no la recibe de un titular anterior. La cosa ha permanecido sin dueño, siendo el adquirente su primer ocupante. Ocupación y algunas formas de accesión son medios de adquisición primitiva. Por lo contrario, en las formas derivadas hay transmisión de un patrimonio a otro, pues la cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la transmite a otra. El contrato, la herencia, la prescripción, y la adjudicación son formas de adquisición derivada.

En la adquisición a título oneroso el adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio del bien que recibe; v. gr., la compraventa, la permuta y la sociedad. En la adquisición a título gratuito no se cubre contraprestación alguna, como ocurre en la donación.

Señala Rojina Villegas, además, las transmisiones por acto entre vivos y por causa de muerte. Por otra parte, e independientemente de las clasificaciones, anota, en forma especial, el contrato (medio fundamental y de mayor importancia en el derecho para transmitir el dominio), la herencia, la ley, la ocupación, la prescripción, la accesión y la adjudicación.<sup>20</sup>

De todos estos medios de adquirir la propiedad es necesario hacer un comentario para dilucidar si alguna relación guardan con el delito de abuso de confianza.

Siendo el contrato “un *acuerdo de voluntades* para crear o transmitir derechos y obligaciones”,<sup>21</sup> es incuestionable que la conducta del sujeto activo del delito, consistente en la disposición para sí o para otro, no configura aquel acto jurídico del derecho civil, sea que se trate de enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, sea que la transmisión recaiga sobre especie indeterminada.

---

20 Cfr. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, pp. 312 a 314, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

21 Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Contratos, Volumen I, p. 9, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1961.

La "disposición" tampoco es identificable con la herencia, pues ésta, de acuerdo con el artículo 1281 del Código Civil, "es la *sucesión* en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte"; y como "la herencia se difiere por la *voluntad del testador* o por *disposición de la ley*" (artículo 1282), no se encuentra base para afirmar que tales actos, extraños al sujeto, puedan configurar el núcleo típico del delito en examen.

La "disposición" nada tiene que ver con la ocupación, ya que esta última supone los siguientes requisitos: 1) La aprehensión de una cosa; 2) Ejecutar esta aprehensión en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio; y 3) Reaer en cosas que no tengan dueño o cuya legítima procedencia se ignore.<sup>22</sup> Estos tres requisitos son totalmente opuestos a los que pudieran señalarse para el supuesto en el abuso de confianza. En efecto, mientras en la ocupación el sujeto entra en la posesión a través de una aprehensión, en el presupuesto la tenencia le es transmitida; mientras en la ocupación hay un ánimo de adquirir el dominio, en el presupuesto falta dicho ánimo; y mientras la cosa ocupada no tiene dueño o se ignora, en el presupuesto sí se sabe quién es el dueño de la cosa dada en tenencia. Y en cuanto a la conducta delictiva, la ocupación, que es aprehensión de un bien sin dueño o ignorado, no puede identificarse con la "disposición" como núcleo del abuso de confianza, en razón de que la aprehensión supone que no existe la tenencia, en tanto que ésta es el antecedente necesario de la disposición.

La "disposición" tampoco se equipara a la adjudicación, y ello porque la adjudicación es un acto jurídico de carácter jurisdiccional: es el juez quien hace la declaratoria de que una persona ha adquirido el dominio de una cosa.<sup>23</sup>

La prescripción es igualmente extraña al delito de abuso de confianza; y lo es porque, entre otras exigencias legales, se necesita, para que opere la prescripción, el transcurso del tiempo señalado en la ley. No basta entrar en la posesión originaria a virtud del *animus domini*, ni las cualidades de pacífica, continua, pública y cierta. Es menester el elemento tiempo, según lo estatuyen los artículos 1153 y 1155 del Código Civil. El primero establece lo siguiente: "Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe, se prescribirán

22 Cfr. Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 321, 3a. ed. Antigua Librería Robredo. México, 1954.

23 Cfr. Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 334, 3a. ed. Antigua Librería Robredo. México, 1954.

en cinco años". El 1155 dice así: "La posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o preserita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe". Lo anterior quiere decir que el núcleo típico del abuso de confianza no consiste nunca en una prescripción.

La accesión es un medio de adquirir la propiedad que sí entraña problemas si la relacionamos con la conducta típica del abuso de confianza.

La accesión, dice Rojina Villegas, es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio. Todo lo que se une o incorpora natural o artificialmente a una cosa, pertenece al dueño de ésta por virtud del derecho de accesión. Es, por tanto, un medio de adquirir la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesoria. Hay dos principios fundamentales en esta materia: 1o. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. 2o. Nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro".<sup>24</sup>

Agrega Rojina Villegas que de la buena o mala fe no puede formularse un principio general para establecerla, porque son muy diversos los medios de adquirir por accesión; "pero sí puede establecerse que toda unión o incorporación hecha voluntariamente por una parte, *con conocimiento de que una cosa es ajena*, supone mala fe en aquel que une o incorpora cosa de su propiedad a costa de otro".<sup>25</sup>

En doctrina se distingue la accesión en natural y artificial. Como la natural supone la unión o incorporación de cosas sin la intervención del hombre, no nos interesa y no nos vamos a ocupar en ella. La artificial es la unión o incorporación llevada a cabo por el hombre, y ésta sí será objeto de nuestro análisis.

La accesión artificial ofrece problemas tanto en materia de inmuebles como de muebles. En los inmuebles, nos interesan las tres formas señaladas en el Código Civil, o sea, la edificación, la plantación y la siembra. Respecto a los muebles, son de interés las cuatro formas que la ley prevé: incorporación, mezcla, confusión y especificación.

Comencemos con los inmuebles. Rojina Villegas estudia tres supuestos relacionados con la edificación, plantación y siembra:

24 *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 326.  
3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

25 *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 326.  
3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

- a) Se edifica, siembra o planta en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas;
- b) Se edifica, siembra o planta con elementos propios en terreno ajeno;
- c) Se edifica, siembra o planta en predio ajeno con elementos de tercero.<sup>26</sup>

El segundo caso es extraño por completo al abuso de confianza, no así las hipótesis primera y tercera. De estas nos vamos a ocupar.

Antes, es necesario anotar que, "en todo caso, se considera principal el terreno y accesoria la construcción, plantación o siembra. Por tanto, como principio fundamental habrá de establecerse que el dueño del predio adquirirá la edificación, plantación o siembra".<sup>27</sup>

Veamos, ahora sí, la primera hipótesis. En relación con ella, el Código Civil, en el artículo 897, dice lo siguiente: "El que siembre, plante o edifique en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, *adquiere la propiedad de unas y otros*, pero con la obligación de pagarlos en todo caso y de resarcir daños y perjuicios si ha procedido de mala fe".

De acuerdo con el mandato anterior, la propiedad de las semillas, plantas o materiales pasa al dueño de la finca sin importar que haya habido buena o mala fe, pues la única sanción civil, en caso de mala fe, consiste en pagar, además del valor de las semillas, plantas o materiales, los daños y perjuicios causados. La mala fe reside en el conocimiento de que lo accesorio es ajeno; y la propiedad se adquiere en el momento en que se lleva a cabo la edificación, plantación o siembra.

Ahora bien, puede suceder que una persona haya recibido en depósito, por ejemplo, cierta cantidad de semillas, plantas o materiales. En estas condiciones, existirá la tenencia como presupuesto del abuso de confianza. Si el sujeto, en tal hipótesis, lleva a cabo actos de siembra, plantación o edificación, en un terreno de su propiedad, habrá realizado la conducta delictiva consistente en la disposición para sí de cosa ajena mueble de la que tenía la tenencia y no el dominio; y a virtud de esa disposición, la propiedad se le transfiere a partir del momento en que consumó la conducta delictiva. En

<sup>26</sup> Cfr. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 330, 3a. ed. Antigua Librería Robredo. México, 1954.

<sup>27</sup> Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 330, 3a. ed. Antigua Librería Robredo. México, 1954.

consecuencia, como la accesión sí es un medio de adquirir la propiedad, la disposición *para sí*, en el ejemplo, consistirá en una apropiación.

La segunda hipótesis, dijimos, ninguna relación guarda con el abuso de confianza. En cambio, la tercera sí nos interesa.

La tercera hipótesis aparece regulada en los artículos 895 y 906 del Código Civil. El primero dice así: "Todo lo que se une o se incorpora a una cosa, lo edificado, plantado y sembrado, y lo reparado o mejorado en terreno o finca de propiedad ajena, pertenece al dueño del terreno o finca con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes". En cuanto al segundo, esto es lo que dispone: "Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno es responsable subsidiariamente del valor de aquellos objetos, siempre que concurren las dos circunstancias siguientes: I.—Que el que de mala fe empleó materiales, plantas o semillas, no tenga bienes con qué responder de su valor; II.—Que lo edificado, plantado o sembrado aproveche al dueño".

También aquí se establece que la propiedad de las semillas, plantas o materiales se transfiere al dueño del predio en que se siembra, planta o edifica. La mala fe consiste en el conocimiento que el sujeto tiene de que tanto las semillas, plantas o materiales, como el terreno, son ajenos. En cuanto al dueño del terreno, pudo haber actuado de buena o de mala fe.

En estas condiciones, cabe la posibilidad de que un depositario (tenedor en los términos del artículo 382 del Código Penal) de semillas, plantas o materiales, con ellas siembre, plante o edifique, según el caso, en terreno cuyo dueño es persona distinta del propietario de las semillas, plantas o materiales. Estos actos del depositario configurarían la conducta típica de disposición *para otro* respecto de cosa ajena mueble de la que tenía la tenencia y no el dominio, y la propiedad, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, pasaría directamente de quien era dueño de las semillas, plantas o materiales a quien es dueño del terreno, y a partir del momento en que tiene lugar la accesión. Consecuentemente, en esta tercera hipótesis que estamos analizando, el verbo típico no significa "apropiarse" la cosa, pues el sujeto activo del delito ninguna propiedad adquiere. En este ejemplo, el sujeto ha realizado actos que sólo al propietario correspondían, sin que tales actos se traduzcan en una adquisición de propiedad, pues ésta, repetimos, pasa directamente del dueño de la cosa accesoria al dueño de la cosa principal. Disponer, por lo

tanto, en este supuesto que nos ocupa, significa ejecución de actos que sólo al propietario correspondía realizar.

Pasemos ahora al análisis de las cuatro hipótesis que se presentan en la accesión artificial de bienes muebles, a saber: la incorporación, la mezcla, la confusión y la especificación.

En primer término la incorporación, que consiste en la unión de dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, por voluntad de ambos, por casualidad o por voluntad de uno de ellos.<sup>28</sup> El concepto, en su análisis, nos lleva a tres supuestos diferentes:

- a) Incorporación por voluntad de ambos dueños;
- b) Incorporación por casualidad; y
- c) Incorporación por voluntad de uno solo de los dueños.

Únicamente el caso señalado en tercer lugar ofrece interés para nuestro estudio. Para resolverlo, es preciso determinar: 1) Cuál es la cosa principal y cuál la accesoria; 2) Quién lleva a cabo la incorporación; y 3) Quién adquiere la cosa resultante de la incorporación.

1) Para saber cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, se aplican los artículos 917, 918 y 919 del Código Civil, que, respectivamente, establecen: "Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, la de mayor valor". "Si no pudiere hacerse la calificación conforme a la regla establecida en el artículo que precede, se reputará principal el objeto cuyo uso, perfección o adorno se haya conseguido por la unión del otro". "En la pintura, escultura y bordado; en los escritos, impresos, grabados, litografías, fotograbados, oleografías, cromolitografías, y en las demás obtenidas por otros procedimientos análogos a los anteriores, se estima accesorio la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino".

2) La incorporación puede realizarse por el dueño de la cosa accesoria o por el dueño de la cosa principal.

3) Para determinar quién adquiere la cosa resultante de la incorporación, se aplican los artículos 916, 922 y 923 del Código Civil.

De conformidad con el 916, "cuando dos cosas muebles que pertenecen a dos dueños distintos, se unen de tal manera que vienen a formar una sola, sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, pagando su valor".

<sup>28</sup> Cfr. Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 332, 3a. ed. Antigua Librería Robredo. México, 1954.

De acuerdo con el 922, "cuando el dueño de la cosa accesoria es el que ha hecho la incorporación, la pierde si ha obrado de mala fe; y está, además, obligado a indemnizar al propietario de los perjuicios que se le hayan seguido a causa de la incorporación".

Y el 923 dispone que "si el dueño de la cosa principal es el que ha procedido de mala fe, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho a que aquél le pague su valor y le indemnice de los daños y perjuicios..."

Como se ve, los tres artículos resuelven de la misma manera el problema de la propiedad: el dueño de la cosa principal adquiere la propiedad de la accesoria.

Advertimos que únicamente estamos tomando en consideración los casos en que verdaderamente hay una incorporación, esto es, los casos en que dos bienes muebles se unen en forma *permanente* constituyendo un tercer bien. Cuando existe la posibilidad de separar los bienes unidos, aun a costa de la destrucción de uno de ellos, no hay propiamente *acesión*, y por eso tales supuestos no son objeto de nuestro análisis.

Ahora bien, si recogemos todo lo expuesto acerca de la incorporación para averiguar qué pasa en relación con el delito de abuso de confianza, obtenemos lo siguiente:

Supongamos que el dueño de la cosa principal, también es tenedor (por depósito, digamos) de la cosa accesoria. Estaremos aquí ante la tenencia como presupuesto del abuso de confianza. Si el sujeto, en este ejemplo, lleva a cabo la incorporación, su conducta integrará la disposición *para sí*, típica del delito en examen; y como a consecuencia de la *acesión* la cosa accesoria entra a su propiedad, concluimos que esta "disposición para sí" se traduce en una apropiación.

Imaginemos el caso inverso: el dueño de la cosa accesoria, es tenedor (también por depósito) de la cosa principal. En el supuesto de que el sujeto realice la incorporación, perderá la propiedad sobre la accesoria, misma que pasará al dueño de la principal. Su conducta no será delictiva porque, por mandato legal, la propiedad de la cosa accesoria se transfirió al dueño de la principal; y siendo esto así, no habrá "disposición para sí" y tampoco existirá "disposición para otro".

Sigue ahora el estudio de la mezcla y de la confusión. Como el Código Civil las trata a la vez, nosotros también, y para evitar repeticiones, las abordaremos de la misma manera, anotando únicamente que la mezcla se refiere a sólidos y la confusión a líquidos.

Son los artículos 926 a 928 del Código Civil los que regulan estas dos formas de adquisición artificial. De la simple lectura de los preceptos, desprendemos tres supuestos diferentes:

- a) Mezcla o confusión por voluntad de ambos dueños;
- b) Mezcla o confusión por casualidad; y
- c) Mezcla o confusión por voluntad de uno solo de los dueños.

Aquí también sólo es de interés la hipótesis tercera, la cual subdividiremos, para una mayor precisión y siguiendo al Código Civil, en de buena fe y de mala fe.

Cuando hay buena fe, "cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido al valor de las cosas mezcladas o confundidas" (artículo 926, aplicable por remisión que hace el 927). Cabe, sin embargo, una excepción a esta regla general: si el dueño de la cosa mezclada o confundida sin su consentimiento, prefiere la indemnización de daños y perjuicios, la propiedad corresponde a quien de buena fe hizo la mezcla o confusión (artículo 927); pero es de señalarse que tal derecho de propiedad no se adquiere como consecuencia del acto de mezclar o confundir, sino por la voluntad del dueño de la cosa que fue mezclada o confundida sin su consentimiento, voluntad que surge en un momento posterior al de la mezcla o confusión.

Ejemplificando, y ya en la esfera penal: una persona, que ha recibido en depósito una cosa (sólida o líquida), mezcla o confunde ésta con cosa de su propiedad. Su conducta no será delictiva en razón de no haber ni disposición *para sí* ni disposición *para otro*.

El caso de la mala fe se halla previsto en el artículo 928: "El que de mala fe hace la mezcla o confusión, *pierde la cosa mezclada o confundida que fuere de su propiedad*, y queda, además, obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa o cosas con que se hizo la mezcla".

Así, si un sujeto, siendo depositario de una cosa (sólida o líquida), la mezcla o confunde con cosa de su propiedad, mediando mala fe, perderá la cosa mezclada o confundida de su propiedad; o sea, su propiedad pasará a la otra persona. En tal virtud, no se configura la conducta típica porque no existe disposición *para sí* ni tampoco disposición *para otro*.

Como último caso de accesión artificial, el Código Civil se ocupa de la especificación. "Esta consiste en dar forma a una materia ajena, o sea, en transformar por el trabajo esa materia".<sup>29</sup>

Dos hipótesis distingue el Código Civil:

- a) Especificación de buena fe; y
- b) Especificación de mala fe.

En la especificación de buena fe, invariablemente la nueva especie formada pasa a ser propiedad del dueño de la cosa principal. A este efecto, se considera principal la materia si el valor de ésta es superior al mérito artístico de la obra (artículo 930); y, a la inversa, será principal el mérito artístico cuando su valor exceda al de la materia (artículo 929).

Supongamos que un sujeto, teniendo la tenencia de una cosa en virtud de un contrato de depósito, aplica su trabajo a ella para transformarla en una obra de arte. Si el valor del mérito artístico es inferior al valor de la materia, el dueño de ésta será el propietario de la nueva especie; por lo tanto, al no haber disposición *para sí* ni disposición *para otro*, no se integrará la conducta típica del abuso de confianza.

Ahora veamos el caso en que sea superior el valor del mérito artístico. La nueva especie formada pertenecerá a quien ejecutó el trabajo, es decir, al depositario (tenedor de la cosa). La conducta de éste configurará la disposición *para sí*, cuyo contenido es una verdadera apropiación.

Resta por analizar la especificación de mala fe. El artículo 931 la regula en estos términos: "Si la especificación se hizo de mala fe, el dueño de la materia empleada tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, o exigir de éste que le pague el valor de la materia y le indemnice de los perjuicios que se le hayan seguido".

Comentando el precepto, Rojina Villegas lo entiende así: "Si se procede de mala fe por el especificador, no importa que el mérito artístico sea superior al valor de la materia: el dueño de ésta adquiere la nueva especie y tiene derecho de exigirle daños y perjuicios, o bien, si prefiere, puede exigir la materia empleada entregándose una equivalente, o el precio señalado por peritos".<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 334, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

<sup>30</sup> *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes y derechos reales, Volumen I, p. 334, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

A nosotros nos parece que el mandato legal debe interpretarse en el sentido de que la obra pasa siempre en propiedad a quien era dueño de la materia, facultando a éste a transmitir, por su decisión unilateral, dicha propiedad al especificador de mala fe. Pero esta transmisión de propiedad al especificador no deriva del acto de la especificación, sino de la voluntad, unilateralmente expresada, del dueño de la materia. En estas condiciones, si el especificador era detentador (por un contrato de depósito, digamos) de la cosa, existirá la tenencia a que alude el artículo 382 del Código Penal; sin embargo, por no configurarse la disposición *para sí* ni la disposición *para otro*, no se integrará la conducta típica del abuso de confianza.

El análisis que hemos llevado a cabo acerca de los medios de adquirir la propiedad, nos permite aseverar que la conducta típica del abuso de confianza, esto es, la disposición *para sí* o la disposición *para otro* no significa apropiación.

Los autores que identifican la disposición con la apropiación, olvidan los mandatos del Código Civil relativos a los modos de adquirir el dominio. Por lo mismo, es inaceptable la tesis que sustentan. Tres errores, a nuestro juicio, cometen los partidarios de la teoría que afirma la identidad de los conceptos "disposición" y "apropiación".

El primero consiste en la afirmación de que el sujeto activo del delito adquiere la propiedad a virtud de la conducta típica del abuso de confianza. Esta aseveración, en los términos absolutos en que la proponen, es inexacta. De los diversos modos de adquirir el dominio sobre los bienes, el único que puede ser constitutivo de la conducta prevista en el artículo 382 del Código Penal, es la accesión; pero la accesión no es la única vía para cometer el abuso de confianza, ni siquiera es la más importante. En todos los restantes casos, diversos de la accesión, no hay transmisión de propiedad del sujeto pasivo al activo. La propiedad sigue siendo del pasivo. Suponer lo contrario equivale a desconocer por completo, contrariándolos, los imperativos contenidos en el Código Civil. Y no es esto, indudablemente, lo que el legislador en materia penal quiso estatuir.

El segundo error de la tesis estriba en la creencia, implícita en el concepto, de que en la disposición *para otro* hay apropiación por parte del sujeto activo. Esto es falso. Ya vimos, al analizar los diversos supuestos de accesión, que pueden presentarse tres casos diferentes: 1) Que, pese a la accesión, no hay transmisión de propiedad; 2) Que la propiedad pasa del sujeto pasivo al sujeto activo, configurando la disposición *para sí*; y 3) Que la propiedad se transfiere di-

rectamente del sujeto pasivo a un tercero, caso en el que estamos frente a una disposición *para otro*. En esta última hipótesis no hay apropiación, pues el sujeto activo ninguna propiedad adquiere respecto a la cosa de la cual dispone. En cuanto a la primera hipótesis, ni siquiera hay transferencia de dominio.

El tercer error lleva a consecuencias inadmisibles de orden conceptual en la esfera de la teoría del delito. Analicemos: si se define "disposición" como apropiación, en realidad el problema queda desplazado, y será necesario señalar lo que sea apropiación. ¿Qué es, para los autores, apropiación? No lo dicen. Se limitan a mencionar diversos casos en que, a su entender, hay apropiación; es decir, se concretan a ejemplificar. Con esto olvidan que un ejemplo nunca reemplaza a una definición, sirviendo tan sólo para aclararla cuando ella en sí misma ofrece o puede ofrecer dudas. La tesis que nos ocupamos a mencionar. Si disponer de una cosa es apropiársela, ¿en qué consiste esa conducta de apropiación? En la disposición *para otro* siempre encontramos la acción por virtud de la cual se materializa esa disposición. Pero en la disposición *para sí* no ocurre lo mismo. Para apropiarse una cosa no sería menester ejecutar actos que materializaran tal apropiación, bastando únicamente la decisión del sujeto de incorporar la cosa a su patrimonio. De aquí resultaría la conclusión de que sin actividad alguna, es decir, con el solo elemento interno (voluntad) de la acción se consumaría el delito. En consecuencia, de dos cosas, una: o se admite la tesis de que disposición es apropiación, aceptando la existencia de una conducta sin actividad; o bien, se acepta el camino de la ejemplificación, eludiendo todo intento de definición. Ambas soluciones son inaceptables. Rechazamos, pues, la tesis que equipara disposición con apropiación.

Igualmente, y por las razones invocadas por los autores que la rechazan, es inadmisibile la tesis de la inversión del título posesorio.

En cuanto al criterio sustentado por algunos en el sentido de que la disposición debe entenderse como una violación de la finalidad jurídica de la tenencia, es de señalarse la confusión que padecen sus sostenedores. Esa violación de la finalidad jurídica será, en todo caso, una consecuencia derivada de la disposición, mas no la disposición. La conducta, no debe olvidarse, es un concepto de orden natural; en cambio, la violación de la finalidad jurídica es una idea exclusivamente normativa que cobra realidad en el mundo del derecho a partir, y lógicamente después, de la conducta. No es de aceptarse,

pues, la tesis que proponen, entre otros, Antonio de P. Moreno y González de la Vega.

El punto de vista de Puig Peña también es equivocado. Y si lo referimos al artículo 382 del Código Penal, advertimos su inaplicabilidad por dos razones fundamentales: la cosa no siempre se incluye en el patrimonio del culpable, ya que puede incluirse en el patrimonio de un tercero; por otra parte, tampoco es verdad que la inclusión sea definitiva en todos los casos, pues el sujeto pasivo tiene siempre la acción reivindicatoria para recuperar la cosa de su propiedad en los supuestos en que la siga conservando.

Por nuestra parte, ya adelantamos el aspecto básico de nuestro pensamiento. Resta únicamente precisarlo de acuerdo con los elementos constitutivos de la conducta, la que, en el abuso de confianza, se manifiesta en la primera de sus formas, a saber, como acción.

Dos son los elementos que la doctrina más reciente atribuye a la acción:

- a) La voluntad;
- b) La actividad.

El elemento interno, subjetivo o psíquico consiste en querer llevar a cabo la actividad, el movimiento corporal, esto es, en querer ejecutar la disposición para sí o la disposición para otro. El elemento externo, físico o material es la actividad, el movimiento corporal, es decir, la disposición para sí o la disposición para otro. En consecuencia, la conducta en el abuso de confianza se define como la disposición voluntaria, para sí o para otro, de la cosa ajena mueble de la cual se tiene la tenencia y no el dominio.

A través de la conducta, el sujeto deja de cumplir un deber jurídico de abstenerse, violando así una norma prohibitiva.

La disposición *para sí* —ya lo dijimos— consiste, en algunos casos de accesión artificial, en una verdadera apropiación. Estos casos, muy limitados por cierto, son la edificación, plantación o siembra en terreno propio con materiales, plantas o semillas ajenas; la incorporación llevada a cabo por el dueño de la cosa principal; y la especificación de buena fe cuando el valor del mérito artístico es superior al valor de la materia.

En todos los restantes casos, la disposición para sí no será nunca una apropiación; se tratará, en tales casos, de una ejecución de actos cuya realización quedó reservada al propietario en el acto jurídico por el cual se transmitió la tenencia.

En la disposición *para otro* no se da un solo caso de apropiación. El sujeto activo del delito jamás adquiere la propiedad de la cosa ajena mueble de la cual tenía la tenencia y no el dominio. Aun en los casos en que la disposición *para otro* se traduce en una transferencia del dominio sobre el bien, esa transmisión opera directamente del sujeto pasivo al tercero, quien adquiere así la propiedad.

Por consiguiente, en la disposición *para otro* siempre encontramos una ejecución de actos cuya realización quedó reservada al propietario en el acto jurídico por el cual se transmitió la tenencia.

### B) *El resultado material.*

En el artículo 382 del Código Penal se exige un resultado material, consistente en un *perjuicio* para alguien como consecuencia de la disposición para sí o de la disposición para otro.

Este perjuicio ha sido entendido de una manera bastante confusa por los intérpretes del texto legal que estamos examinando.

Así, por ejemplo, Pavón Vasconcelos hace la siguiente afirmación: "Como veremos más adelante, al estudiar la *antijuridicidad*, para que el abuso de confianza se integre es indispensable que el fin perseguido por el agente se traduzca en un *perjuicio* que corresponde al provecho injusto del acto de disposición. Ese perjuicio equivale a la disminución sufrida por el pasivo en su patrimonio, por lo que no somos incongruentes si afirmamos que el abuso es un delito de daño o de lesión, en contraposición a los llamados delitos de peligro, puesto que la ley protege, a través de la tutela, la efectiva lesión al patrimonio y no la simple puesta en peligro de tal bien jurídico".<sup>31</sup>

González de la Vega, por su parte, sostiene que "todos los delitos patrimoniales, considerando sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, tienen la peculiar característica de importar un perjuicio patrimonial para la víctima; la consecuencia de todos ellos es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, quien resiente merma en la utilidad que le procuran los elementos activos de su patrimonio. En el abuso de confianza el perjuicio o daño patrimonial a la víctima es corolario de la disposición indebida. Dicho daño consiste en la disminución que de hecho sufre el ofendido en sus bienes o derechos por el acto de apropiación cometido por el protagonista del delito".<sup>32</sup>

31 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo. abuso de confianza y fraude genérico simple*, v. 118, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

32 *Derecho Penal Mexicano. Los delitos*, p. 233, séptima edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1964.

No menos confuso, y contradictorio además, es el parecer de Jiménez Huerta: "La conducta típica de abuso de confianza que describe el artículo 382 ha de realizarse, como en forma expresa establece el mencionado artículo, 'con perjuicio de alguien'. ... *pues desde el punto de vista de la tutela penal del patrimonio no tendría sentido tipificar una apropiación o disposición indebida que no se plasmasse en un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo*".<sup>33</sup>

Líneas adelante, escribe Jiménez Huerta: "El perjuicio consiste en la lesión inferida al bien patrimonial, contemplada desde el punto de vista del que la sufre, esto es, del paciente. Es un concepto eminentemente normativo surgido de una valoración basada en las proyecciones materiales, jurídicas y económicas que emanan de la conducta típica. El perjuicio encarna unas veces en la consunción material del objeto corporal del delito; otras, en su definitiva irrecuperabilidad por cualquier circunstancia oriunda de la conducta típica; otras, en la privación temporal que ha sufrido el propietario, usufructuario, arrendatario: etc., de usar y disfrutar de la cosa; y otras, en la ganancia lícita que dejaron de obtener dichas personas por la ilegítima apropiación. Basta que se manifieste en cualquiera de las maneras expresadas para que pueda afirmarse su realidad conceptual típica, aunque frecuentemente en un mismo hecho pueden confluir varias de dichas diversas formas de presentación. *No es necesario que se plasme en un daño económico*, ya que puede existir perfectamente un perjuicio que no se traduzca en un daño económico. En estos casos, procede afirmar la realidad del perjuicio y absolver de la reparación del daño material. Sería incidir en un error sutil, aunque paladino, concluir, con fundamento en que la pena del delito se fija en el artículo 382 en relación al 'monto del abuso', que el perjuicio jurídico ha de ser siempre valuable en dinero ya que de otro modo no podría fijarse la pena; pues lo que el Código Penal toma en cuenta para determinar la sanción es el valor del objeto apropiado y no el monto del perjuicio".<sup>34</sup>

Al ocuparse del momento consumativo, Jiménez Huerta sostiene que el abuso de confianza "es material o de resultado, pues produce un cambio en el mundo exterior, esto es, la apropiación o disposición fáctica de la cosa ajena".<sup>35</sup>

33 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 136. Antigua Librería Robredo. México, 1963.

34 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, pp. 316-317. Antigua Librería Robredo. México, 1963.

35 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 139, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

La opinión de Pavón Vasconcelos, según se advierte en el párrafo transcrito, es en el sentido de que el "perjuicio" da contenido a la antijuridicidad; y no lo relaciona con el resultado material, al que no da cabida en el delito cuyo estudio nos ocupa. Deja, sin embargo, de explicar satisfactoriamente su aserto de que el perjuicio equivale a la disminución sufrida por el pasivo en su patrimonio, siendo al mismo tiempo antijuridicidad.

El punto de vista de González de la Vega, por ser totalmente ajeno a un método y a un sistema, no permite el comentario crítico. Más que señalarle deficiencias de concepto, que las tiene, es de anotarse la carencia de método y sistema.

Jiménez Huerta se muestra, asimismo, inconsistente. No se logra saber si el perjuicio es de índole patrimonial exclusivamente, o también extrapatrimonial; pues afirma que el perjuicio puede ser *no económico*. Por otra parte, identifica el resultado material con la disposición, es decir, confunde el resultado material con la conducta.

Nosotros entendemos la expresión "perjuicio" como especificadora del resultado material, consistente en la disminución que sufre el pasivo en su patrimonio. Nos apoyamos, para hacer esta afirmación, en el artículo 382 del Código Penal considerado en su integridad. Si la sanción se aplica de acuerdo con el monto del abuso de confianza, ello significa que el perjuicio debe interpretarse como la disminución en el patrimonio del pasivo; y siendo económico el contenido de la noción de patrimonio, tal disminución debe entenderse en un sentido económico. Ahora bien, los conceptos de "patrimonio", "disminución" y "económico" son extrapenales, o sea, tienen una connotación y un contenido independientemente de la ley; ésta no hace sino tomar el vocablo "perjuicio" con el significado mencionado e incorporarlo a su esfera. Por lo tanto, su ubicación está, no en la antijuridicidad, sino en el elemento objetivo, como resultado material.

## 2. Clasificación en orden a la conducta.

El abuso de confianza es un delito de:

- a) *Acción*;
- b) *Unisubsistente o plurisubsistente*;

a) Es un delito de *acción* porque tanto la disposición para sí como la disposición para otro únicamente pueden configurarse mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal. Así también

escribe Pavón Vasconcelos, al hacer la correspondiente clasificación de esta figura delictiva: "El término *disposición* usado por nuestra ley penal, implica una *actividad* por parte del agente. El que enajena, por ejemplo, la cosa ajena mueble de la que tiene la posesión precaria, realiza un hacer, una actividad (elemento físico) voluntaria (elemento psíquico), por lo que su conducta se ha expresado, en el plano material, en forma de *acción*, excluyéndose la omisión como forma de conducta en el abuso".<sup>36</sup>

b) Es un delito *unisubsistente* si se lleva a cabo con un solo acto; por el contrario, será *plurisubsistente* si en la ejecución se despliega una pluralidad de actos. De parecer diferente es Pavón Vasconcelos, pues afirma: "Al igual que el robo, el abuso de confianza es un delito esencialmente de *acto único*, por no permitir la actividad típica fraccionamiento en varios actos, teniendo por ello naturaleza *unisubsistente*, aun cuando excepcionalmente, existiendo pluralidad de disposiciones unidas por la misma intención y la misma lesión jurídica (delito continuado) pueda admitirse su carácter plurisubsistente".<sup>37</sup>

La opinión del autor en cita nos parece equivocada porque, como acertadamente sostiene Antolisei, "es necesario tener presente que esta distinción no se realiza respecto a los delitos considerados en abstracto, sino respecto a la forma particular que adoptan en el caso concreto. Realmente, el mismo delito puede realizarse con frecuencia tanto con un solo acto cuanto mediante una actividad compleja".<sup>38</sup> Por otra parte, la unisubsistencia o plurisubsistencia se afirma en atención a la unidad o pluralidad de *actos*, no de conductas. En el delito unisubsistente una sola conducta se integra con un único acto, a diferencia del plurisubsistente en el que se requieren varios actos para integrar una única conducta. Por lo mismo, en el abuso de confianza, sea que se trate de un solo acto (unisubsistente), sea que se trate de varios actos formando unidad (plurisubsistente), estaremos frente a una disposición para sí o para otro *única*.

Caso distinto es el delito continuado. En este, no se trata de una pluralidad de actos (plurisubsistencia), sino de una pluralidad de *conductas*, de una pluralidad de disposiciones para sí o para otro. Por tanto, el sujeto realiza no un delito, sino varios, de abuso de con-

36 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 117, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

37 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 117, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

38 *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 199, UTEHA, Buenos Aires, 1960.

fianza, los que, por la ficción del delito continuado, son consideradas como si se tratase de uno solo.

### 3. Clasificación en orden al resultado.

El delito que estamos examinando es:

- a) *Instantáneo*;
- b) De *resultado material*;
- c) De *lesión*.

a) Es un delito *instantáneo* porque tan pronto se integran los elementos del tipo, el delito se consuma, agotándose. “En orden a su consumación —dice Pavón Vasconcelos— es un delito *instantáneo* porque aquélla tiene lugar en el instante mismo en que el agente dispone, para sí o para otro, con perjuicio de alguien, de la cosa ajena mueble”.<sup>39</sup> De la misma opinión es Jiménez Huerta: “El delito de abuso de confianza se consuma en el mismo instante en que el sujeto activo logra apropiarse, esto es, disponer para sí o para otro, del objeto material sobre que recae”.<sup>40</sup> En Italia, Maggiore, entre otros, señala que “este delito se consuma apenas se efectúa la apropiación con fines de obtener provecho. No importa que éste se consiga efectivamente y que se siga un perjuicio. Se trata de un delito *instantáneo*, como el hurto y la estafa, aunque sus efectos pueden ser permanentes”.<sup>41</sup>

b) El abuso de confianza es de *resultado material* en razón de que el tipo contenido en el artículo 382 del Código Penal prevé un mutamiento en el mundo exterior: el perjuicio. Igual aseveración hace Jiménez Huerta: “...el delito de abuso de confianza es material o de resultado, pues produce un cambio en el mundo exterior”.<sup>42</sup>

c) Finalmente, es un delito de *lesión*, dado que se causa un daño efectivo al bien jurídicamente protegido: el patrimonio queda disminuido como consecuencia de la disposición para sí o de la disposición

39 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 118, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

40 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, p. 138, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

41 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 181, Editorial Temis Bogotá, 1956.

42 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV, La tutela penal del patrimonio*, p. 139, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

para otro. Pavón Vasconcelos se inclina en la misma dirección: "El abuso es un delito de daño o de lesión, en contraposición a los llamados delitos de peligro, puesto que la ley protege, a través de la tutela, la efectiva lesión al patrimonio y no la simple puesta en peligro de tal bien jurídico".<sup>43</sup>

#### 4. Ausencia de conducta.

El aspecto negativo del elemento material del abuso de confianza se configura, al igual que en cualquier otro delito, cuando falta alguno de los componentes de ese elemento objetivo. Ya anotamos, al estudiar el aspecto positivo, que la conducta sólo puede existir cuando se integran sus dos elementos: el psíquico y el físico. De aquí desprendemos que, al faltar el elemento volitivo, pese a existir el movimiento corporal o actividad, no habrá conducta; en consecuencia, el delito no se integrará por ausencia del elemento objetivo o material.

La doctrina penal se muestra discordante en relación a los casos de ausencia de conducta. Ello obedece a la dificultad, no superada todavía, que ofrecen determinados aspectos del actuar u omitir humanos. Nos limitaremos, por tal razón, a los supuestos que la generalidad de los autores señalan como impeditivos de la voluntad. Ellos son: la *vis absoluta* o fuerza física irresistible, la *vis maior* o fuerza mayor, y los *movimientos reflejos*.

Existiendo *vis absoluta* o fuerza física irresistible cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad sin el concurso de su voluntad en razón de padecer fuerza física proveniente del hombre, afirmamos que sí es posible invocar en un caso concreto esta causa de ausencia de conducta. Supongamos uno de los casos de aceción artificial ya explicados: la siembra en terreno propio con semillas ajenas. Es posible que el sujeto sea violentado por *vis absoluta* y como consecuencia inevitable lleve a cabo el movimiento corporal idóneo para que la semilla ajena quede sembrada en el terreno propio. En este ejemplo, no tan extraño como pudiera creerse, habrá el elemento físico, faltará el psíquico y, en consecuencia, no se configurará el delito por falta del hecho típico.

La *vis maior*, consistente en fuerza física irresistible no humana, también puede funcionar en el abuso de confianza. Pensemos en la

<sup>43</sup> Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple, p. 118, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

accesión artificial en su variedad de incorporación. Si dos recipientes, uno conteniendo un sólido y el otro un líquido, se hallan colocados de cierta manera, es factible que una persona, dominada por fuerza mayor, vierta el sólido dentro del líquido resultando un tercer bien. Si la persona es dueña de la cosa principal, adquirirá la accesoría, con lo cual se integrará el elemento externo de la acción, sin que ello constituya conducta alguna a virtud de la fuerza mayor. Será un caso de ausencia de voluntad y, por tanto, de inexistencia de delito.

Los *movimientos reflejos*, que, al decir de Mezger, son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo un influjo anímico, sino es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento,<sup>44</sup> igualmente son de tomarse en consideración en el delito que estudiamos. Piénsese en el mismo ejemplo que utilizamos en relación a la fuerza mayor, substituyendo ésta por movimientos reflejos, y se verá que no existirá conducta y, por ello, tampoco delito.

---

<sup>44</sup> Cfr. *Tratado de Derecho Penal, I*, pp. 215-216, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

### CAPÍTULO III

## TIPO, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

**TEMARIO:** 1. Tipo y tipicidad. 2. El tipo de abuso de confianza. 3. Elementos: a) El objeto jurídico; b) El objeto material; c) El sujeto activo; d) El sujeto pasivo; e) El hecho; f) Elementos normativos. 4. Clasificación en orden al tipo. 5. Atipicidad. 6. Antijuridicidad. 7. Causas de licitud.

## 1. Tipo y tipicidad.

Es necesario abordar ahora dos conceptos de capital importancia en la construcción dogmática de todo delito: el tipo y la tipicidad.

Por tipo entendemos la descripción de un delito hecha por una norma jurídico penal. El contenido de esta descripción puede ser puramente objetivo; o bien, objetivo y subjetivo; o, asimismo, objetivo y normativo; o, por último, objetivo, subjetivo y normativo. Siendo, pues, diverso el contenido de unos tipos respecto de otros, resulta indispensable llevar a cabo, en el estudio de los tipos, un análisis riguroso a fin de identificar la naturaleza de cada uno de sus elementos. Esta identificación es obligada por las repercusiones que encierra en relación a toda la estructura de la entidad delictiva. Especialmente los elementos subjetivos se proyectan en varios renglones de la teoría, afectando en ocasiones la sistemática del delito.

La tipicidad es un concepto dependiente de la noción de tipo. Es una operación lógica que se resuelve en una correspondencia entre el caso particular y concreto y la descripción general y abstracta contenida en la ley. Por consiguiente, y siendo variable la descripción legal, el concepto de tipicidad queda subordinado en su alcance a lo que el tipo señala. Así, por tipicidad entendemos la adecuación de los elementos objetivos, subjetivos y normativos fácticos, a los mismos que requiera el tipo.<sup>1</sup>

## 2. El tipo de abuso de confianza.

El tipo que vamos a analizar está previsto en el artículo 382 del Código Penal, cuyo texto transcribiremos:

<sup>1</sup> Cfr. Olga Islas Magallanes. *Delito de revelación de secretos*, p. 90. México, 1962.

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

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

“Si el monto es mayor a veinte mil pesos, la prisión será de seis a doce años y la multa de cinco mil a diez mil pesos”.

Al precepto anterior se limitará nuestro estudio, quedando, pues, excluidos los artículos 383 y 384. De este último, y para evitar cualquier confusión, especialmente queremos decir que no será tomado en cuenta.

### 3. Elementos.

a) *El objeto jurídico.* Como en todas las figuras delictivas, en la del abuso de confianza encontramos un bien jurídicamente protegido. Cuestión interesante, por lo mismo, es la determinación de este objeto de protección en el delito que estamos analizando.

Pavón Vasconcelos escribe al respecto unos párrafos que resulta de interés comentar. Dice así textualmente: “Sobre este particular existen variadas opiniones, pero lo cierto es que, aun cuando generalmente es la *propiedad* el bien que resulta lesionado, no deja de haber casos en que es otro el bien jurídico dañado. En efecto, si la definición legal, según se verá adelante, no individualiza al propietario como la persona que sufre el perjuicio patrimonial y, por otra parte, el acto de transmisión de la tenencia puede realizarlo, además del dueño, la persona que ejerce un poder sobre la cosa mueble, esto es, el usuario o usufructuario de ella, carece de validez el criterio que señala a la propiedad como el bien tutelado en el abuso de confianza. Manzini opina correctamente que el objeto de la tutela penal, en relación a los delitos de apropiación indebida, es el interés concerniente a la *inviolabilidad del patrimonio* y precisamente del derecho de propiedad o de *otro derecho* sobre la cosa”.<sup>2</sup>

Se advierte, en el texto precedente, lo impreciso del pensamiento del autor citado. Comienza por señalar a la propiedad como el bien

<sup>2</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 96, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

tutelado en la generalidad de casos, y al lado de ella, para casos de excepción, afirma que es otro el bien, sin llegar a decir cuál sea ese otro bien. Líneas adelante dice que, si se atiende a la definición legal, no tiene validez el criterio que toma a la propiedad como el bien protegido en el abuso de confianza. Esta afirmación, por los términos absolutos en que la formula, excluye para todos los casos a la propiedad, lo cual es contradictorio con la tesis inicial. En el párrafo final, apoyándose en Manzini, vuelve a la primera afirmación pero introduciendo una idea nueva: "el interés concerniente a la inviolabilidad del patrimonio", con lo que la imprecisión aumenta.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos es omiso en cuanto a los conceptos de propiedad, patrimonio y esos otros bienes que, asegura, resultan lesionados en determinados casos. Todo ello nos conduce a sostener que dejó el problema sin resolver.

Renato Sales Gasque, en la monografía que dedica al presupuesto en el delito que estudiamos, escribe unos párrafos relacionados con el bien jurídico: "Determinar el objeto jurídico específico del abuso de confianza, constituye un problema de tal magnitud, que la doctrina universal no ha podido aún esclarecer unánimemente. La mayoría de los autores se limitan a afirmar que tal objetividad jurídica la constituye el derecho de propiedad. Salta a la vista que la referida afirmación es errónea, ya que, si bien es cierto que en la mayoría de los casos es el derecho de propiedad el interés patrimonial afectado por la conducta que encuadra en el tipo que describe el artículo 382, no es posible que un criterio mayoritario o estadístico pueda tomarse como base de generalización totalizadora en una ciencia normativa, y basta que por una sola vez el autor de un delito de abuso de confianza no lesione al derecho de propiedad, para que la afirmación de que este derecho sea el objeto jurídico del delito en cuestión sea errónea, ya que no buscamos la objetividad jurídica de algunos o de casi todos los delitos de abuso de confianza, sino del delito de abuso de confianza, como ente conceptual abstracto"<sup>3</sup>

En otra página, Sales Gasque deja constancia de su criterio, diciendo que "en el delito de abuso de confianza se da una doble objetividad jurídica, que se lesiona con la conducta de apropiación típica: a) una objetividad jurídica genérica consistente en el patrimonio del sujeto pasivo; y b) una objetividad jurídica específica, propia del delito, consistente en la confianza del propietario u otro de-

<sup>3</sup> *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, p. 13, México, 1963.

recho-habiente en la restitución o uso determinado de la cosa, por parte del agente a quien le transmitió la posesión derivada, pero no el dominio”<sup>4</sup>.

La tesis de Sales Gasque no es afortunada. El patrimonio, como conjunto, no es afectado por la conducta típica. Únicamente entran en juego elementos concretos del activo patrimonial, los que pueden identificarse con toda exactitud. En cuanto a la confianza, no es bien jurídico, sino una disposición del ánimo del pasivo que el agente aprovecha para lesionarle el bien típicamente protegido.

Tampoco aceptamos el punto de vista de Jiménez Huerta, expresado en estos términos: “El objeto de la tutela penal en el delito en estudio es el interés jurídico patrimonial que tiene la persona que transfiere a otra la simple tenencia de una cosa, en que le sea restituida llegado el instante de la devolución. Es, por tanto, un derecho subjetivo de naturaleza obligacional —elemento activo del patrimonio—, el interés patrimonial tutelado en el delito de abuso de confianza”<sup>5</sup>.

Nos parece que Jiménez Huerta ha confundido los conceptos civil y penal de bien jurídico. Una cosa es el derecho a la restitución, derivado del acto jurídico por el cual se transmitió la tenencia, que es civil y no penal, y otra cosa es el bien jurídico protegido en el tipo penal. El primero se afecta por el incumplimiento de la obligación civil, en tanto que el segundo es dañado mediante la conducta dispositiva típica del abuso de confianza.

“El objeto de este delito —asegura Maggiore— es la necesidad de amparar la propiedad contra los abusos cometidos por el poseedor, por cualquier título que sea, que quiera disponer de una cosa ajena *uti dominus* (como si fuera dueño)”<sup>6</sup>.

“La teoría —dice Maggiore en pie de página— de que la apropiación indebida es una violación del derecho de propiedad se ve confirmada por el hecho de que no ha sido prevista una apropiación indebida con fines de uso, que el consentimiento del que confía una cosa no basta para eximir el delito, si falta el consentimiento del propietario de esa cosa, y, por último, que el paciente del delito —titular del derecho de querrela— es siempre el propietario, no el que entrega o confía la cosa. En resumen, mientras la acriminación de hurto mira a la tutela de la propiedad a través de la posesión, el castigo de la apro-

4 *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*, p. 16, México, 1963.

5 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 119, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

6 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 160, Editorial Temis Bogotá, 1956.

piación indebida tiende a defender directa y exclusivamente la propiedad contra el poseedor".<sup>7</sup>

En el mismo sentido se orienta el parecer de Cuello Calón: "Objeto de la protección penal es la necesidad de amparar la propiedad contra la conducta del poseedor de cosa mueble ajena que habiéndola recibido por título que la obligue a entregarla o devolverla dispone de ella como si fuese su propietario".<sup>8</sup>

Es incorrecto el punto de vista de Maggiore y Cuello Calón. La propiedad no puede ser el objeto jurídico protegido por el tipo del abuso de confianza, pues ella, en la generalidad de casos, no resulta afectada por la comisión del delito; a lo más, podría decirse que es puesta en peligro. No es lesionada, porque el propietario de la cosa mueble sigue conservando la titularidad del dominio, excepción hecha de los casos de accesión artificial a que ya hicimos referencia: a) Edificación, plantación o siembra en terreno propio con materiales, plantas o semillas ajenas; b) Edificación, plantación o siembra en terreno ajeno con materiales, plantas o semillas de tercero; c) Incorporación llevada a cabo por el dueño de la cosa principal; d) Especificación de buena fe cuando el valor del mérito artístico es superior al valor de la materia. En estos cuatro supuestos, la propiedad sí es dañada, consistiendo la lesión en la pérdida del dominio sobre la cosa, dominio que pasa al sujeto activo del delito o a un tercero. Pero precisamente por tratarse de casos de excepción, ellos no pueden servir de fundamento para postular a la propiedad como bien jurídico en el abuso de confianza.

Pensamos que el objeto jurídico se encuentra en otro de los elementos activos del patrimonio, a saber, en la *posesión*, entendida como *posesión originaria*. Esta sí se ve afectada en todos los casos de disposición para sí o disposición para otro. Como la posesión se nos presenta como constante en cada expresión concreta de abuso de confianza, sí es de considerarse para declararla como el bien jurídico del delito señalado en el artículo 382 del Código Penal. Excluimos así todo elemento activo del patrimonio que sólo eventualmente entre en juego, como es el caso, por ejemplo, de la propiedad; cuando ésta es afectada, en nada se altera el contenido del tipo, pues bastando la presencia de la posesión, la propiedad resulta por completo irrelevante.

7 *Derecho Penal, Parte Especial*, V. p. 160, Editorial Temis Bogotá, 1956.

8 *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 900, Novena edición, Editorial Bosch. Barcelona 1955.

b) *El objeto material*. Está señalado explícitamente en el tipo contenido en el artículo 382 del Código Penal: “cualquier cosa ajena mueble”.

Tres conceptos diferentes integran la expresión “cosa ajena mueble”, los que unidos entre sí permiten conocer cabalmente el objeto material del abuso de confianza. Para dilucidarlos, es preciso apartarse de las disposiciones legales relativas del Código Civil. Esto obedece a que dichos mandamientos introducen una serie de ficciones que el Derecho Penal no puede tolerar.

Por *cosa* hemos de entender toda entidad con existencia corpórea perceptible por los sentidos. “Son objeto del delito de abuso de confianza —apunta Jiménez Huerta— todos los objetos corporales susceptibles de apropiación. Pueden hallarse en estado sólido, líquido y gaseoso, con tal que los líquidos estén envasados y los gases contenidos en tanques u otros recipientes. También la energía eléctrica acumulada en baterías puede ser objeto de típica apropiación”.<sup>9</sup>

Se excluyen, por lo tanto, de la noción de cosa todos los llamados bienes incorpóreos, esto es, los derechos, por ser materialmente imposible transmitirlos en tenencia y ser objeto de una conducta dispositiva. Claro que si tales derechos se hacen constar en un documento (*lato sensu*), éste, que es representativo del derecho en él consignado, sí cae dentro del concepto típico y es, por lo mismo, susceptible de disposición.

La cosa, así entendida, debe ser *mueble*, o sea, ha de tener la característica de movilidad. Las nociones de mueble e inmueble, propias del Derecho Civil, no tienen aquí aplicación. Los propios civilistas reconocen lo inconsistente de la distinción consagrada en la ley. Así, por ejemplo, Rojina Villegas asevera que “la distinción en muebles e inmuebles debería partir de la naturaleza de las cosas, de tal suerte que *serían muebles aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro*, ya sea por sí mismos, como los animales, semovientes, o por efecto de una fuerza exterior. En cambio, los inmuebles serían aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro; la fijeza es lo que les daría dicho carácter”.<sup>10</sup>

Nosotros vamos aún más lejos. De las categorías de inmuebles, no aceptamos ni la denominada “inmuebles por naturaleza”, pues en ella se incluyen los edificios, toda clase de construcciones, los ár-

<sup>9</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 131, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

<sup>10</sup> *Derecho Civil Mexicano. Tomo Tercero, Bienes y derechos reales. Volumen I*, p. 271, 3a. ed. Antigua Librería Robredo, México, 1954.

boles, etc. Creemos que en el estado actual de la técnica, no es muy convincente la afirmación de que una construcción (una casa, por ejemplo) sea rigurosamente un inmueble; basta pensar en las casas prefabricadas que hoy en día lo mismo se "levantan" que se "desmontan" con suma facilidad. Los árboles, igualmente, pueden ser arrancados de la tierra para volverlos a plantar sin que sufran daño alguno; es conocido en la Ciudad de México el hecho, muy frecuente hace pocos años, de que ciertas calles o avenidas, carentes de toda plantación, una mañana se veían de modo inesperado cubiertas de palmeras plantadas la noche anterior.

Ante la crisis de los conceptos civilísticos en esta y otras materias, el Derecho Penal se ve obligado a elaborar con autonomía sus teorías y siguiendo siempre una línea más acorde con la realidad. Esta nos enseña que una cosa mueble es la que puede trasladarse de un lugar a otro y que, por lo tanto, el único criterio válido para distinguir los muebles de los inmuebles es el de la trasladabilidad.

Continuando con esta idea, somos de parecer que no es correcto apriorísticamente ubicar las cosas en una u otra categoría, siendo más adecuado atender a la posibilidad de ser trasladados en un momento determinado. Por esto, ante la presencia de una cosa que aparentemente es un inmueble, es mejor un análisis detenido para delindar en ella lo que sean muebles y lo que estrictamente sea un inmueble. Así, las cosas se denominan de acuerdo con las características que nos presentan, pudiendo, en consecuencia, ser consideradas, en lo conducente, en las dos categorías.

En el tipo de abuso de confianza se resuelve así, con mejor criterio, el caso señalado en doctrina, no resuelto satisfactoriamente por los tratadistas, y que vamos a anotar en los mismos términos empleados por Jiménez Huerta: "Inquietante cuestión surge cuando se trata de resolver si comete delito de abuso de confianza el poseedor de un bien inmueble por naturaleza que, con fines de apropiación, moviliza un objeto que forma parte del inmueble por estar fija y permanentemente adherido a él como un todo orgánico. En favor de la solución afirmativa pudiera esgrimirse que la tenencia del objeto accesorio se ha transmitido ínsita en la de lo principal, y que el acto de movilizar dicho accesorio objeto tiene la significación y el alcance de una apropiación ilegítima. Empero, aunque el razonamiento anterior no está desprovisto de lógica, no creemos que pueda aceptarse penalísticamente, toda vez que el tipo de abuso de confianza exige como presupuesto fáctico que la tenencia de la cosa ajena *mueble* hubiere sido transmitida al sujeto activo del delito con an-

terioridad a la ejecución de la conducta típica. Lo transmitido con anterioridad en el caso en examen, no fue una cosa mueble, sino inmueble, de la cual después el agente moviliza una parte simultáneamente a su apropiación. Falta, por tanto, la concurrencia del presupuesto típico —transmisión de la tenencia de una cosa *mueble*— necesario para el encuadramiento del caso en el delito de abuso de confianza. Empero, si cuando se transmitió la tenencia del inmueble al sujeto activo, aquel objeto estaba ya separado de la tierra o del edificio de que formaba parte, obvio es que es susceptible de apropiación indebida, pues para la realística penal tiene la connotación de mueble”.<sup>11</sup>

El razonamiento fundado en lo accesorio y en lo principal es equivocado porque no se trata aquí de cosas accesorias o principales. Esta distinción es inaplicable, pues lo que se desea averiguar es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa. Asimismo, la solución propuesta por Jiménez Huerta es errónea, pues parte de una afirmación no demostrada, como es la de que la cosa recibida en tenencia es un inmueble. Esto es una petición de principio. Se ha recibido en tenencia una cosa; eso es todo. Ahora bien, esa cosa tiene tanto las características de los muebles como las de los inmuebles, esto es, una parte de ella es movable y la otra no. Por consiguiente, existiendo la tenencia de cosa mueble, la conducta del agente disponiendo de esa parte que es trasladable, constituye un abuso de confianza.

La cosa mueble debe, además, ser *ajena*; es decir, no debe figurar en el patrimonio del sujeto activo como derecho de propiedad. Es ésta una exigencia que bien pudiera considerarse redundante en el tipo, ya que, al mencionar la tenencia, negativamente se refiere al dominio: “de la que se le haya transmitido la tenencia y *no el dominio*”, es la frase acuñada en la ley. Si la cosa es propia, el tipo es inaplicable al caso respectivo.

c) *El sujeto activo*. Es la persona que interviene en la comisión del delito. En ocasiones, el sujeto activo necesita, para serlo, una determinada calidad, por exigencia del propio tipo. La doctrina nos enseña que los tipos, cuando no requieren una calidad en el sujeto activo, permiten hablar de delitos de sujeto común o indiferente; y son aquellos que cualquier persona puede realizar. En cambio, cuando sí es señalada en el tipo una cierta calidad para el agente, sólo quien reúna esa calidad podrá ser sujeto activo.

---

11 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, pp. 131-132, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Relativamente el abuso de confianza, Cuello Calón ha escrito que "sujeto activo del delito puede ser cualquiera..."<sup>12</sup>

Por su parte, Pavón Vasconcelos se muestra titubeante, aunque puede afirmarse su adhesión a la tesis que considera este delito como de sujeto común o indiferente. Esta es su opinión: "Cuando hablamos del presupuesto del delito, expresamos la exigencia legal de la previa tenencia de la cosa por parte del agente del delito; es por ello que sólo pueden ser sujetos activos del abuso de confianza precisamente quienes teniendo dicho poder sobre la cosa, en razón de un título legal, realizan la actividad dispositiva de la misma. Los sujetos que disponen de la cosa sin tener la tenencia de ella cometen el delito de robo, pero nunca el abuso de confianza. A pesar de lo expuesto, surge la duda de considerar el abuso como delito propio, exclusivo o de sujeto cualificado, dado que la descripción típica no exige calidad determinada en el sujeto activo"<sup>13</sup>

"Agente —asienta Maggiore— puede ser todo el que se halle en condiciones de poseer una cosa por cualquier título que excluya el derecho de apropiarse de ella"<sup>14</sup>

Las opiniones anotadas son equivocadas: el sujeto activo en el abuso de confianza no puede ser común o indiferente. Si el tipo está haciendo expresa referencia a una conducta dispositiva ejecutada por quien ha recibido en tenencia la cosa mueble ajena, y tal disposición para sí o para otro ha de tener como objeto precisamente la cosa de la cual se tiene la tenencia, es obligado concluir que sólo el tenedor de la cosa está en posibilidad de llevar a cabo la disposición. En consecuencia, es menester poseer la calidad de "tenedor de la cosa ajena mueble" para ser sujeto activo del delito que estudiamos, de donde se sigue que estamos frente a un tipo de sujeto *propio, especial o exclusivo*.

En cuanto al número, es éste un delito *monosubjetivo*, por no requerir el tipo una pluralidad de sujetos activos.

d) *El sujeto pasivo*. También es exigido en el tipo un sujeto pasivo, o sea, un titular del bien jurídico protegido por el derecho. Si tiene asignada una calidad específica, recibe el nombre de sujeto pasivo personal; por el contrario, si ninguna característica especial

<sup>12</sup> *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 900, Novena edición, Editorial Bosch. Barcelona, 1955.

<sup>13</sup> *Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 119, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

<sup>14</sup> *Derecho Penal, Parte Especial*, V. p. 160. Editorial Temis Bogotá, 1956.

le acuerda el tipo, es decir, si cualquiera puede serlo, se tratará de un sujeto pasivo impersonal.

Al estudiar el perjuicio para tercero, Antonio de P. Moreno hace estos comentarios: "El Código de 71, ya lo hicimos notar, empleaba el término: 'con perjuicio de otro'. Nuestro Código actual dice: 'con perjuicio de tercero'. Ambas expresiones indican que el perjudicado con la acción delictuosa no es indispensable que lo sea la persona misma que haya hecho la entrega de la cosa, sino que puede serlo un tercero extraño a esa entrega directa, pero naturalmente no excluye el caso en que el perjuicio lo padezca una de las partes que intervengan en el contrato o en el acto jurídico respectivo. El propietario de la cosa hace entrega de ella por medio de su apoderado. El que sufre el perjuicio no es el apoderado, cuyos bienes patrimoniales no sufren menoscabo, sino el propietario de la cosa. Y sin embargo este último, no hace entrega real de la cosa".<sup>15</sup>

A Maggiore le parece que "sujeto pasivo es el propietario de la cosa que no tiene la posesión de ella".<sup>16</sup>

Según opinión de Pavón Vasconcelos, "sujeto pasivo lo será, en la mayoría de los casos, el que confió y entregó la cosa, bien sea el propietario o aquel a quien se estaba obligado a devolverla 'si era titular del derecho de propiedad'. No obstante, hay casos en que el sujeto pasivo no es precisamente quien entregó la cosa sino un tercero".<sup>17</sup>

Jiménez Huerta, al ocuparse del requisito de procedibilidad, atribuye el rango de sujeto pasivo a "la persona física o moral directamente ofendida por el delito en su interés patrimonial a la devolución de la cosa o a que el sujeto activo cumpla sus instrucciones respecto al destino que deba darla. Dicha persona es la que deposita en el agente la confianza que éste aprovecha para apropiarse indebidamente la cosa cuya tenencia le fue transmitida o que es titular del derecho a la devolución, en los casos en que no sea quien la hubiere transmitido".<sup>18</sup>

Las tesis acabadas de citar, nos indican lo erróneo del camino seguido por los autores. La noción de sujeto pasivo se halla estrechamente vinculada a la de bien jurídico, por tener el pasivo la titula-

15 *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Delitos en particular*, p. 83, Editorial Jus. México, 1944.

16 *Derecho Penal, Parte Especial*, V. p. 161. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

17 *Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 119, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

18 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 141, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

ridad respecto del objeto jurídicamente tutelado. Consiguientemente, sólo puede ser sujeto pasivo quien tenga, formando parte de su acervo patrimonial, la posesión originaria de la cosa mueble. Si esta persona es singular, el pasivo también será singular; por lo contrario, siendo varios los poseedores originarios, será múltiple el pasivo. Adviértase que sólo se toma en consideración a quienes tienen la calidad de poseedores originarios, excluyéndose todo sujeto que no reúna esa calidad.

Al afirmar este criterio, no se ignora que, a veces, el sujeto activo recibe la tenencia no directamente del poseedor originario sino de un tercero; por ejemplo, de un usufructuario. Esta hipótesis no invalida nuestro aserto de que únicamente es sujeto pasivo el poseedor originario. El tercero es ajeno al perjuicio *típico* derivado de la disposición para sí o de la disposición para otro. Es cierto que ese tercero —usufructuario por ejemplo, que ha transmitido la tenencia a quien luego se convertirá en sujeto activo— sufre daños y perjuicios, pero éstos no serán los *típicos*, ya que no resultan de la conducta *activa* típica de disposición, sino de la conducta *omisiva* atípica de incumplimiento de la obligación civil contraída en el instante de la transmisión de la tenencia. La posesión originaria, constitutiva del objeto de protección, sólo puede serle afectada a quien es su titular, esto es, al poseedor originario.

Síguese, de lo expuesto, que no cualquiera puede ser sujeto pasivo, pues únicamente lo será el que tenga la calidad implícitamente indicada en el tipo: sólo el poseedor originario, y precisamente de la cosa mueble dada en tenencia, puede serlo. El abuso de confianza es, pues, un delito de sujeto pasivo *personal*.

e) *El hecho*. El elemento esencial general material, o sea el elemento objetivo, también es parte del tipo. De él nos hemos ocupado ya en capítulo especial, por lo que no repetiremos aquí lo ahí desarrollado.

f) *Elementos normativos*. Para su determinación requieren de una valoración jurídica o cultural. El tipo del artículo 382 del Código Penal se caracteriza por hallarse cruzado en todas direcciones por los llamados elementos normativos. Así, tienen esta naturaleza las expresiones: “perjuicio”, “disponga”, “ajena”, “mueble”, “tenencia” y “dominio”.

#### 4. Clasificación en orden al tipo.

a) *Fundamental o básico*. Lo es el abuso de confianza porque cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrarlo, y, por otra parte, en razón de servir como punto de partida para configurar una familia de delitos.

b) *Autónomo o independiente*. En el catálogo de los delitos, la figura que analizamos tiene vida propia, vale decir que no está subordinado, en cuanto a su existencia, a otro tipo.

c) *De formulación casuística*. Podría suponerse al abuso de confianza como de formulación libre, pero esto sería una apreciación superficial y errónea. Aparentemente es de forma libre, mas si se considera que el núcleo típico no consiste en una "disposición", sino en una *disposición para sí* o en una *disposición para otro*, tendrá que admitirse la formulación casuística hecha por el legislador.

d) *Alternativamente formado*. La conducta se integra cuando el sujeto lleva a cabo uno u otro de los núcleos típicos, sea la disposición para sí, sea la disposición para otro. No está por demás anotar que la doctrina distingue la previsión por la norma jurídica de dos o más tipos, de la previsión por el tipo de dos o más modalidades de la conducta. Esta segunda hipótesis es la que enmarca a nuestra figura delictiva.

e) *Anormal*. La presencia de elementos normativos hace que el tipo no sea meramente descriptivo; de ahí el calificativo de anormal que le atribuimos.

#### 5. Atipicidad.

Siendo el tipo y la tipicidad conceptos diferentes, sus aspectos negativos también son esencialmente diferentes. Ausencia de tipo es la no descripción de un delito por el ordenamiento jurídico. Atipicidad es la no conformidad de los elementos objetivos, subjetivos o normativos fácticos a los exigidos en el tipo.

En el abuso de confianza son posibles estas causas de atipicidad:

a) *Por falta de objeto jurídico*, cuando la cosa mueble no sea ajena, o sea, cuando pertenece en propiedad al sujeto activo, ya que, en estas condiciones, no existirá posesión originaria en un tercero: tal posesión originaria la tendrá el activo.

b) *Por falta del objeto material* exigido en el tipo. Si la cosa es un inmueble, evidentemente no constituirá el objeto material típico.

c) *Por falta de calidad en el sujeto activo*. Si la cosa no ha sido transmitida en tenencia al agente, éste no tendrá la posesión derivada, exigida como presupuesto; consiguientemente, faltará la calidad de tenedor o poseedor derivado en el sujeto activo. La conducta delictiva no configurará la disposición para sí o para otro, sino el apoderamiento típico del robo.

d) *Por falta de calidad en el sujeto pasivo*. Existirá esta causa de atipicidad cuando el interesado no sea poseedor originario de la cosa mueble.

e) *Por falta del hecho*, sea que no se integre la disposición para sí o la disposición para otro, sea que no se cause perjuicio alguno.

f) *Por falta de los elementos normativos*. Si, por ejemplo, la cosa mueble no satisface el requisito de ajenidad, esto es, si la cosa es propia, funciona esta atipicidad, independientemente de que la misma causa origine otras atipicidades. La ausencia del "perjuicio", igualmente, da lugar a dos atipicidades: por falta del resultado material y por falta de un elemento normativo, etc.

## 6. *Antijuridicidad.*

La existencia del hecho típico no es suficiente para la configuración del delito. Precisa, además, ser antijurídico y culpable. El hecho será calificado como antijurídico cuando sea contrario al imperativo implícito en la norma jurídico penal descriptiva del abuso de confianza, es decir, cuando, siendo típico, no esté amparado por una causa de licitud.

En lo positivo, según señala Jiménez Huerta,<sup>19</sup> habrá antijuridicidad cuando concurren estos dos requisitos:

a) La lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, y

b) La contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado a través de los tipos penales.

<sup>19</sup> Cfr. *La antijuridicidad*, pp. 9, 94 y 117, Imprenta Universitaria. México, 1952.

## 7. Causas de licitud.

De las causas que determinan la inexistencia del delito, algunas afectan al elemento antijuridicidad, impidiendo su nacimiento. Son las denominadas causas de licitud, encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente preponderante. Lo anterior significa que el delito se excluye:

a) Por ausencia de interés, cuando el titular del bien jurídico protegido, disponible, otorgue su consentimiento.

b) Por un interés preponderante, cuando coexistiendo dos bienes protegidos jurídicamente, no puedan salvarse ambos; aquí el Derecho se inclina hacia la conservación del de mayor jerarquía.

En el abuso de confianza, a juicio nuestro, operan como causas de licitud:

a) El *consentimiento* del interesado;

b) El *estado de necesidad*;

c) El *ejercicio de un derecho*.

a) *Consentimiento del interesado*. Para Cuello Calón, "la apropiación, aun subsistiendo el deber de devolver la cosa, pierde su carácter de ilegitimidad cuando es lícita, como en el caso de consentimiento dado por el propietario o el poseedor de la cosa".<sup>20</sup> En el mismo sentido es la opinión de Pavón Vasconcelos: "En el abuso es posible el funcionamiento del consentimiento del ofendido en virtud de tratarse de bienes disponibles; el dueño puede consentir en la apropiación de la cosa por el tenedor de ella, ya en forma expresa o tácita, en cuyo caso no hay ilicitud de la conducta".<sup>21</sup>

Nos adherimos al pensamiento de los autores citados, por estimar que, en efecto, constituyendo la posesión un bien disponible, el consentimiento de su titular excluye la antijuridicidad de la disposición para sí o para otro. Únicamente nos parece de interés añadir que sólo quien sea poseedor originario está facultado para consentir; y, por supuesto, tal consentimiento, para ser válido, debe otorgarse antes de la ejecución de la conducta dispositiva, o, al menos, consentimiento y conducta deben ser concomitantes.

<sup>20</sup> *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 906, Novena edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.

<sup>21</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 122, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

b) *Estado de necesidad*. Al referirse Pavón Vasconcelos a esta causa de licitud, sostiene que “habrá estado de necesidad cuando la disposición del bien es motivada por la situación de peligro en que se encuentra el agente y la apropiación de la cosa es necesaria para la salvaguarda de un bien de mayor jerarquía, como lo son los de la vida o la salud (artículo 15, fracción IV)”.<sup>22</sup>

Estamos de acuerdo con la tesis del autor mexicano, pero no restringimos la operancia del estado de necesidad al solo caso en que el peligro amenace al sujeto activo, pues consideramos que también el peligro hacia terceros queda comprendido en la causa de licitud.

c) *Ejercicio de un derecho*. Admite esta justificante, para el abuso de confianza, Pavón Vasconcelos, al decir: “Cuando el poseedor precario dispone de la cosa, apropiándose de ella... en ejercicio de un derecho declarado, no existe antijuridicidad en su proceder; su conducta está justificada en la ley (artículo 15, fracción V)”.<sup>23</sup>

El parecer de Jiménez Huerta es inaplicable a virtud de que refiere el ejercicio de un derecho al tipo consignado en el artículo 384 del Código Penal, olvidando relacionarlo con el tipo descrito en el 382. Esto es lo que escribe: “No existe delito de abuso de confianza cuando la persona a quien se ha transmitido la tenencia de la cosa, prolonga dicha tenencia en ejercicio de un derecho de retención. Empero, es necesario aquí fijar con la claridad y precisión debidas, en qué casos se tiene una legítima posesión de la cosa retenida que impide la configuración del delito en examen, y aquellos otros en que la retención es ilegítima y, por ende, puede dar lugar al delito de abuso de confianza si concurren los demás especiales requisitos típicos que establece la ley”.<sup>24</sup>

Maggiore, que admite en esta figura todas las causas de justificación,<sup>25</sup> a propósito de los actos jurídicos traslativos de la tenencia, escribe respecto a la prenda lo que sigue: “Si la prenda se le da en depósito al acreedor, y éste se apodera de la cosa antes del vencimiento de la obligación, cometerá apropiación indebida. Cuando la deuda ha sido pagada y sin embargo el acreedor se apropia la

22 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 122, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

23 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial, Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 122, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

24 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 127, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

25 Cfr. *Derecho Penal, Parte Especial*, V. p. 180. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

cosa, tendrá que dar cuenta de ese mismo delito. *Si la deuda no ha sido satisfecha, el acreedor puede ejercer el derecho de vender, con las formalidades establecidas en los arts. 2796 y 2797, C.C. En cambio, si se apropia la cosa sin conformarse a esas formalidades, incurrirá en el delito de apropiación indebida. Y no puede favorecerlo la estipulación eventual de un pacto comisorio, que es ipso jure nulo (art. 2744, C.C.)*”<sup>26</sup>

---

26 *Derecho Penal, Parte Especial*, V. p. 174. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

## **CAPÍTULO IV**

### **IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD**

**TEMARIO: 1. Imputabilidad e inimputabilidad. 2. La culpabilidad. 3. Causas de inculpabilidad. 4. La punibilidad. 5. Excusas absolutorias. 6. Requisito de procedibilidad.**

### *1. Imputabilidad e inimputabilidad.*

Ultimo elemento esencial general del delito es la culpabilidad. Esta, por ser un elemento subjetivo cuyo contenido es intelectual y volitivo, requiere de un presupuesto: la imputabilidad. La doctrina, en general, entiende como imputabilidad la capacidad de entender y querer; por consiguiente, cuando el agente carece, bien de la facultad de entender, bien de la facultad de querer, aparece el aspecto negativo denominado inimputabilidad.

De las diversas causas de inimputabilidad estudiadas por los tratadistas, el Código Penal, en la fracción II del artículo 15, regula el trastorno mental transitorio.

“Art. 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II. Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio”.

La carencia de técnica en la redacción del precepto es evidente. El legislador emplea expresiones equívocas y recurre, además, al casuismo. Por otra parte, al exigirse un origen patológico para el trastorno, se hace problemática su aplicación, porque en la realidad resultan excepcionales los casos que pudieran ajustarse a lo señalado en la ley.

El abuso de confianza no se configura en los casos en que el sujeto realice la conducta afectado por trastorno mental transitorio en los términos del artículo 15, fracción II, del Código Penal.

Ahora bien, en los casos en que no se integra esta causa de imputabilidad por no concurrir todos los requisitos anotados en la fracción comentada, ¿podrá hacerse valer una causa supralegal si únicamente falta el requisito del origen patológico del trastorno? Pensamos que la admisión de una causa de inexistencia del delito, de esta índole, sería el mejor camino para resolver con justicia muchos casos que la realidad constantemente ofrece.

## 2. La culpabilidad.

Cuando se integra este elemento esencial general subjetivo, se dice que el delito existe; en nuestro caso, afirmamos la existencia del abuso de confianza.

Consistiendo la esencia de la culpabilidad en un reproche fundado en la presencia de alguna de las llamadas “formas de culpabilidad”, es preciso averiguar cuál o cuáles de ellas funcionan en el delito cuyo núcleo es la “disposición para sí” o la “disposición para otro”.

“El elemento interno de este delito —proclama Cuello Calón— está constituido por la voluntad de apropiarse o distraer la cosa con conciencia del deber de restituirla; si no hay intención de apropiársela o de distraerla no hay delito. Si el agente cree de buena fe que no se halla obligado a restituirla, no existirá delito por ausencia de dolo. Es también preciso, en el caso de apropiación de la cosa como en el de su distracción, la concurrencia de ánimo de lucro que no debe entenderse en sentido estricto de enriquecimiento material, sino conforma al sentido que inspira la jurisprudencia respecto del hurto como ventaja, provecho o distracción o goce de cualquier género que el agente aspire a obtener. Es diferente que éste se proponga obtener un lucro propio o beneficiar a un tercero”<sup>1</sup>.

Pavón Vasconcelos es de opinión que el abuso de confianza únicamente es reprochable a título de dolo, razonando en esta forma: “En otra parte de este estudio expresamos que ‘disponer de una cosa es apropiarse de ella con ánimo de dominio’ y nada más cierto; de ahí que la apropiación sin tal ánimo no pueda integrar el delito por ausencia del elemento subjetivo”<sup>2</sup>. En párrafos posteriores, precisa mejor sus ideas: “El abuso sólo admite comisión *dolosa*, puesto que el agente, teniendo representación de la conducta y conciencia de

<sup>1</sup> *Derecho Penal, II, Parte Especial*, pp. 905-906, Novena edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.

<sup>2</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 123, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

su ilicitud, la realiza voluntariamente con un fin determinado. Por tanto, el abuso excluye la comisión imprudencial o culposa, por ausencia del *animus* de apropiación”.<sup>3</sup>

Igual postura adopta Maggiore, pues afirma que “la imputabilidad es a título de *dolo*: conciencia y voluntad de apropiarse el dinero o las cosas muebles ajenos, con el fin de obtener para sí o para otras personas un provecho injusto (*dolo* específico)... El *dolo* debe ser *superveniens*, es decir, posterior al acto de conseguir la posesión de la cosa, mediante entrega o de otro modo; si es *antece-dens*, esto es, dirigido a obtener la posesión por medio de engaño, la apropiación da lugar al delito de estafa”.<sup>4</sup>

Distinta terminología emplea Carrara, mas en esencia dice lo mismo: “El elemento de la apropiación, que representa en el abuso de confianza lo que la contrectación en el hurto, debe resultar de un hecho externo que constituya jurídicamente acto de dominio, y de la *intención* de apropiarse de una cosa”.<sup>5</sup>

Estamos de acuerdo con la tesis de que el abuso de confianza es de comisión dolosa. El núcleo típico nos está indicando que de las tres formas de culpabilidad: *dolo*, culpa y preterintención, solamente se presenta la primera, no siendo posible, en ningún caso, la ejecución culposa o la preterintencional. Si para que haya disposición para sí o para otro, con perjuicio de alguien, es indispensable el conocimiento y voluntad acerca de la disposición típica, no se ve cómo pudiera hablarse de un hecho que no sea doloso, y precisamente concurriendo el *dolo* directo.

Habrá *dolo* cuando el agente, conociendo el hecho, consistente en la disposición para sí o para otro y en el perjuicio, con conocimiento de su ilicitud, quiera no obstante ejecutarlo.

### 3. Causas de inculpabilidad.

Al constituir el aspecto negativo de la culpabilidad, impiden la formulación del juicio de reproche. Los autores, atendiendo a su fundamento, las han agrupado en dos categorías:

A) *El error*.

B) *La no exigibilidad de otra conducta*.

<sup>3</sup> Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple, p. 125, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

<sup>4</sup> Derecho Penal. Parte Especial. V. pp. 180-181. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

<sup>5</sup> Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Volumen IV, parágrafo 2289, Editorial Temis, Bogotá, 1959.

A) *El error*. Debido a que el error de derecho ha sido declarado ineficaz para anular o, al menos, modificar la culpabilidad, no nos ocuparemos en él. Por cuanto al error de hecho, prescindiremos del inesencial o accidental en razón de su inoperancia en el abuso de confianza. Resta, pues, el error de hecho esencial, que puede ser vencible o invencible.

Es el error de hecho esencial e invencible el único eficaz para anular en todos los casos la culpabilidad. El vencible deja subsistente la culpa, y el sujeto responderá por ella si el tipo admite esta forma de realización; en caso contrario, la culpabilidad queda totalmente destruida.

En el abuso de confianza, dice Maggiore, “el dolo lo excluyen todas las causas que descartan la culpabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, coacción, error, etc. ); y en su carácter específico —como *animus lucrandi*— lo excluyen todos los fines distintos del de sacar provecho, por ejemplo, la intención de restituir, la intención de evitar el daño para rehacerse de una pérdida injusta, y la convicción, de buena fe, de que se efectúa una compensación, sin que se presenten los requisitos legales (art. 1241, C.C.)”<sup>6</sup>

Pavón Vasconcelos asegura que “en el abuso de confianza puede funcionar el error como una causa de inculpabilidad si reúne las condiciones señaladas de ser *esencial e invencible*, como el caso del tenedor que dispone de la cosa *creyéndola propia*, o bien la entrega a un tercero, estimando que la devuelve a su propietario o a aquél a quien está obligado a restituirla. Los casos ejemplificados pueden multiplicarse en todas aquellas situaciones en que el sujeto, actuando bajo un estado de error esencial e invencible, dispone de la cosa o se la apropia. Bien puede suceder, igualmente, que se presenten eximentes putativas en virtud de que el sujeto estime, por así creerlo falsamente, que el acto dispositivo está justificado, es legítimo, ya por un estado necesario putativo, o en virtud de un derecho o el cumplimiento de un deber putativos. La misma situación de error se presentará en la obediencia debida cuando la orden no es notoriamente ilícita”<sup>7</sup>.

Nosotros pensamos que en el abuso de confianza no interesa que el error de hecho esencial sea invencible o vencible, pues en ambos casos habrá inculpabilidad. Si se trata del invencible, el dolo se des-

6 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, pp. 180-181, Editorial Temis Bogotá 1956.

7 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 127, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

truye y con él toda la culpabilidad. Si el error es vencible, es cierto que desaparece el dolo, pero queda un remanente de culpa, del cual debería responder quien ha dispuesto para sí o para otro de la cosa mueble ajena si el tipo admitiese la forma culposa. Mas es el caso que no la admite; en consecuencia, se excluye también la culpa y con ella todo reproche. La culpabilidad, en el abuso de confianza, queda, pues, destruida aunque el error de hecho esencial sea vencible.

Vamos a estudiar separadamente el error de tipo y el error de licitud.

a) Lógicamente son posibles tantos supuestos de *error de tipo*, cuantos elementos contenga el tipo, o sea, si el error de tipo no es otra cosa que el error que recae sobre los elementos típicos, queda subordinado en su número y contenido a la existencia de aquéllos. Por ende, en el abuso de confianza encontramos:

- 1) Error de tipo que recae en el bien jurídico.
- 2) Error de tipo que recae en el objeto material .
- 3) Error de tipo que recae en la calidad del sujeto activo.
- 4) Error de tipo que recae en la calidad del sujeto pasivo.
- 5) Error de tipo que recae en el elemento objetivo.
- 6) Error de tipo que recae en los elementos normativos.

A manera de ejemplificación, veamos el error de tipo que recae en el objeto material. Un sujeto ha recibido en depósito una "cosa mueble *ajena*", constituyéndose así el presupuesto exigido en el tipo. Supongamos que de buena fe aplica a ella su trabajo para transformarla en una obra de arte, resultando superior el valor del mérito artístico respecto del valor de la materia; será, pues, cosa principal el mérito artístico, y el especificador, o sea el tenedor (depositario), adquirirá la nueva especie formada. La conducta de éste configurará la disposición para sí, adecuada al tipo y contraria a derecho (antijurídica). Ahora bien, como el agente ha procedido de buena fe, esto es, creyendo que la cosa mueble era *propia*, no habrá culpabilidad ante la presencia de un error de hecho esencial e invencible, en su variedad de error de tipo que recae sobre el objeto material.

b) El *error de licitud* se presenta cuando el sujeto cree, erróneamente, que tiene a su favor una causa de justificación, no concu-

rriendo ésta en realidad. De esto se sigue que las hipótesis de esta clase de error dependerán, en el abuso de confianza, de las causas de licitud efectivamente operantes. Por ello, formalmente puede hablarse de los siguientes casos:

- 1) Consentimiento putativo.
- 2) Estado de necesidad putativo.
- 3) Ejercicio de un derecho putativo.

B) *La no exigibilidad de otra conducta.* Existe cuando el reproche se excluye porque el agente se encuentra en condiciones tales que no puede humanamente pretenderse de él un comportamiento distinto al observado y, por ello, no puede exigírsele una conducta conforme al precepto.

Pavón Vasconcelos sostiene que la inexigibilidad "es aceptable como causa de inculpabilidad en el abuso de confianza, aun cuando de antemano reconocemos que su funcionamiento queda limitado a casos verdaderamente excepcionales, siempre y cuando se parta de la base de aceptar, como fundamento de la culpabilidad, la teoría normativa".<sup>8</sup>

Limitándonos a la *vis compulsiva*, afirmamos que no es culpable quien, impulsado por miedo insuperable de un mal actual y grave provocado por la acción de un tercero, dispone para sí o para otro de una cosa mueble ajena de la cual tiene la tenencia y no el dominio. No importa, para la procedencia de la exculpante, que el mal amenaza la persona del activo o la de un tercero.

#### 4. *La punibilidad.*

El artículo 382 del Código Penal toma en cuenta, para fijar la sanción, el monto del abuso cometido. Así, cuando dicho monto no exceda de quinientos pesos, se sanciona el delito con prisión hasta de un año y multa hasta de quinientos pesos; cuando el monto exceda de quinientos pesos pero no de veinte mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de quinientos a cinco mil pesos; y cuando sea mayor de veinte mil, la prisión será de seis a doce años y la multa de cinco mil a diez mil pesos.

<sup>8</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 127, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

### 5. *Excusas absolutorias.*

El artículo 385 dispone que al abuso de confianza le es aplicable en lo conducente el artículo 377; y este último estatuye lo siguiente: "El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas". Relacionadas ambas disposiciones (la del 385 con la del 377), se concluye que no se aplica sanción alguna al ascendiente que ejecuta una disposición para sí o para otro en perjuicio de un descendiente, y viceversa. Esto es lo que en doctrina se conoce como *excusa absoluta*, es decir, el aspecto negativo de la punibilidad.

El propio artículo 377, en su párrafo final (relacionado con el 385), establece que si precediere, acompañare o siguiere al abuso de confianza algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley. Este precepto es totalmente innecesario, porque, como acertadamente sostiene Pavón Vasconcelos, "cuando las acciones realizadas, como medios de ejecución, pudieran constituir por sí delitos autónomos, se aplican las reglas de acumulación, por estarse en presencia de un concurso real o material de delitos".<sup>9</sup>

### 6. *Requisito de procedibilidad.*

El delito de abuso de confianza "solamente se perseguirá a petición de parte ofendida", dice el artículo 385 del Código Penal. En vista de la disposición legal, surge una cuestión que es importante resolver: ¿Quién es el facultado para solicitar la persecución del delito? "Arbitro de la acción penal —dice Jiménez Huerta— es... el sujeto pasivo, esto es, la persona física o moral directamente ofendida por el delito en su interés patrimonial a la devolución de la cosa o a que el sujeto activo cumpla sus instrucciones respecto al destino que deba darla. Dicha persona es la que deposita en el agente la confianza que éste aprovecha para apropiarse indebidamente la cosa cuya tenencia le fue transmitida o que es titular del derecho a la devolución, en los casos en que no sea quien la hubiere transmitido".<sup>10</sup> Maggiore, entre los italianos, ha escrito estos renglones: "El titular del derecho de querrela es el sujeto pasivo del delito de apropiación

<sup>9</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 129, segunda edición. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

<sup>10</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 141, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

ción, y por lo tanto, el que confió y entregó la cosa, si era al mismo tiempo propietario de ella; o aquel a quien el agente estaba obligado a restituirla o entregarla, si era titular del derecho de propiedad. Y esto porque la apropiación indebida, como ya se dijo antes, ataca el derecho de propiedad".<sup>11</sup>

Parcialmente coincidimos con la tesis anterior, y ello en cuanto se afirma que "parte ofendida" lo es el sujeto pasivo. Disentimos, en cambio, en la connotación de "pasivo" formulada por Jiménez Huerta y Maggiore. En otro lugar ya asentamos que, estando el bien jurídico constituido por la posesión originaria, únicamente puede ser su titular el poseedor originario; consecuentemente, es éste el único facultado para acudir ante el Ministerio Público a solicitar la persecución del abuso de confianza.

Si la tenencia de la cosa fue transmitida por persona distinta del poseedor originario, hay la posibilidad de que sufra daños y perjuicios, pero éstos, también ya lo dijimos, serán daños y perjuicios de naturaleza *atípica*, característicos del incumplimiento de la obligación civil contraída con motivo y en el momento de la transmisión de la tenencia; por lo tanto, el derecho que estas personas tienen no es el de querrela, sino uno de índole civil ejercitable sólo ante la jurisdicción civil.<sup>12</sup>

El derecho de querrela, ajeno al contenido del delito, es un requisito de procedibilidad. Este es el pensamiento de Antonio de P. Moreno, quien, refiriéndose a la querrela, escribe que "nuestra actual legislación contiene una condición de procedibilidad. Puede existir el delito; pero la acción pública no puede intervenir, hasta tanto no se haya llenado esta condición".<sup>13</sup> Igual criterio sustenta Maggiore, al decir que "la querrela del sujeto pasivo es condición de procedibilidad".<sup>14</sup> Asimismo, Pavón Vasconcelos<sup>15</sup> y Jiménez Huerta.<sup>16</sup>

11 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 182, Editorial Temis Bogotá, 1956.

12 Jurisdicción civil se entiende aquí sólo en el sentido de competencia distinta de la penal.

13 *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Delitos en particular*, p. 86, Editorial Jus, México, 1944.

14 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 182, Editorial Temis Bogotá, 1956.

15 *Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 129, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

16 *Cfr. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 141, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

## CAPÍTULO V

### FORMAS DE APARICION DEL DELITO

**TEMARIO:** 1. Generalidades. 2. La tentativa. 3. La consumación.  
4. El abuso de confianza como delito continuado. 5. Concurso de personas.

## 1. Generalidades.

El estudio del abuso de confianza, como el de cualquiera otro delito, debe comprender dos secciones claramente diferentes, conocidas en teoría general como las "dos esferas" de la teoría del delito. La primera, destinada al conocimiento de los elementos de existencia del delito, y de sus aspectos negativos, ha sido ya objeto de análisis en los capítulos anteriores, referida, claro está, a la figura delictiva señalada en el artículo 382 del Código Penal. La segunda, cuya materia es el conocimiento de las formas que asume el delito al surgir en la realidad fenoménica, será el objeto de investigación en este último capítulo. Estudiaremos, pues, referida al abuso de confianza, la denominada "segunda esfera de la teoría del delito". Para decirlo con una expresión ya generalizada, nos ocuparemos ahora del "*iter criminis*".

*Iter criminis* quiere decir: el camino del delito. De las dos fases que abarca su estudio, interna y externa, nos limitaremos a la segunda, y no en su totalidad pues omitiremos el análisis de algunos de sus renglones. Excluiremos toda referencia a la concepción, deliberación y decisión; asimismo, no abordaremos la resolución manifestada, ni tampoco los actos preparatorios y el agotamiento.

## 2. La tentativa.

Es una etapa del *iter criminis* situada antes de la consumación y después de los actos preparatorios, que adquiere entidad al desplegarse los actos ejecutivos.

La tentativa puede ser posible o imposible. La *posible* comprende la inacabada y la acabada. La *imposible* se presenta cuando faltan el objeto jurídico o el objeto material, o cuando los medios empleados son inidóneos.

En el abuso de confianza, caben las dos variedades de tentativa: la posible y la imposible; pudiéndose dar, de la primera, tanto la inacabada como la acabada, y de la segunda, la fundada en la falta del objeto jurídico o en la falta del objeto material.

Para la existencia de la tentativa inacabada, son de señalarse los siguientes requisitos:

- a) Intención de cometer el abuso de confianza; esto es, querer la disposición para sí o para otro y el perjuicio.
- b) Un principio de ejecución.
- c) La no terminación de los actos de ejecución, y, por tanto, la no consumación del abuso de confianza, por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa acabada se configura cuando se tiene:

- a) Intención de realizar el abuso de confianza.
- b) Total realización de los actos ejecutivos.
- c) La no consumación del abuso de confianza, por causas ajenas a la voluntad del agente.

La doctrina, al ocuparse de esta materia, discuerda en cuanto a la posibilidad de que el abuso de confianza admita realización en grado de tentativa. Así, por ejemplo, Cuello Calón opina que “es muy difícil concebir la tentativa o la frustración en este delito, pues hallándose la cosa en posesión del agente no puede surgir ningún obstáculo que impida su apropiación”.<sup>1</sup> En cambio, Maggiore es de parecer que “la tentativa —aun cuando es raro que se verifique, ya que la cosa se halla en posesión del culpable— es posible (por ejemplo, en el caso del individuo que es cogido en el acto de depositar en el banco, a su propio nombre, la suma que se le confió para hacer un pago). Pero no es tentativa, sino consumación, en cuanto supone que se dispone de la cosa, la simple oferta de venta que el poseedor haya hecho de ella”.<sup>2</sup> También Jiménez Huerta la acepta, razonando así: “Como el delito de abuso de confianza es material o de resultado, pues produce un cambio en el mundo exterior, esto es, la apropiación o disposición fáctica de la cosa ajena, es configurable la tentativa,

<sup>1</sup> *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 908, Novena edición, Editorial Bosch. Barcelona, 1955.

<sup>2</sup> *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 181, Editorial Temis Bogotá, 1956.

siempre que el proceso ejecutivo de la apropiación se integre por esa serie comisiva de actos constitutivos de la conducta plurisubsistente. Es cierto que en aquella hipótesis fácticas en que el delito queda consumado por un *unico actu*, la tentativa no puede adquirir relieve típico; pero en aquellos otros en que la consumación del delito exige la realización progresiva de una diversidad de actos, la tentativa es perfectamente configurable. Piénsese en el caso del empleado de un establecimiento comercial que es detenido en el instante en que iba a ingresar en su personal cuenta de cheques los títulos de crédito que su principal le había entregado para que los ingresase en la de la empresa”<sup>3</sup>

Admitida por nosotros, según ya lo vimos, la tentativa posible (inacabada y acabada), creemos que, igualmente, son factibles el *desistimiento* y el *arrepentimiento*. El primero, como se sabe, opera a nivel de comienzo de ejecución, y el segundo, cuando ha habido una ejecución total; y ambos funcionan por propia voluntad del agente.

Finalmente, la tentativa imposible se da, repetimos, cuando falta el objeto jurídico o el material. Ejemplo del primer supuesto sería el caso en que el sujeto, siendo la cosa propia pero creyéndola ajena, llevase a ejecución el núcleo típico; es evidente la imposibilidad de que la conducta desplegada constituya la típica del abuso de confianza, pues siendo la cosa propia, faltará la posesión originaria en persona distinta del agente. La segunda hipótesis se ve muy clara en el caso de que la disposición para sí o para otro lo sea respecto de cosa ajena inmueble, ya que el tipo expresamente se refiere sólo a muebles; de ahí la imposibilidad de integración del delito cuando el objeto material sea un inmueble.

### 3. La consumación.

“El delito se consuma —escribe Cuello Calón— en el momento en que se verifica la apropiación o la distracción”<sup>4</sup>

Según Maggiore, “este delito se consuma apenas se efectúa la apropiación con fines de obtener provecho. No importa que este se consiga efectivamente y que se siga un perjuicio”<sup>5</sup>

3 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 139, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

4 *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 907, Novena edición, Editorial Bosch. Barcelona, 1955.

5 *Derecho Penal. Parte Especial*, V, p. 181, Editorial Temis Bogotá, 1956.

Pavón Vasconcelos asevera que la consumación "tiene lugar en el instante mismo en que el agente dispone, para sí o para otro, con perjuicio de alguien, de la cosa ajena mueble".<sup>6</sup>

Parcida opinión sustenta Jiménez Huerta: "El delito de abuso de confianza se consuma en el mismo instante en que el sujeto activo logra apropiarse, esto es, disponer para sí o para otro, del objeto material sobre que recae".<sup>7</sup>

Efectivamente, el abuso de confianza se consuma en el momento mismo en que el tenedor de la cosa mueble ajena dispone de ella, para sí o para otro, y con perjuicio del poseedor originario. En términos puramente formales: se consuma en el preciso instante en que se integran todos sus elementos típicos.

#### 4. El abuso de confianza como delito continuado.

La figura del delito continuado, ¿es admisible en el abuso de confianza? A Cuello Calón le parece que sí, anotando que "cuando se cometen varias apropiaciones en ocasiones diversas si hay unidad de propósito defraudatorio puede existir un delito continuado de apropiación indebida".<sup>8</sup> También lo admite Pavón Vasconcelos.<sup>9</sup>

Por nuestra parte, suscribimos el criterio de los autores acabados de citar. Siendo la posesión originaria un bien de carácter disponible, no se ve cuál pueda ser la causa que impida la integración de la figura conocida como delito continuado, a condición, por supuesto, de que se integren sus elementos constitutivos, a saber: a) Pluralidad de conductas; b) Unidad de designio criminal; c) Identidad de la disposición legal quebrantada.<sup>10</sup>

6 *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 118, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

7 *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, p. 138, Antigua Librería Robredo. México, 1963.

8 *Derecho Penal, II, Parte Especial*, p. 908, Novena edición, Editorial Bosch. Barcelona, 1955.

9 *Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, p. 117, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.

10 *Cfr. Contestación de la Comisión Mexicana a las observaciones y críticas formuladas por las Comisiones Chilena, Colombiana y Brasileña*, en Revista "Derecho Penal Contemporáneo" núm. 19, marzo y abril de 1967, p. 39. La Comisión Mexicana, participante en la Segunda Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, celebrada en México los días 19 al 29 de octubre de 1965, estuvo integrada así: Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Fernández Doblado, Ricardo Franco Guzmán, Luis Garrido, Francisco González de la Vega, Desiderio Graue, Mariano Jiménez Huerta, Arnulfo Martínez Lavalle (r. e. p. d.), Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Alfonso Quiroz Cuarón.

### 5. Concurso de personas.

No exigiendo el tipo descrito en el artículo 382 del Código Penal pluralidad en el sujeto activo, basta la intervención de una sola persona para ejecutar la disposición para sí o para otro. Sin embargo, puede suceder, y es muy frecuente que así suceda, que en el caso concreto sean varios los que intervengan en la comisión del abuso de confianza. Esta intervención, a juicio nuestro, abarca las cinco clases conocidas: autoría intelectual, autoría mediata, autoría material, coautoría y complicidad, por lo que las vamos a enfocar en su totalidad.

Previamente, dejemos señalado cómo ve el problema Pavón Vasconcelos: "El abuso, como cualquier otro delito, admite el concurso eventual de sujetos en su comisión. Se puede, por tanto, ser autor *intelectual* o *material*, según se instigue, determine o compela a otro a cometer el delito, o bien se ejecute materialmente el acto dispositivo (artículo 13, fracciones I y II). Se es *cómplice* cuando se presta auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución (artículo 13, fracción III) y se es *encubridor* cuando, por *acuerdo previo*, se auxilie al delincuente una vez que éste haya efectuado su acción delictuosa (artículo 13, fracción IV)".<sup>11</sup>

a) *Autor intelectual*. Sí lo admite el abuso de confianza; y puede serlo cualquiera, porque, para determinar a otro a ejecutar la disposición para sí o para otro, no se requiere la calidad de poseedor derivado exigida en el tipo.

b) *Autor mediato*. Únicamente quien sea tenedor de la cosa mueble ajena, por habersele transmitido la tenencia y no el dominio, podrá ser autor mediato, siendo indiferente que el tercero (inimputable o inculpable) satisfaga o no la calidad típica requerida.

c) *Autor material*. Siendo la persona que físicamente lleva a cabo la disposición para sí o para otro, es menester en él la calidad de poseedor derivado, adquirida por habersele transmitido la tenencia y no el dominio.

d) *Coautor*. Sí es factible la ejecución conjunta del abuso de confianza, pero es necesaria en el coautor la calidad de poseedor derivado.

<sup>11</sup> *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, pp. 132-133, segunda edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1964.

e) *Cómplice*. Lo será cualquier persona que auxilie a la ejecución de la disposición para sí o para otro, pues este sujeto no necesita reunir la calidad señalada en el tipo.

## BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, 1960.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, IV*. Bogotá, 1959.
- CARRETE HERRERA, Octavio. *El presupuesto material en el delito de abuso de confianza*. México, 1956.
- CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal, II, Parte Especial*, Barcelona, 1955.
- DELITALA, Giacomo. *Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova, 1930.
- DE P. MORENO, Antonio. *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Delitos en particular*. México, 1944.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano. Los delitos*. México, 1964.
- ISLAS MAGALLANES, Olga. *Delito de revelación de secretos*, México, 1962.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. IV. La tutela penal del patrimonio*, México, 1963.  
*La antijuricidad*, México, 1952.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial, V*, Bogotá, 1956.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale*, Tomo IX, Vol. I, Torino, 1933.  
*Tratado de Derecho Penal. Primera Parte. Teorías Generales, II*, Buenos Aires, 1948.
- MASSARI, Eduardo. *Le dottrine generali del diritto penale*. Spoleto, 1928.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal, I*, Madrid, 1955.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco H. *Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza y fraude genérico simple*, México, 1964.

- PETROCELLI, Biagio. *Principi di diritto penale*, I, Napoli, 1955.  
*L'Appropriazione Indebita*, Napoli, 1933-XI.
- PORTE PETIT, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, México, 1964.
- PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal*, IV, Parte Especial, Madrid, 1955.
- RANIERI, Silvio. *Diritto penale*. Parte Generale, Milano, 1945.
- RICCIO, Steffano. *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana", T. XII, No. 3.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III, Vol. II, México, 1956; Tomo III, Vol. I, México, 1954; Tomo VI, Vol. I, México, 1961.
- SALES GASQUE, Renato. *El presupuesto en el delito de abuso de confianza*. México, 1963.
- REVISTA "Derecho Penal Contemporáneo", núm. 19, marzo y abril de 1967.

# INDICE

## CAPÍTULO I

### EL PRESUPUESTO

	Pág.
1. Teoría general	9
2. La tenencia como presupuesto en el abuso de confianza	14
3. La tenencia en el Código Civil de 1884	15
4. La tenencia en el Código Civil vigente	16
5. Doctrina penal de la tenencia	19

## CAPÍTULO II

### EL ELEMENTO OBJETIVO

1. El hecho	29
A) La conducta	29
B) El resultado material	49
2. Clasificación en orden a la conducta	51
3. Clasificación en orden al resultado	53
4. Ausencia de conducta	54

### CAPÍTULO III

#### TIPO, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

1. Tipo y tipicidad	59
2. El tipo de abuso de confianza	59
3. Elementos	60
a) El objeto jurídico	60
b) El objeto material	64
c) El sujeto activo	66
d) El sujeto pasivo	67
e) El hecho	69
f) Elementos normativos	69
4. Clasificación en orden al tipo	70
5. Atipicidad	70
6. Antijuridicidad	71
7. Causas de licitud	72

### CAPÍTULO IV

#### IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD

1. Imputabilidad e inimputabilidad	77
2. La culpabilidad	78
3. Causas de inculpabilidad	79
4. La punibilidad	82
5. Excusas absolutorias	83
6. Requisito de procedibilidad	83

### CAPÍTULO V

#### FORMAS DE APARICION DEL DELITO

1. Generalidades	87
2. La tentativa	87
3. La consumación	89
4. El abuso de confianza como delito continuado	90
5. Concurso de personas	91
BIBLIOGRAFIA	93