

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Análisis Paralelos de los Delitos  
de Abuso de Confianza y Fraude**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**ENRIQUE ANTONIO VILLACORTA ARGAEZ**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A m i P a d r e

Con el más profundo sentimiento de adoración,  
admiración y agradecimiento.

A quien con sus esfuerzos y sabias experiencias, ha  
hecho posible la terminación de mis estudios,  
esperando compensarte íntimamente tus enormes  
sacrificios y deseando darte toda clase de  
satisfacciones porque todas te las mereces.

A m i M a d r e

No tendré nunca cómo agradecerte tus ternuras, tus  
cuidados, tus bendiciones y todo lo que has hecho por mí.

Con todo mi amor para tí.

A mis hermanos

Esperando que todos logremos la meta por la  
que mi padre se ha esforzado para que la alcancemos.

Con todo mi cariño.

Con todo cariño a mi querido Maestro

Licenciado Don Fernando Castellanos Tena,

con gratitud a la oportunidad que tuve de escuchar sus sabios  
consejos y aprender de sus amplísimos conocimientos.  
Reciba usted mi más grande reconocimiento a su honorabilidad  
y gran calidad humana. Maestro, Hombre de Bien.

Al Licenciado Don Pedro Hernández Silva.

Maestro: el cariño que todos sus alumnos sentimos por usted  
es la muestra más palpable de sus grandes cualidades y valores.

Al muy estimado y querido

Licenciado José Luis Rebollo,

Los momentos que he compartido con usted me han hecho sentir el grado que alcanza el cariño y el respeto de un amigo.

A mi querido

Licenciado Rafael del Castillo,

tratando de darle una pequeña muestra y deseando de corazón darle muchas más, de agradecimiento por su ayuda, apoyo, orientación y consejos para culminar mis estudios, así como las más sentidas gracias por haberme dado la oportunidad de escogerme como su amigo.

Maestro: le deseo muchos más éxitos de los alcanzados.

A mis apreciados Maestros de la Facultad,  
a quienes incondicionalmente recordaré con gratitud.

A mi familia  
con el cariño de siempre.

A mis amigos.

I N D I C E .

CONCEPTO Y ALCANCE DEL TEMA. p. 1

CAPITULO I.

LA TEORIA DEL DELITO. " 4

- I. 1. La evolución del concepto. " 4
- I. 2. La finalidad. " 10
- I. 3. Alcance de la teoría finalista. " 13
- I. 4. Integración del dolo y el tipo. " 19
- I. 5. Reprochabilidad. " 21

CAPITULO I I .

DEL PATRIMONIO Y SU PROTECCION. " 24

- II. 1. Nociones del Patrimonio. " 24
  - II. 1. a. Ideas Generales. " 24
  - II. 1. b. De las Legislaciones Positivas. " 31
- II. 2. Criterios de Clasificación. " 35
- II. 3. Reseña Histórica. " 38

CAPITULO I I I .

EXAMEN JURIDICO SUBSTANCIAL DEL  
DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA . " 45

- III. 1. Antecedentes Históricos. " 45
- III. 2. Concepto e interés jurídico tutelar. " 52
- III. 3. Condicionalidad del abuso de confianza. " 59
  - III. 3. a. La apropiación. " 60
  - III. 3. b. El uso indebido. " 64
- III. 4. Las causas de justificación. " 67
- III. 5. La inculpabilidad en el abuso de confianza. " 71
- III. 6. El abuso de confianza impropio. " 73



## CAPITULO I V.

EXAMEN JURIDICO SUBSTANCIAL DEL F R A U D E .	p.	76
IV. 1. Antecedentes Históricos.	"	76
IV. 2. Concepto e interés jurídico tutelado.	"	78
IV. 3. Condicionabilidad del delito de fraude.	"	81
IV. 3. a. El artificio o engaño.	"	81
IV. 3. b. Inducción al error.	"	83
IV. 3. c. Perjuicio de otro.	"	84
IV. 4. Causas de agravación y casos específicos de fraude.	"	86
IV. 5. Fraude con cheques.	"	87
IV. 6. Las causas de justificación.	"	88
IV. 7. La inculpabilidad.	"	89

## CAPITULO V.

REPROCHABILIDAD, PARALELISMO Y CONCLUSIONES	"	91
--	---	----

BIBLIOGRAFIA .	"	97
----------------	---	----

## CONCEPTO Y ALCANCE DEL TEMA .

El hombre es un ser esencialmente social. Para el desarrollo normal de su existencia, precisa de la sociedad , de la relación con sus semejantes.

Este carácter gregario del ser humano, lo lleva inevitablemente a la vida con sus semejantes. Es por eso que una vida de aislamiento como la que describe Daniel de Foe en su "Robinson Crusoe" no es más que la expresión de un caso singular: la sociedad acoge al hombre, a todo hombre y segregarlo de ella para someterlo al aislamiento, es la mayor penalidad que puede imponerse a todo ser humano, con excepción , claro está, de la privación de la vida.

A este respecto, dice el maestro Fernando Castellanos:

"El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria..." (1).

Efectivamente, en el curso de sus expresiones de sociabilidad, el hombre adquiere con sus semejantes toda clase de relaciones -económi--

(1) Castellanos, Fernando, "Lineamientos de Derecho Penal" Porrúa 1969, 5/a edición, pag. 17.

cas, sociales, etc- que exigen ser regulados so pena de engendrar un caos- de rivalidades y de pugnas.

Esta regulación normativa tiende a defender los derechos del - todo social y de cada uno de sus componentes, en contra de los ataques de - terceros que no aceptan por conveniencia o por cualquier otro motivo, las - reglas que han sido aceptadas por el todo, para la convivencia gregaria.

El hombre, cada hombre, precisa ser defendido en su vida, en su integridad física y en cada uno de los derechos que la sociedad en que vive le concede.

Para esta defensa, el Estado debe regular disposiciones, dictar normas, establecer sanciones.

Es así como cualquier Derecho Penal positivo debe empezar por definir lo- que se entiende por responsabilidad penal para señalar las penas y medidas de seguridad correspondientes y ocuparse después del delito en contra del-- Estado y en contra de los particulares.

La vida de cada persona, sus bienes, sus derechos han de ser- protegidos.

En el título XXI I nuestro Código Penal se ocupa de los delitos- en contra de las personas en su patrimonio y distingue:

a) El robo:

- b) Abuso de confianza;
- c) Fraude;
- d) Delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso;
- e) Despojo de cosas inmuebles o de aguas;
- f) Daños en propiedad ajena.

La tipificación que el Código Penal establece de estos delitos en contra del patrimonio de las personas, exige entonces como condición previa, el estudio de este patrimonio que la ley defiende.

El presente trabajo se refiere a dos de los delitos arriba señalados; el abuso de confianza y el fraude.

De índole distinta, los dos delitos mencionados tienen sin embargo una acción paralela y unos efectos si no idénticos sí semejantes, que ameritan una clara diferenciación.

La importancia de establecer estas diferencias es grande puesto que en nuestra vida moderna, ambos delitos -fraude y abuso de confianza- no solamente son de los más frecuentes sino que revelan gran peligrosidad.

Los delitos de robo simple o con violencia, son más claros, pero también más fáciles de ser reprimidos. Los de abuso de confianza y de fraude, penetran más en la penumbra de nuestra vida social actual y por eso deben ser sacados a luz y exhibidos con mayor técnica y superior habilidad.

## C A P I T U L O I

### LA TEORIA DEL DELITO.

#### I.1. LA EVOLUCION DEL CONCEPTO.

La discusión en torno a la construcción sistemática de la teoría del delito no se ha interrumpido en los últimos 50 años.

A través de esta larga discusión dogmática, que tanta importancia reviste para el Derecho Penal, la cambiante histórica de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general y a la progresión del pensamiento filosófico.

Tan sólo teniendo en cuenta esto último, puede comprenderse en toda su trascendencia la actual fase del desarrollo de la teoría del delito, -- que recibe sus notas características del intento de tomar como punto de partida la finalidad de todo actuar humano.

El concepto clásico de delito se compone de la acción, como carácter genérico y de los atributos de la misma, típica, antijurídica y culpa-

ble, como caracteres específicos.

Acción significa conducta volitiva, comportamiento humano derivado de una manifestación de voluntad, concebida esta última sólo en su función causal, esto es tomando en cuenta no lo que el sujeto quiere, sino la -- circunstancia de haber querido algo. Tampoco afectan al contenido de la voluntad del sujeto, las características específicas de tipicidad y antijuricidad que se refieren, de modo exclusivo, al aspecto externo objetivo de la acción, incluyendo sólo la descripción y valoración del acto como "mutación del mundo exterior". Exclusivamente para que la culpabilidad adquiera significación, debe estar perfectamente motivada.

La acción es típica si se puede clasificar en un tipo, en una de las descripciones legales del aspecto externo de la conducta punible. Hasta aquí no se ha formulado todavía un juicio de valor. El pronunciamiento de -- este juicio está contenido por primera vez en la afirmación de la antijuricidad de la conducta.

La subsunción en el tipo neutro valorativamente, no permite fundar aún la antijuricidad. La tipicidad sin embargo, proporciona indicios de ella, desde el momento en que la conducta descrita como delictiva, será por regla general, objeto también de prohibición. Pero sólo por regla general, puesto que puede concurrir una causa de justificación. La acción, en fin, es culpable cuando puede ser atribuída también subjetivamente al autor en atención a la relación psíquica existente entre él y el hecho realizado, esto-

es cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho dolosa o culposamente.

En torno a la sistemática arriba expuesta han surgido dos polémicas. La primera está caracterizada por un criterio teleológico y referido a valores que tiene su arranque en la moderna doctrina del Derecho Penal - por lo que se refiere al aspecto político criminal - y en la filosofía de los valores - por lo que se refiere al método - Dicho criterio se sitúa en contra posición al formalismo así como al naturalismo de la prevalente teoría del delito (2).

Su más importante resultado dogmático es el desplazamiento del concepto formal de la antijuricidad, que toma como objeto la naturaleza antinormativa de la infracción, en favor del concepto material orientado a un fin de protección jurídica.

El delito constituye un injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento. De esta manera, por una parte se hace posible la aceptación de una causa supralegal de exclusión del injusto bajo el punto de vista del principio de la "evaluación de los bienes jurídicos". Por otra parte, se sujetan a revisión la limitación básica del juicio antijuricidad al aspecto objetivo del acto y la hasta entonces marcada distinción entre tipicidad y antijuricidad. Tan solo se podía comprender, por -

(2) Hemos tomado los anteriores conceptos del Dr. Wilhelm Gallas "La teoría del delito en su momento actual" Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1969.

ejemplo, el contenido del injusto del robo como delito contra la propiedad, - una vez calificado el ánimo de apropiación como "elemento subjetivo del injusto". Tampoco fue ya posible establecer una comparación separativa entre el tipo y la función de protección propia del ordenamiento penal. De tal modo, ha perdido aquél su neutralidad valorativa, se ha convertido en la -- descripción legal de la lesión del bien jurídico, propia del delito respectivo y ha pasado de ser un puro indicio de antijuricidad ("ratio cognoscendi") a transformarse en el elemento portador ("ratio essendi") del injusto.

Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto -- resultó imposible la delimitación de la antijuricidad y la culpabilidad, conforme al criterio tradicional que refiere aquélla al aspecto objetivo de la -- acción y ésta al subjetivo. Pero se descubrió en la reprochabilidad un elemento normativo que permitió diferenciar desde entonces, también desde el punto de vista material, la culpabilidad del injusto. Dolo y culpa, especies de la culpabilidad, pasan a convertirse en formas de ésta.

Esta mutación, tan importante, es tomada en cuenta por todos -- los maestros actuales de Derecho Penal y así tenemos entre otros, el maestro Fernando Castellanos quien, en la obra ya citada dice:

"... para nosotros, los elementos esenciales del delito son: -- conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario... en un plano estrictamente lógico procede -- observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso -



negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; -- en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad; y finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad" (3).

La segunda fase de la moderna discusión en torno a la construcción del concepto del delito se caracteriza por un desplazamiento de la atención sobre el aspecto ético-personal de la infracción penal.

En el aspecto de política jurídica resulta influida esta objeción por el progreso del pensamiento social que quiere abarcar dentro de su propio campo al concepto integral del delito y no dejarlo nada más como atributo de definición por parte del Estado.

Y es así como leemos en Dahm, lo siguiente:

"El delito es injusto no sólo como lesión de bienes o intereses jurídicos, sino también y en primer lugar como lesión del deber y expresión del carácter" (4).

Esta ética en el concepto del injusto encuentra su expresión sistemática en un concepto de delito que funde en un todo el injusto y la culpabilidad y en el intento de articular la infracción a base no ya de los atributos de la acción, difíciles de deslindar, sino del tipo de acto y del autor.

- (3) Castellanos, Fernando, obra citada, pag. 126. "Lineamientos elementales de Derecho Penal".
- (4) Herman Dahm "El delito en su concepto primero", Traducción de Filiberto Vigatá. Editorial Rambla, Barcelona 1968, pag. 73.

Sobre este importante punto, dice Gallas, a nuestro juicio con-  
sobrada razón, lo siguiente:

"Sin abandonar la distinción material fundamental para nuestro pensamiento jurídico, entre injusto y culpabilidad, parece haberse conseguido en este sistema la unificación en una síntesis, de las aspiraciones de la dirección personal y la teleológica. Como realización del querer, la acción entendida en sentido final pasa a constituir el punto de partida adecuado para los elementos personales del injusto; como realización del querer, radica en ella, a su vez, un momento causal capaz de constituirse en el elemento portador del resultado del injusto, a saber de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Con la inclusión del contenido del querer en el concepto de la acción, el dolo se traslada del campo de la culpabilidad al de la acción y al del injusto, en contra de la construcción tradicional del delito (5).

Observemos la profundidad de esta tesis que defiende Gallas ya que en ella se establece una concatenación lógica que desemboca no en el abandono del concepto de la culpabilidad, sino simplemente en la reducción lógica de su valoración. Entre muchos autores alemanes contemporáneos -Schaffstein, Wolf, Welzel, entre otros- lo expuesto constituye la conclusión lógica del desarrollo de la nueva teoría del delito por su aspecto más claro y más racionalmente lógico.

Se busca ahora el encuadramiento del delito desde luego desde su concepto derivado de la acción positiva, pero insistiendo en que esta inclusión es lógica y no expresión univolitiva.

(5) Wilhem Gallas. "La teoría del delito en su momento actual".  
Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. Obra citada, pag. 10 y 11.

## 1.2. LA FINALIDAD.

Dice Welzel que:

"La finalidad es un concepto ontológico, como el de la causalidad; es una ley objetiva de estructura del ser y del actuar humano" (6).

En la finalidad encuentra su expresión la capacidad propia del hombre de:

"anticipar mentalmente las posibles consecuencias de su intervención causal y de esta manera dirigir su actividad en el mundo" (7).

Así, con la anticipación mental de las consecuencias de la acción se convierte el dolo

"en un elemento indispensable de la finalidad" (8) "y, por ello, en parte esencialmente necesaria, ya, del concepto de acción."

La inclusión de dolo en este concepto, desde el punto de vista de la teoría final del acto, constituye, por lo tanto, una de las soluciones posibles en la construcción del delito y es consecuencia forzosa de la estructura ontológica del obrar.

(6) Welzel. "La teoría finalista del delito". Traducción de Artemio Vigatá. Editorial Rambla, Barcelona, 1969, pag. 14.

(7) Obra citada de Welzel, pag. 19.

(8) Obra citada de Welzel, pag. 27.

Contra esta "equiparación de finalidad y dolo" y contra la indiscutida naturaleza final del actuar humano, se dirigen las principales objeciones que se han presentado a estas modificaciones de la teoría sobre la finalidad del delito.

Afectan estas objeciones en primer lugar a la relación existente entre el concepto naturalista de acción que implica la actuación de un querer dirigido a un fin.

Esta objeción es especialmente importante a los fines del presente trabajo, porque en ambos delitos -el de abuso de confianza y el de fraude- la volición hacia el fin que constituye el delito son condición "sine qua non" para la imputabilidad.

Para la existencia de un obrar en el indicado sentido, no importa cuál sea la meta que el sujeto se haya propuesto; basta que haya perseguido cualquier objetivo, que haya actuado con carácter final. Pero precisamente este prescindir de un determinado contenido volitivo es condición previa de que la acción puede ser considerada como un concepto general no comprensivo aún de la valoración jurídicopenal. De exigir además una conducta dolosa, de hacer depender la calificación de un hecho como acto humano de la inclusión del resultado delictivo en la volición, se incurriría en el error lógico de considerar característica del género un atributo que define la especie.

O sea, la finalidad en el delito es un factor que puede explicar -

algunos puntos que aparecen oscuros en otras teorías y además resulta -- que la dificultad creada al finalismo por la clasificación sistemática de los actos culposos no pueden surgir en el ámbito del concepto general de la acción pues el sujeto que con culpa inconsciente ha producido el resultado punible, también ha actuado, también ha querido algo, aún cuando el objeto de su voluntad no esté constituido por el resultado delictivo. La irrelevancia - jurídico-penal del objeto del querer no excluye el carácter final de la conducta. La comisión dolosa y la culposa se pueden referir también, en igual medida, a un concepto general de acción sin que se plantee cuestión alguna antes de llegar al ámbito de la tipicidad.

El concepto de la conducta humana, tan importante en todo delito y sustancial en el abuso de confianza y de fraude, donde los límites de la antijuricidad son a veces muy definitivamente ambiguos, no puede constituir tampoco un elemento definitivo a este respecto porque el acto de la valoración jurídica precede lógicamente al de la calificación como conducta y -- no a la inversa.

De lo dicho resulta que en los delitos contra la propiedad, la -- conducta activa sigue siendo fundamental para su análisis, de acuerdo con la doctrina atomizadora o analítica del delito de la que, junto a la unitaria -- o totalizadora, el maestro Castellanos dice:

"Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomiza-- dor o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el de-- lito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un-

todo orgánico, un concepto indisoluble... En cambio, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad..." (9).

Por lo demás hemos de llegar a una conclusión terminante con respecto a la acción en el delito: sólo puede servir la acción en el delito de comisión, no la acción a secas, sino la acción típica, la conducta concreta descrita en el tipo delictivo. Al concepto general de acción le queda sólo la función de integrar en el ámbito de la teoría del tipo, el medio adecuado para conocer la cualidad de actuar de la conducta típica. Sistemáticamente, cumple una función meramente negativa: con la ayuda del concepto general de acción puede eliminarse desde un principio lo que no puede constituir en caso alguno, acción (y por lo tanto acción típica) por faltar ya algunos de los caracteres generales: el movimiento corporal o la voluntariedad (en el caso de movimiento reflejo o de la concurrencia de "vis absoluta").

### 1.3. ALCANCE DE LA TEORIA FINALISTA.

La teoría finalista, tal como se ha descrito en los incisos anteriores, proyectará sobre nuestro trabajo el paralelismo de la acción entre los dos delitos estudiados: el abuso de confianza y el fraude, señalando que en esos dos casos y en todos los de carácter delictuoso, la concepción del-

(9) Fernando Castellanos, "Lineamientos elementales de Derecho Penal"-Obra citada, pag. 123.

dolo es en realidad la acción típica y en ella reside el punto de partida de toda la teoría.

El alcance de dicha tesis depende en primer lugar, de lo que se entiende por tipo (y por tipicidad) concepto que es preciso determinar claramente so pena de concurrir en anfibologías que, en casos como el delito de abuso de confianza y de fraude nos lleva a confusiones, con frecuencia.

Corresponde pues, en premisa, llegar a una definición de dicho concepto. Esta definición debe tener por base la convicción de que una teoría del delito debe estar orientada teleológicamente y en consecuencia, adoptar una sistemática que lejos de equiparar la infracción con la suma de los supuestos de penalidad, contemple en ella una forma de aparición del injusto culpable y trate de aprehender, de la relación de sentido y fin así obtenida, las diferentes características del delito. Tan sólo cuando se adopte el tipo a esta relación de los fines, adquirirá también este concepto una importante sistemática.

Creemos así que debe rechazarse, para la presente consideración, el concepto de tipo en sentido amplio, comprensivo de todos los supuestos legales de penalidad, inclusive de aquellos que no afectan al carácter injusto o de culpabilidad del acto. En dicho concepto no se expresaría un principio material, sino simplemente la exigencia de legalidad de todos los supuestos de ella.

La función material del concepto de tipo, dentro de la teoría -- del delito, sólo puede estar constituida por la individualización que el tipo -- lleva a cabo dentro de la infracción, al incluir todos aquellos caracteres -- configuradores de las diversas especies de delito.

Esta individualización es necesaria ya que no todo injusto culpa -- ble es delito, sino sólo el digno de castigo y la selección exigida como con -- currencia de esta cualidad sólo puede realizarse en virtud de la fijación de tipos de conducta delictiva.

Esto último es válido no sólo bajo el dominio del principio "nu -- llum crimen sine lege", que exige una tipificación por parte del legislador, sino también allí donde la fijación de la cualidad indicada se abandona al -- criterio del juez. Del ensayo del legislador o de la ciencia jurídica de lle -- nar el vacío propio de la cualidad "digno de castigo" a través de una de -- terminación general material del concepto, el estilo de la "especial peli -- grosidad social" no resultaría (dada la variedad) más que a una cláusula general indeterminada que, incapaz de sustituir la tipificación de la conduc -- ta punible, podría sólo proporcionar en todo caso, una pauta de orden gene -- ral.

Como concepto correspondiente a la teoría del delito, el tipo -- constituye el elemento portador del contenido de dicha cualidad de digno -- de castigo, propio de la especie respectiva de infracción, la manifestación de la figura delictiva residiendo en el contenido material de la tipificación (no en la garantía constitucional a él ligada), su importancia sistemática,



De esta consideración del tipo en el sentido material del mismo, se derivan dos consecuencias fundamentales:

En primer lugar, el paso de una neutralidad valorativa propia del concepto clásico del tipo, a una concepción nueva referida a valores. -- El sentido y el alcance de la conducta típica sólo pueden ser comprendidos desde puntos de vista valorativos determinantes de la selección de este -- comportamiento como digno de castigo.

En segundo término, la aceptación de un concepto material del tipo en la teoría del delito, da lugar a que no pueda ser aprehendido el contenido de la infracción sin recurrir a sus formas específicas de aparición, -- representadas por las figuras de delito respectivas.

Sólo se llega a esta conclusión, una vez concebida la tipicidad -- no en su contenido concreto (y con ello, necesariamente como un carácter de la especie de delito), sino simplemente como la exigencia de una tipificación que asocia a las características de antijuricidad y culpabilidad, -- determinadas en sentido material, un elemento de naturaleza meramente formal. No se ha llenado pues, sino que por el contrario se ha hecho patente el vacío con el que debe tropezar cualquier ensayo de una determinación general del contenido del delito, desde el momento en que lo específico delictivo no se puede aprehender de un modo general, sino en relación a la especie respectiva de la infracción.

Para una sistemática orientada teleológicamente cualquiera pue

de comprender el contenido del delito, concretado al tipo. La única solución está representada por la renuncia a la formación de un concepto unitario y por la contemplación del delito en sus caracteres generales - y en su forma de aparición especial; esto es, por la consideración de la infracción punible bajo dos aspectos referidos uno al otro.

Bajo cada uno de los dos puntos de vista, injusto y culpabilidad aparecen entonces como los dos pilares de la teoría del delito: -- tanto en su configuración general como en la especial propia del delito respectivo. El delito es, por un lado, injusto y culpable y por el otro típico, es decir, injusto y culpable, digno de castigo en atención a determinadas consideraciones en relación a los fines y a conceptos de naturaleza ético-social; sin que el carácter adjetivo del término tipicidad deba inducirnos a creer que nos encontramos frente a una cualidad complementaria, ante un tercer elemento que se agrega al injusto y a la -- culpabilidad. Por el contrario, constituye una forma de aparición del -- injusto culpable.

Es necesario aclarar también, la importancia sistemática -- propia de los conceptos de injusto y culpabilidad, como caracteres generales del delito, desde el momento en que el acto muestra ya como -- realización del tipo, el contenido típico de injusto y de culpabilidad de la especie respectiva de infracción.

Estos dos conceptos generales se manifiestan como impres-

cindibles en dos aspectos distintos: en primer lugar, las particulares - características del tipo sólo pueden diferenciarse como caracteres del - injusto y de la culpabilidad y así deslindarlas como caracteres del deli- to, de las puras condiciones de culpabilidad, una vez fijado el criterio - que defina en general la cualidad del injusto y de culpabilidad de un --- comportamiento. En segundo lugar, con la clasificación del acto concre - to en un tipo, se abarcan tan solo aquellos elementos del acto de los - que depende la fijación de la especie respectiva de la infracción. De - este modo se verifican ciertamente, los supuestos positivos propios de - la cualidad de delito de la conducta concreta, desde el momento en que no existe simplemente un delito sino sólo particulares tipos de infrac- - ción. Lo único que puede tener carácter básico para la punibilidad es - la realización del contenido específico del injusto y culpabilidad (concre - tada en el tipo) sin que dicho carácter pueda ser atribuido a la concu - rrencia de las características generales de injusto o culpabilidad.

Es decir, una conducta concreta que se presente como reali - zación de un tipo dará lugar a la existencia de un "delito", con reserva de variar esta conclusión en sentido negativo, por aplicación de los conceptos - generales de injusto y culpabilidad.

El concepto de tipicidad obtenido de este modo, difícilmente con seguirá desde un principio el asentimiento general. A continuación procede ría aclarar algunos puntos y delimitar este concepto por medio de otros en - sayos para intentar una solución.

#### I.4. INTEGRACION DEL DOLO Y EL TIPO.

Es indudable que entre las características del tipo - concebido - de un modo total - se cuenta también el dolo. Con esto, se da un paso importante para la localización del dolo. Su concepción como elemento final - de la acción típica es problema importante para la determinación de la teoría del delito.

Si bien es cierto que la cualidad de doloso, significa finalidad, - la exigencia de dolo como tal, transforma necesariamente la conducta correspondiente a la figura delictiva, en una acción de contenido final determinado, aunque este comportamiento esté formulado causalmente. La finalidad de la conducta típica se produce pues con anterioridad a la diferenciación en la figura de delito de las características de injusto y culpabilidad -- sin que el reconocimiento de esa finalidad signifique todavía una resolución del problema de la localización del dolo. La figura de delito "homicidio -- doloso", por ejemplo, supone el dolo y con ello, una acción homicida de índole final. Sin embargo, sería concebible que el tipo de injusto entendiese la acción homicida tan solo como causa del resultado de la muerte y que la superdeterminación final del suceso causal por el dolo, no tuviera lugar --- hasta llegar al ámbito de la culpabilidad.

En resumen que el problema queda planteado en el sentido de -- determinar si la conducta típica representa una acción de contenido final de terminado, como conducta antijurídica culpable.

Pero esta pregunta no puede ser contestada sin recurrir al sentido del injusto de la figura delictiva.

Por ello, la situación del dolo dentro de lo que podemos llamar sistemática total del delito, no depende sólo de consideraciones ontológicas, sino que constituye al mismo tiempo un problema de valoración.

Y ello, no porque el examen de la estructura ontológica del actuar humano no haya de tener validez para el legislador, sino porque una valoración jurídica de la acción no debe extenderse como necesidad lógica a su totalidad final-causal. El actuar humano es una formación integrada por varios estratos. Pero no deja tampoco de ser un suceso causal, porque el transcurso del acontecer no se produce ciegamente, sino está gobernado -- por la voluntad.

Es concebible por ello que una valoración jurídica efectuada bajo un determinado punto de vista -- por ejemplo el de la lesión real de un bien jurídico no contemple la acción como una unidad de sentido final-causal, sino sencillamente parte de su aspecto causal.

Lleguemos pues a la conclusión de que una conducta humana --- puede ser tomada como objeto de un juicio de antijuricidad en doble aspecto: como actuar de determinado contenido de sentido social o simplemente como acontecer causal. Por ejemplo, en el caso de un abuso de confianza, la --- desaprobación jurídica recae sobre la realización de la voluntad de lesionar el patrimonio o la propiedad del sujeto pasivo; bajo el otro, sobre la causa-

ción de la lesión arriba mencionada. De este modo, el objeto y la escala -- de enjuiciamiento jurídico se hallan relacionados entre sí: Cómo actuar, -- una conducta es comprendida tan solo por una norma que, a su vez, tenga -- por objeto un actuar; siendo válida la misma observación para el enjuicia-- miento como acontecer causal. Antijuricidad es deber de no hacer o deber de no ser.

### I.5. REPROCHABILIDAD.

La reprochabilidad completa el cuadro de la teoría del delito en su más moderna concepción.

El reproche hace referencia al hecho de no haber actuado co-- rrectamente el autor, a pesar de que pudo actuar de acuerdo con el dere-- cho. Ese poder se daría regularmente en la comisión dolosa, pero faltaría y también por lo tanto la culpabilidad, cuando el sujeto hubiera actuado en -- circunstancias de inimputabilidad o "in concreto", a pesar del actuar dolo-- so, si no hubiera tenido la posibilidad de reconocer el injusto de su hacer o finalmente, cuando ante la especial situación de hecho no se hubiera podido exigir de él un actuar adecuado al derecho.

Por mucho que, en su claridad, convenza al principio este ra-- zonamiento, al ser contemplado más de cerca, da lugar a dudas en un punto fundamental. En el juicio de culpabilidad al igual que en el de antijuricidad, se desaprueba, junto con la acción, la decisión propia de ella, como --

contradictoria al deber jurídico. El elemento de la desaprobación comple-  
mentario de la culpabilidad, reside sólo en los hechos de que el autor tam-  
bién pudo haber evitado esa decisión. Ahora bien, ya que el concepto del --  
deber es el mismo para la culpabilidad y la antijuricidad, la falta de ese --  
"poder" no puede excluir el no ser debido de la decisión de la acción, pues --  
de otro modo junto con la culpabilidad faltaría también la antijuricidad. Se  
ve, pues, que la culpabilidad, después de haber perdido la decisión de la --  
acción como objeto de valoración a ella sola reservada, ha perdido el punto  
de partida normativa que había poseído en dicha decisión.

No obstante, la culpabilidad tiene otra posibilidad de obtener un  
punto de partida normativo. Esa posibilidad aparece al preguntarnos en --  
qué consiste propiamente la razón real de la vinculación entre reprochabili-  
dad y "poder". Esa razón reside en el hecho de que quien se decide libre--  
mente en contra del derecho, manifiesta una actitud que contradice la que --  
el orden jurídico reclama del sujeto justo y consciente.

Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo  
jurídicamente desaprobado que se realiza en él. Por ánimo no se ha de  
entender a este respecto una cualidad permanente del autor, ni tampoco --  
pues, su individual peligrosidad en el sentido de prevención especial. Se --  
trata por el contrario, del valor o disvalor de la actitud actualizada en el --  
acto concreto, se trata de la conclusión que ha de ser extraída de tal acto --  
y de sus móviles en relación a la posición total del autor ante las exigen-  
cias del derecho.

Así pues, la diferencia entre el injusto y la culpabilidad puede ser sólo la que media entre disvalor de acción y disvalor de ánimo, del acto correspondiente.

El ánimo jurídicamente desaprobado, más o menos rezagado en relación al modelo establecido por la ley, constituye un concepto material y por lo tanto susceptible de graduación. De ahí resulta la posibilidad de la existencia de características de culpabilidad para que el legislador tipifique el grado y magnitud de la reprochabilidad. A ellas corresponden las llamadas características objetivas de culpabilidad, así como las características de ánimo, como malicioso, por móviles bajos, "con ánimo de lucro", etc., cuya ordenación sistemática ha estado pendiente de solución.

El presente intento de una apreciación crítica del estado actual de la teoría del delito debe concluirse con una reflexión sobre injusto y culpabilidad.

El actuar humano debe ser analizado hasta su última expresión, por encima de cualquier otra consideración. Si bien es la ley la que crea el delito, corresponde al que toca juzgar de un presunto delito analizar todos y cada uno de los elementos que crean el delito para ver si el acto que integra la acusación responde a cada uno de estos elementos.

Hemos creído prudente incluir este capítulo antes de entrar en materia propiamente hablando, en este trabajo, para ubicar dentro de un marco específico a los delitos de abuso de confianza y fraude.



## C A P I T U L O     I I .

### DEL PATRIMONIO Y SU PROTECCION .

#### II. 1. NOCIONES DEL PATRIMONIO.

##### II. 1. a. Ideas Generales.

Como veremos posteriormente en este mismo capítulo, las --  
diversas leyes positivas han dudado en denominar a ciertos delitos co--  
mo "lesiones de la propiedad" o "lesiones del patrimonio".

Aunque indudablemente ambas nociones suelen confundirse e --  
identificarse, hay entre ellas una diferencia específica que amerita ser  
señalada.

El concepto propiedad es mucho más restringido y tiene una  
influencia derivada de la interpretación que se le ha dado en el Dere--  
cho Civil entre tanto que el concepto patrimonio, según lo ha definido --  
Maggiore es:

"El conjunto de los bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades y el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiables" (10).

Nuestro Código ha adoptado la denominación de "Delitos en contra a las Personas en su Patrimonio" y otros códigos "Delitos en contra del Patrimonio Económico de las Personas":

A reserva de insistir sobre este tema y tras de haber definido el Patrimonio tal como arriba queda transcrito, es evidente que por su sentido genérico más fácilmente aplicable al concepto jurídico, el término "Patrimonio" debe primar sobre el término "propiedad".

A nuestro juicio para el entendimiento de esta protección jurídica se puede partir de la fórmula que para el patrimonio se establece en Contabilidad.

Sabemos que el Patrimonio de una empresa está representado por la fórmula:

$$\text{Patrimonio} = \text{Activo} - \text{Pasivo.}$$

Sabemos también que el pasivo se representa en la siguiente expresión matemática:

$$\text{ACTIVO} = \text{CIRCULANTE} + \text{DIFERIDO} + \text{CONTINGENTE.}$$

(10) Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1956. p. 34.

La protección penal en beneficio del Patrimonio económico no puede referirse al pasivo, pero sí abarca todos los conceptos del activo tal como arriba han quedado transcritos. Es decir, incluye el activo fijo, el circulante, el diferido y el contingente.

Esta es una de las diferencias tan fundamentales en el concepto del patrimonio bajo el punto de vista penal y el patrimonio bajo el punto de vista civil.

Esta diferencia trae como consecuencia la distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, en lo que se refiere al patrimonio económico.

A este respecto el maestro Francisco González de la Vega manifiesta:

"a) Pragmáticamente, desde el punto de vista de la aplicación de las leyes vigentes a casos concretos, es decir, desde el aspecto extrínseco del problema, el criterio de diferenciación entre las acciones ilícitas penales y las simplemente civiles, lo proporciona de antemano la misma ley, al ordenar que ciertas acciones típicas que ella describe, los delitos contra las personas en su patrimonio, se sancionen penalmente.

"b) Pero el anterior criterio pragmático, derivado exclusivamente del aspecto extrínseco del problema, en que se considera como regla de diferenciación entre los ilícitos penal y civil el sistema jurídico ya vigente en la ley, no puede ser utilizado ni para una correcta interpretación doctrinaria del espíritu de la legislación ni por el legislador en el momento de redactar las normas jurídicas; este, en su tarea de redactar un catálogo de delitos, necesita adoptar un sistema de distinción intrínseco, de más hondura, para determinar concretamente cuáles acciones u omisiones antijurídicas deben producir como consecuencia sanciones exclusivamente civiles, como las de resarcimiento, restitución o nulidad, y cuáles, aparte de la reparación del daño, deben dar nacimiento a la represión pública, aplicando penas

propiamente dichas al autor de lo injusto" (11).

Este problema planteado aquí por González de la Vega ha ocupado a múltiples autores que tratan de establecer la diferencia arriba mencionada.

Así, Carrara nos dice:

"Para que un acto pueda ser políticamente imputable, no basta que lo sea moralmente ni que sea malvado, según el precepto moral. Es necesario además que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso. Esto deriva del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y declararlas delitos se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo; no para el fin de perfeccionamiento interno. Puesto que no es posible que la agresión al derecho tenga ni siquiera un principio de ejecución sin un acto exterior; así cualquier represión dirigida contra los meros actos internos carecería del fundamento necesario para su legitimidad al no ser requerida por la necesidad de la tutela jurídica. Castigar los pensamientos es la fórmula común con la cual se designa el apogeo de la tiranía. Además el daño que produce la acción perversa del hombre debe ser daño social, esto es, de tal naturaleza que no puede con otros medios, salvo sometiénolo a la represión de la Ley proveerse al título del orden exterior. Si el daño se limita al individuo, o es reparable mediante una acción directa, el legislador excedería sus poderes al declarar delito el acto que lo ha causado" (12).

Destaquemos este concepto fundamental de Carrara: para que pueda declararse delito el daño causado al patrimonio es preciso que este daño no se limite al individuo, ni sea reparable mediante una acción --

(11) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1944. T. II. pp. 29 y 30.

(12) Francisco Carrara. Programa del Curso de Derecho Criminal, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. T. I. pp 13 y 14. pp. 36 y 37.

directa.

Por su parte el penalista francés René Garraud, se expresa en los términos siguientes:

"La reparabilidad o irreparabilidad del perjuicio no es el signo cierto para reconocer los daños punibles y los que no lo son. El punto de vista que parece haber dominado siempre en la evolución de las legislaciones positivas, es, más bien, el de la insuficiencia de los medios ordinarios de previsión o de defensa individuales. Si el patrimonio es atacado por procedimientos que la prudencia común es impotente para evitar, si se trata, por ejemplo, de robo, estafa, de abuso de confianza, etc., sintiéndose cada uno individualmente impotente para ponerse al abrigo de semejantes violaciones del Derecho, la colectividad social interviene, toma el asunto por su propia cuenta y castiga el atentado contra la seguridad y los derechos de todos (13).

Vemos pues, que a juicio de este criminalista galo, la protección penal sustituye a la civil en las amenazas en contra del patrimonio, cuando la civil es impotente para una defensa adecuada del mismo.

Por su parte, Eugenio Florián escribe:

"Intrínsecamente considerado, el acto ilícito civil parece lesionar de un modo principal los intereses del individuo o del grupo sobre el cual recae el acto; decimos de un modo principal, ya que las sanciones de las normas desde el punto de vista civil tienen por objeto proteger no sólo al individuo sino también defender la integridad del ordenamiento jurídico entero, por lo que el acto ilícito civil puede llamarse privado solamente en un sentido relativo. Por el contrario, desde el punto de vista intrínseco el acto ilícito penal representa en modo principal un daño o peligro público de carácter más vasto y más intenso que el del acto ilícito civil y esta es la única razón que determina la pena -

(13) René Garraud "Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français". Editorial Recueil Sirey. París, 1935. Tomo VI, párrafo 2358.

como consecuencia jurídica. No se puede ir más adelante: sería arbitrario y erróneo el determinar "a priori" qué hechos deben considerarse como ilícitos penales y cuáles como ilícitos civiles. En resumen, las sanciones del derecho penal se aplican cuando resulten insuficientes las del derecho privado (y aún se puede añadir las de cualesquiera otras ramas del derecho); el derecho penal llena las lagunas e insuficiencias del derecho privado. Comprueba la exactitud de este concepto el ejemplo clásico del derecho romano. Por consiguiente el criterio que rige en esta materia es absolutamente relativo; la extensión del hecho punible con respecto al acto ilícito civil varía en los distintos pueblos y en las diversas épocas de acuerdo con las necesidades sociales. La esfera del derecho penal es esencialmente variable y así vemos que se amplía continuamente y en grado paralelo con el progreso y con el aumento de las relaciones jurídicas en el seno de la sociedad. Tan pronto como una forma de acto ilícito lesiona más vivamente los intereses generales y la vida de la sociedad, surge una mayor eficiencia y se afirma en relación con ella la sanción penal, o en otras palabras, se extiende ésta a ciertas condiciones de la vida individual o colectiva a medida que en ellas se va encontrando un interés público" (14).

Florián, como vemos, abunda en la misma opinión de Garraud, pero establece lo que se ha llamado la ley proporcional de la expansibilidad: el sentido protecto de lo ilícito penal es directamente proporcional a la magnitud del interés público.

En 1928, siendo ya catedrático de Derecho Penal, durante la Dictadura del General Miguel Primo de Rivera, Don Luis Jiménez Asúa produjo un interesante estudio sobre el Código Penal Español promulgado por aquel régimen.

Escribía entonces dicho maestro:

(14) Eugenio Florián. "Parte General del Derecho Penal". La Habana, T. I. pp. 4 y 5. Imprenta "L Propagandista".

como consecuencia jurídica. No se puede ir más adelante: sería arbitrario y erróneo el determinar "a priori" qué hechos deben considerarse como ilícitos penales y cuáles como ilícitos civiles. En resumen, las sanciones del derecho penal se aplican cuando resulten insuficientes las del derecho privado (y aún se puede añadir las de cualesquiera otras ramas del derecho); el derecho penal llena las lagunas e insuficiencias del derecho privado. Comprueba la exactitud de este concepto el ejemplo clásico del derecho romano. Por consiguiente el criterio que rige en esta materia es absolutamente relativo; la extensión del hecho punible con respecto al acto ilícito civil varía en los distintos pueblos y en las diversas épocas de acuerdo con las necesidades sociales. La esfera del derecho penal es esencialmente variable y así vemos que se amplía continuamente y en grado paralelo con el progreso y con el aumento de las relaciones jurídicas en el seno de la sociedad. Tan pronto como una forma de acto ilícito lesiona más vivamente los intereses generales y la vida de la sociedad, surge una mayor eficiencia y se afirma en relación con ella la sanción penal, o en otras palabras, se extiende ésta a ciertas condiciones de la vida individual o colectiva a medida que en ellas se va encontrando un interés público" (14).

Florián, como vemos, abunda en la misma opinión de Garraud, pero establece lo que se ha llamado la ley proporcional de la expansibilidad: el sentido protecto de lo ilícito penal es directamente proporcional a la magnitud del interés público.

En 1928, siendo ya catedrático de Derecho Penal, durante la Dictadura del General Miguel Primo de Rivera, Don Luis Jiménez Asúa produjo un interesante estudio sobre el Código Penal Español promulgado por aquel régimen.

Escribía entonces dicho maestro:

(14) Eugenio Florián. "Parte General del Derecho Penal". La Habana, T. I, pp. 4 y 5. Imprenta "L. Propagandista".

"No toda infracción jurídica contra la propiedad es infracción criminal. Es aquí donde aparece más arduo el problema de distinguir el hecho ilícito civil del ilícito penal. Los diversos criterios diferenciales señalados por los escritores no han podido resistir la crítica. Ultimamente ha prevalecido la idea de ser ésta una cuestión de política criminal y que son únicamente las razones históricas las que pueden aconsejar la incriminación de un hecho cuando es imposible aplicarle sanciones civiles o éstas son inadecuadas, o el particular es impotente para defenderse por sí, o el hecho ilícito se repite con frecuencia. Es cierto que, en efecto, existe una frontera movible entre una y otra ilicitud y que circunstancias variables obligan en algunos momentos a añadir una sanción penal al prescindir de ella" (15).

De lo afirmado por estos autores, se deduce a nuestro modo de ver, lo siguiente:

a) La frontera entre lo ilícito civil y lo ilícito penal en materia de patrimonio es un poco incierta y variable.

b) Sin embargo esta frontera no puede dejarse al arbitrio caprichoso de quien dicta las leyes, sino que se deriva de circunstancias diversas.

c) Estas circunstancias son resultado de la mayor complejidad de las relaciones jurídico-sociales de determinada época.

d) En general, puede decirse que nace lo ilícito penal cuando lo ilícito civil resulta impotente para regular relaciones, o cuando el interés público queda afectado notablemente.

(15) Luis Jiménez de Asúa. "Derecho Penal conforme al Código de 1928". Reus, Madrid. 1929. T. II. p. 292.



## II. 1. b. De las Legislaciones Positivas.

En general, en toda la legislación vigente y especialmente en la latino-americana, es muy diversa la clasificación de los tipos penales relacionados con la protección del patrimonio. Ello no se debe solamente a la distinta fecha en que se han promulgado los diversos Códigos Penales, sino también a puntos doctrinales distintos.

Sin remontarnos a antecedentes más remotos, lo que haremos - en otra parte de este trabajo, señalemos que en el Código que nos rige, los delitos que nos ocupan están comprendidos en el Título XXII del Libro Segundo bajo el nombre de "DELITOS EN CONTRA DE LAS PERSONAS EN - SU PATRIMONIO". Título que abarca:

- a) Robo;
- b) Abuso de confianza;
- c) Fraude;
- d) Delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso.
- e) Despojo de cosas inmuebles o de aguas.
- f) Daño en propiedad ajena.

En el Código de 1871, según señala el maestro Francisco González de la Vega:

"Los delitos de robo, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o de --- aguas, amenazas, amagos, violencia física y destrucciones o - deterioros causados en propiedad ajena por incendio, por inun-

dación o por otros medios, se comprendían en el Título I, del Libro III, llamado "Delitos contra la Propiedad" (16).

Como se ve, dicho título presentaba una extraña amalgama de delitos en donde podían lesionarse no solamente la propiedad sino también algunos otros patrimonios distintos a ella, tales como los derechos de un usuario, de un poseedor, de un acreedor, etc.

El efímero Código Penal de 1929 siguió manteniendo tal clasificación errónea y habló nuevamente de "Delitos contra la Propiedad", perdiéndose de nuevo de vista la protección más genérica de los "derechos patrimoniales".

Hoy día, el Código Penal vigente, como ya lo expresamos recoge la denominación correcta de "Delito en contra de las personas en su patrimonio"; clasificación que González de la Vega alaba en los siguientes términos:

"Para comprender los méritos relevantes de la moderna designación - delitos en contra de las personas en su patrimonio -, se requiere hacer un análisis de su alcance jurídico:

La denominación es certera y clara; desde luego, nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas y también nos hacen notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. En otras -

(16) Francisco González de la Vega. "Derecho Penal Mexicano". "Los Delitos". Porrúa. Décima Edición. 1970. p. 151.

palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la re-  
presión penal son todos aquellos derechos de las personas que pue-  
dan ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patri-  
monial, ya que el patrimonio es el conjunto de derechos y de --  
cargas de una persona, apreciable en dinero" (17).

Barrera Domínguez señala las fechas diversísimas de la Legis-  
lación Penal vigente en muchos países de Latinoamérica, para establecer -  
la causa de los múltiples criterios que se observan en los delitos contra las  
personas en su patrimonio y así cita:

"Bolivia, 6 de noviembre de 1834; Haití 14 de agosto de 1835; --  
Chile, 12 de noviembre de 1874; República Dominicana, 20 de --  
agosto de 1884; Nicaragua, 8 de diciembre de 1891; Puerto Rico,  
10 de marzo de 1902; El Salvador, 14 de octubre de 1904; Hon-  
duras, 8 de febrero de 1906; Paraguay, 22 de febrero de 1910;--  
Argentina, 29 de octubre de 1921; Panamá, 17 de noviembre de -  
1922; Perú, 28 de julio de 1924; Venezuela, 15 de julio de 1926;-  
México, 13 de agosto de 1931; Uruguay, 4 de diciembre de 1933;-  
Cuba, 17 de septiembre de 1961; Guatemala, 25 de mayo de ----  
1936; Colombia, 24 de abril de 1936; Ecuador, 22 de marzo de-  
1938; Brasil, 7 de diciembre de 1940; Costa Rica, 21 de agosto-  
de 1941..." (18).

Hablando de estos códigos latinoamericanos, don Luis Jiménez-

Asúa dice:

"No es fácil, en verdad, calificar los Códigos de Iberoamérica --  
en antiguos y modernos. En Europa es posible hacerlo. Los an  
teriores al Siglo XX son viejos y nuevos los que a partir del Cód-  
igo Noruego de 1902 se han puesto en vigencia en esta centuria.  
La entrada en la ley del sujeto criminalológicamente considerado -

- (17) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. "Los Deli-  
tos". Obra citada. p. 153.
- (18) Humberto Barrera Domínguez. "Delitos contra el Patrimonio Econó-  
mico". Editorial Themis. Bogotá 5a. Edición. 1970. p. 32.

y la adopción de medidas de seguridad separan lo antiguo de lo moderno" (19).

A los efectos que nos ocupan, señalaremos, fragmentariamente, las siguientes denominaciones para los delitos objeto de este Estudio:

Argentina	:	"Delitos contra la propiedad";
Brasil	:	"Delitos contra la propiedad";
Colombia	:	"Delitos contra la propiedad";
Costa Rica	:	"Delitos contra la propiedad";
Cuba	:	"Delitos antipatrimoniales";
Ecuador	:	"Delitos contra la propiedad";
Guatemala	:	"Delitos contra la propiedad";
México	:	"Delitos contra las personas en su patrimonio".
Panamá	:	"Delitos contra la propiedad";
Perú	:	"Delitos contra el patrimonio";
Uruguay	:	"Delitos contra la propiedad";
Venezuela	:	"Delitos contra la propiedad";

Como vemos, sigue prevaleciendo la clasificación que pudiéramos llamar "histórica" y son pocos los países que hablan de delitos contra el patrimonio.

(19) Luis Jiménez Asúa. "Códigos Iberoamericanos", ordenados por Francisco Carsi Zacaes. Editorial Andrés Bello, Caracas 1942. p. 63.

## II.2. CRITERIOS DE CLASIFICACION.

Clasificar es siempre problema sumamente complejo porque se parte de un criterio establecido casi siempre de un modo subjetivo, con una idea posterior de realización.

Para la clasificación de los delitos que son objeto de este trabajo partimos de un hecho permanente: el que se deriva de su denominación positiva: se trata de delitos que atentan en contra de un mismo bien jurídico, el patrimonio económico, en su sentido lato y con todas sus implicaciones derivadas.

"La sistematización de estas formas delictivas no debe hacerse desmenuzando el bien tutelado en nuevas estructuras generales de tamaño más reducido, sino a través de elementos ajenos al objeto jurídico y pertenecientes, en cambio, a los distintos tipos. El elemento que habilite para clasificar, puede ser, por ejemplo, el carácter de mueble o inmueble del objeto material o el empleo de violencia o fraude en la comisión del delito" (20).

En toda protección jurídica hay un objeto o derecho o bien común y otro genérico... Pero hay también el específico que se deriva de una determinada figura penal.

El objeto jurídico común radica en la defensa social que corresponde al Estado; el jurídico genérico es el interés que protege a un conjunto de definiciones penales, unidas precisamente en función del bien que tute

(20) Sergio Politoff Lifschitz. "El Delito de Apropiación Indebida". Editorial Nacimiento. Santiago, Chile. 1957. p.23.

lan y en cuanto al interés jurídico específico es el que en cada delito se defiende.

Sin embargo y a pesar de estas consideraciones aceptadas por casi todos los tratadistas, son múltiples los criterios que se han establecido para la clasificación de los delitos en contra del patrimonio de las personas.

Recogemos a continuación las clasificaciones que han sido más generalmente aceptadas:

a) El penalista Ricardo C. Núñez RECOGE LA TESIS de Vincenzo Manzini y señala que el Código Italiano de 1930, en lo que se refiere al patrimonio económico, resguarda:

"a) La seguridad de la posesión de las cosas muebles contra el apoderamiento del interés asociado en determinados casos, referente a la seguridad o libertad de las personas; b) La inviolabilidad de la propiedad inmobiliaria o la seguridad de la posesión de las cosas inmobiliarias contra usurpaciones, los cambios arbitrarios, las invasiones o las turbaciones; c) la incolimidad de los bienes materiales, contra los hechos que suprimen, disminuyen o exponen a peligro la utilizabilidad, la productividad o el valor de los mismos bienes, cometidos con una finalidad que no transfiere esos hechos bajo otro título de delito; d) la inviolabilidad de los derechos patrimoniales en general contra los fraudes u otros abusos dirigidos a lograr provechos ilegítimos en dar lo ajeno; e) la inviolabilidad del derecho de propiedad en sentido específico contra los hechos de apropiación ilegítima por parte del poseedor y f) la prevención de nuevos perjuicios derivados al derecho de propiedad del hecho de la receptación, la cual conduce a ulteriores consecuencias de los delitos que violaron ese derecho" (21).

(21) Vincenzo Manzini. Cita de Ricardo C. Núñez en su obra "Delitos contra la Propiedad". Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951. pp. 24 y 25.

b) Von Liszt señala que la tutela penal dada por los delitos en -  
contra del patrimonio de las personas, que señala el Código Penal Alemán,  
se refiere a los derechos reales, a los derechos de ocupación y a los dere-  
chos de crédito (22).

c) Carmignani divide los delitos contra el patrimonio de las --  
personas en tres grupos:

- 1o. Delitos contra los bienes inmuebles;
- 2o. Delitos contra los bienes muebles, y
- 3o. Falsedad (23).

d) El maestro Carrara dice que

"Cabe dividir los delitos contra la propiedad según el criterio -  
de los diversos fines del culpable. Por lo tanto en la primera -  
división trataré de aquellas ofensas a la propiedad que procedan  
de avidez de lucro; en la segunda división discurriré acerca de  
aquéllas que procedan de ánimo de venganza" (24).

De un modo sumamente didáctico, Francisco Pavón Vasconce--  
los recoge la teoría de Ricardo C. Núñez y señala acertadamente que hay -  
tres características comunes a todos los delitos contra el patrimonio:

- 1o. El delito recae siempre en un bien;

- (22) Von Liszt. "Traité de Droit Penal". Ed. Roxuaix. París. 1961. T. -  
II. parágrafo 125.
- (23) Carmignani. "Elementi di Diritto Penale". Milán, 1956. pp. 376, --  
406 y 411.
- (24) Francisco Carrara "Programa di Diritto Penale". Roma, 1964. T. -  
IV. (parte especial), parágrafos 2014 y 2015, pp. 9 y 10.

2o. El autor es movido siempre por un interés específico, y

3o. El perjuicio a la propiedad debe ser "invito domino".

El criterio del Licenciado Pavón Vasconcelos es seguido por -- nuestro Código Penal vigente, conforme ya hemos señalado en otra parte -- de este trabajo (25).

### II.3. RESEÑA HISTORICA.

Estos delitos surgen como tales en cuanto se establece por diversos pueblos en la Antigüedad, la apropiación privada en sus más diversos aspectos.

Todos los tratadistas señalan que tanto en Babilonia como entre los israelitas, existían disposiciones que sancionaban a quienes atentaran en contra del patrimonio ajeno tanto privado como público: Códigos de Hammurabi y de Manú, "El Exodo" y el "Levítico".

Atenas y Esparta también dispusieron sanciones semejantes, -- pero nuestra tradición jurídica en esta, como en todas las materias, nos -- une a Roma y a sus leyes.

Roma nos legó el castigo del "furtum", vocablo que se deriva -- de los verbos "furare" "ferre", que se pueden traducir por "llevarse algo".

(25) Francisco Pavón Vasconcelos. "Comentarios de Derecho Penal" (parte especial). Editorial Jurídica Mexicana. 1964. México, D.F. p. 18.



Los romanos fueron estableciendo en el curso de decenios, la distinción entre el "furtum" como "contractio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve" (definición de Paula recogida del Digesto, libro XLVII, tít. ii, ley la. parágrafo III), respecto de otros delitos como el "plagium" (hurto de una persona libre), la "violatio pulcri" (despojo de cadáveres), el "stellionatus" (defraudación) y la "rapiña" (hurto cometido mediante violencia).

La definición de Paulo abarcaba así los siguientes casos:

1) El "furtum rei", que tenía lugar cuando con ánimo de apropiación, el agente disponía de las cosas ajenas;

2) El "furtum usus" en el cual quien tenía un derecho sobre la cosa extralimitaba éste, pero sin ánimo de apropiación;

3) El "furtum possessionis" que se cometía por el mismo propietario del bien, cuando lesionaba los derechos que otro tenía sobre la misma cosa;.

El concepto del daño también fue determinado y sancionado por Roma y así Mommsen señala que estos actos efectuados "sin animus lu--crand" incluían:

- a) Daños en los templos;
- b) Daños en los sepulcros;
- c) Daños en la propiedad pública, y

d) Daños en la propiedad privada.

Los germanos, al destruir el Imperio Romano, siguieron las -- pautas jurídicas del mismo, pero introdujeron innovaciones trascendentes; una de ellas fue la de señalar que la sustracción clandestina era el elemento característico del delito de hurto.

Amerita señalar otra aportación del Derecho Germánico: la -- distinción entre el hurto propio y el hurto impropio. Cuando la cosa hurtada se encontraba en manos del agente (hurto impropio) la penalidad era inferior a la del caso en que delincuente, sin consentimiento de su tenedor legít<sup>o</sup> t<sup>o</sup>mo, arrebatava la posesión de éste. De este modo los eventos de apropiación indebida (abuso de confianza en nuestra legislación actual) y fraude, -- quedaron comprendidos bajo la designación de hurto impropio.

En cuanto a la "estafa" (fraude) surgió de dos conceptos del -- Derecho Penal Romano: la "fa, sum" y la "exceptio doli". Se tomó en --- cuenta el engaño característico en la llamada "stellionatus" que era una especie de falsedad impropia, emparentada más al hurto impropio que al delito de "falsum".

Hubo que esperar hasta la Revolución Francesa (1791) para ver surgir, con la ley de 29 de septiembre de 1791, el abuso de confianza como un delito con perfiles propios. Hasta entonces el abuso de confianza estaba incluido en el "furtum" si bien haciendo notar su característica específica de "apropiación indebida".

No son muy claros los informes que tenemos sobre el Derecho Penal precortesiano entre nosotros. Cronistas e historiadores nos indican las costumbres observadas en los reinos de Acolhuacán, México y Tacuba en materia criminal. Lucio Mendieta y Núñez nos señala al efecto que nos ocupa los delitos siguientes (entre otros):

"Abuso de confianza: El que se apropiaba de un terreno ajeno -- que se le había confiado o vendía la propiedad de otro, era hecho esclavo.

Asalto: Los salteadores de caminos sufrían la pena de muerte.

Daño en propiedad ajena: El asesinato de esclavo ajeno, se castigaba con la esclavitud, pues el asesino quedaba como esclavo del dueño del occiso. La destrucción del maíz antes que madurara, se castigaba con la muerte.

Malversación de fondos: esclavitud,

Peculado: Pena de muerte y confiscación de bienes.

Robo: las penas que se aplicaban a los autores de este delito variaban según era la cosa robada, el valor de la misma y el lugar en donde se había verificado el robo. El que hurtaba cosa de poco valor era condenado a restituirla o pagarla; en caso de que no pudiese restituirla, ni pagarla, quedaba como esclavo del dueño de la cosa que había robado. El que robaba en un mercado era muerto a pedradas por los mismos mercaderes. -- El robo en un templo ameritaba la pena capital y sufría el mismo castigo quien robaba armas o insignias militares. El hurto de mazorcas de maíz, en número menor de veinte, se castigaba con multa y si eran más de veinte, con la pena de muerte" (26).

Durante la Colonia, en materia penal rigieron las siguientes -- disposiciones:

(26) Tomado de Lucio Mendieta y Núñez. "El Derecho Precolonial". Porrúa, Hermanos. México, 1937. pp. 26 y siguientes.

- 1) Recopilación de Indias;
- 2) Las Ordenes Reales;
- 3) El Fuero Real;
- 4) El Fuero Juzgo;
- 5) La Nueva y la Novísima Recopilación.

En todos estos textos, con mayor o menor precisión, se hace alusión a los que hoy llamamos "delitos contra las personas en patrimonio".

En el Fuero Juzgo, la alusión al hurto está un poco en penumbra. Saquemos de él que se habla del hurto que representa disponer de una cosa dejada en prenda.

En el Fuero Real se distingue entre "hurto mayor" y "hurto menor".

En las Partidas se dice textualmente que "el consentimiento -- del dueño sea real o putativo, excluye el hurto".

En la "Nueva Recopilación" todo el título XI del Libro VII trata de la represión

"de ladrones, y rufianes, vagamundos y egipcianos".

Con algunas modificaciones, estos mismos preceptos fueron recogidos por "Novísima Recopilación".

Las penas con que se castigaban las ofensas al patrimonio eran, según Rodolfo Reyes, las siguientes:

"Composición al cuádruplo: castigo al señor que robaba, que - además había de restituir la cosa robada.

Confiscación de bienes: castigo al usurero que por tercera vez prestare de ese modo dinero.

Servicio de galera: seis años de galera para el ladrón que robare por primera vez. Perpetuidad para los reincidentes.

Infamia: a los usureros y autores de hurto, robo, engaño o --- suerte"

Muerte: se imponía al moro que asaltaba o robaba en las fronteras de los reinos de España y a quienes, sin ser moros, cometieran tales hechos en los caminos" (27).

En relación ya con nuestro Derecho Penal actual hemos de señalar con Francisco González de la Vega que:

"Los antecedentes históricos que pueden ser utilizados para la explicación retrospectiva de nuestros preceptos legales vigentes en esta materia, son principalmente los principios del Derecho Romano acerca de las diferentes sustracciones de la propiedad (furtum) y las reglamentaciones francesa y española, la -- primera relativa al delito de robo y la segunda referente a hurto y robo" (28).

El delito de "abuso de confianza" como un delito específico propio y no simplemente como una circunstancia agravadora, fue creado entre nosotros por Martínez de Castro en el Código Penal de 1871, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 405 de dicho desaparecido texto legal. Martínez de Castro tomó esta nueva figura delictiva, como ya quedó -

(27) Memoria de entrada a la Real Academia de la Historia de España, por Rodolfo Reyes. Imprenta de la Academia, mayo de 1927, Madrid, España, pp. 3 y 4.

(28) Francisco González de la Vega, "Derecho Penal Mexicano" "Los Delitos". Obra citada. pp. 166 y 167.

dicho, es la Revolución Francesa, cuajado legalmente después en el Código Napoleónico de 1819.

En cuanto al delito de fraude propiamente dicho, ya hemos señalado su larga tradición. En realidad empieza a perfilarse con ciertos parecidos a su concepto actual en "Lex Cornelia de Falsis"; en esta ley se castigan las falsedades en los testamentos y en la moneda, pero conserva en este texto un fundamento de falsedad y no de falsía.

Poco a poco, a través de toda la etapa de vigencia de Derecho Germano, esta calidad de falsía se va apoderando del fraude para distinguir lo de hurto o simplemente del robo.

Tal es la herencia recibida del ayer: el fraude se identifica con el engaño, con el apoderamiento debido a la falsía.

Tal fue el sentido que recogió nuestro Código Penal de 1871 y que subsiste en el actualmente vigente.

## C A P I T U L O     I I I .

### EXAMEN JURIDICO SUSTANCIAL DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

#### III. 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Independientemente de la Legislación germana que al diferen--  
ciar al hurto propio del hurto impropio, según ya señalamos, sentó el ante--  
cedente mediato del abuso de confianza, este concepto fue considerado pri--  
mero como una "agravante de cualquier delito" por todas las legislaciones  
europeas anteriores a la Revolución Francesa.

Es en ella, donde nace el concepto del delito de "abuso de con--  
fianza" con contenido propio, según ya dijimos también.

Efectivamente, leemos en la Ley de 29 de septiembre de 1791, -  
bajo el rubro de "abuso de confianza" las expresiones siguientes:

"Quien fuera convicto de haber llevado a su beneficio o despado,  
efectos, mercancías, títulos u otros que implicarán obligacio--  
nes y descargos y cualesquiera propiedades mobiliarias que le -  
hubieran sido confiadas gratuitamente a cargo de venderlas, o -  
de representarlas, será castigado con pena de degradación cívi--  
ca".

Sergio Politoff Lifschitz, comentando al autor francés Boitard

dice que:

"Las palabras apropiación o distracción, indican el acto del --- agente por el cual dispone de la cosa como si fuera suya"

y agrega después que:

"las leyes francesas, juntamente con dar origen a la primera -- noción autónoma de apropiación indebida, designándola como -- "abuso de confianza" la incluyeron así como a la "estafa" (es- croquerie) y a la bancarrota (legalmente establecida) en el tí- tulo común de los fraudes (Código Penal de 1810) (29).

Paralelamente a esta denominación de "abuso de confianza" se ha empleado la de "apropiación indebida" para señalar este delito.

A continuación reseñamos el modo con que códigos europeos y - latinoamericanos tratan de este delito de "abuso de confianza" o de "apro- piación indebida":

1) Códigos Europeos.

a) Italia: dentro de los "Delitos contra el patrimonio median- te "fraude" (capítulo II del título XIII) se reprime la apropiación indebi- da en el artículo 646, de este modo: "El que para obtener para sí o para -- otros algún provecho injusto, se apropie el dinero o las cosas muebles aje- nas cuya posesión tenga, por algún título, será castigado, por querrela per- sonal, con reclusión hasta por tres años y con multa hasta por diez mil li---

(29) Sergio Politoff Lifschitz, "El delito de apropiación indebida", edito--- rial Nascimento, Santiago de Chile, p. 37 y 231.



bras. Si el hecho se cometiera a título de depósito necesario, se aumentará la pena. Se procederá de oficio, si ocurrieren la circunstancias indicadas en el apartado precedente o alguna de las circunstancias indicadas en el número 11 del artículo 61".

b) España: en la sección tercera (bajo el rubro "Apropiación indebida") del capítulo IV del título XIII (libro 2º) destinado a la represión de las defraudaciones, el artículo 535 dispone que "serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que en perjuicio de otro se apropien o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión o administración o por título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido. Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario".

c) Alemania: "Artículo 246. El que legalmente se apropie de una cosa que en todo o en parte pertenezca a otra, de la que sea poseedor — por cualquier concepto, no siendo por medio de un delito, será castigado — como culpable de sustracción fraudulenta con tres años de prisión como máximo o con seiscientos florines de multa, a lo sumo".

d) Basilea: "Artículo 140. Comete defraudación el que contra derecho se apropie de una cosa mueble que está en posesión o custodia".

e) Francia: "Artículo 408 (decreto legislativo de agosto 8 de 1935): "El que distraiga en perjuicio del dueño, del poseedor o del tenedor,

efectos, dineros, mercancías, billetes, libranzas o cualquier otro documento de obligación o descargo, que solamente se le haya entregado a título de locación, depósito, mandato o pignoración o préstamo de uno o por razón de un trabajo asalariado o no asalariado con la obligación de devolver o de darle un fin determinado, incurre en la pena prevista en el artículo 406".

2) Códigos Iberoamericanos.

a) Argentina: dentro de "las estafas y otras defraudaciones" el ordinal 2º del artículo 173 dispone: "El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

b) Brasil: el ocuparse de la "apropiación indebida" señala - el artículo 168 (Apropiación indebida). Apropiarse de cosa ajena mueble, - de la cual el autor tiene la posesión o tenencia. "Pena: reclusión de uno a cuatro años y multa de quinientos mil reis a diez de reis.

1º. (Aumento de pena): la pena se aumenta en un tercio cuando el autor recibió la cosa:

- I. En depósito necesario;
- II. En calidad de tutor, curador, síndico, liquidador, inventariante, albacea testamentario o depositario judicial;
- III. En razón de su oficio, empleo o profesión".

c) Costa Rica: al tratar de la estafa y otras defraudaciones, - el ordinal 2º., del artículo 282 dispone lo siguiente: "El que con perjuicio de otro negare haber recibido o se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, no estando en este último caso físicamente impedido para ha---

cerlo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

d) Cuba: en el capítulo V del título XIII, destinado a la "Estafa, chantaje y otros engaños", el ordinal 4º, del artículo 550 dispone: -- "El que en perjuicio de otro se apropiare o distrajera dinero, efectos o --- cualquier otro objeto mueble, que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por otro título cualquiera que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negare haberlos recibido".

e) Ecuador: al tratar de las estafas y otras defraudaciones, -- dispone el artículo 537 lo que pasamos a transcribir: "El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, -- mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condi--ción de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cincuenta a cien sucres"

f) Guatemala: en el párrafo V del título XIII, el cual se ocupa en la estafa y otros engaños, el ordinal 5º del artículo 419 señala: "Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cual--quiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o ad--ministración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla o negaren haberla recibido".

g) Panamá: al tratar de las apropiaciones indebidas, preceptúa en el artículo 367 que "el que se apropie, en provecho suyo o de un --- tercero, una cosa que pertenece a otro, y que se le confió o entregó con la obligación de restituirla o de darle aplicación determinada, incurrirá, si -- el agraviado le acusa o denuncia, en reclusión por quince días o dieciseis -- meses, y multa de diez a cien balboas".

h) Perú: en el título II ("Apropiaciones ilícitas") de la sección sexta, se dice lo siguiente: "Artículo 240. El que en provecho propio o de un tercero se apropiare indebidamente una cosa mueble, una suma de dinero o un valor que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, será re-- primido con prisión no mayor de seis años, ni menor de un mes".

"La pena será penitenciaria no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses, si el delincuente hubiere obrado en calidad de guar-- dador o en el ejercicio de una profesión o de una industria para la cual tu-- viere título o autorización oficial".

"Artículo 241. El dueño de una cosa mueble que la sustrajera -- de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero, será reprimido con prisión no mayor de seis años ni menor de un mes".

"Artículo 242. Será reprimido con multa de la renta de tres a -- noventa días:

1º) El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca, o un tesoro, y si se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente - al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil".

2º) El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito, o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad.

3º) El que vendiere la prenda sobre la que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella sin las formalidades legales.

i) Uruguay: en el capítulo IV ("Delitos contra la propiedad - mueble, de la que se está en posesión") del título XIII (libro 2º), se dice: "Artículo 351 (apropiación indebida). El que se apropiare, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u otra cosa mueble, que le hubiere sido confiada o entregada por cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella, será castigado -- con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría".

j) Venezuela: el ocuparse en la apropiación indebida, señala en el artículo 468: "El que se haya apropiado en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de seis meses a cuatro años, por -- acusación de la parte agraviada".

### III. 2. CONCEPTO E INTERES JURIDICO

#### T U T E L A R .

En la base del delito de abuso de confianza está la apropiación-- de una cosa mueble ajena con la firme intención de no devolverla siempre -- que ésta haya sido entregada por un título no traslativo de dominio.

Por lo tanto, son dos las características que de esta definición se derivan:

1. La disposición del bien por el agente.
2. El uso indebido de dicho bien.

Señalemos entonces que si la cosa no ha salido del ámbito de -- custodia o vigilancia o del poder de disponibilidad del sujeto pasivo, el apoderamiento a que se hace referencia anteriormente no tipifica el delito de -- abuso de confianza.

A este respecto, leemos en Ernesto J. Ure:

"La custodia es el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derecho habiente" (30).

La custodia puede ejercerse de varios modos y por lo tanto in--

(30) Ernesto J. Ure. "El delito de apropiación indebida" Editorial Ideas, Buenos Aires, 1947. p. 68.

fringirse también de diversas maneras. Puede por ejemplo, ser ejercida directa y físicamente sobre las cosas y puede también llevarse a cabo a la vista y al alcance directo del derecho habiente, pero hallándose ya el bien en manos del agente.

La custodia que no es visual y continua subsiste aunque el derecho habiente no está frente a la cosa y también existe la que mantiene al tradente de lo contenido en una arca cerrada conservando la llave correspondiente y la que se constituye con medidas especiales, estando o no el bien bajo la directa vigilancia del derecho habiente.

Como puede verse son muchas las formas de custodia y por lo tanto muy diversas las acciones de abuso de confianza que pueden producirse.

Hablando de la estafa de disponibilidad o de actividad, Biago Petrocelli dice:

"Hay numerosos e importantes casos en los que el propietario no tiene forma de custodiar la cosa transferida a otra. Pero -- conserva el gobierno, por así decirlo, de la misma cosa. Consideramos el caso del empleado de tienda que se apropia de las cosas existentes en el establecimiento y del doméstico que se -- apropia de las cosas contenidas en la casa de la cual el patrono se ha alejado momentáneamente dejando la llave. Aquí no existe la custodia del propietario y hasta puede decirse que las cosas se hallan bajo la custodia del empleado y del doméstico. -- Sin embargo, se ha considerado y con razón, que en estos casos existe hurto y no apropiación indebida. La cosa ha salido de la esfera de custodia del propietario u otro derecho habiente, pero ha quedado en el ámbito de otra esfera en la cual todavía rige e impera en varias formas, la persona del propietario ha quedado subordinado a su acción; ha quedado en suma en su esfera

de actividad" (31).

Ure, señala también que el agente no ha recibido la tenencia de la cosa ajena cuando esa misma cosa:

- "a) Permanezca en la esfera del derecho habiente.
- b) Permanezca en la esfera de actividad del derecho habiente. Y viceversa habrá que considerar que la tenencia se le ha transmitido, cuando salida la cosa de aquellas condiciones, se le haya dado al agente un poder autónomo sobre la cosa que puede ser:
  1. En interés exclusivo del derecho habiente (por procuración), como lo es por ejemplo el depósito.
  2. En interés exclusivo del agente (interesado) como lo es -- por ejemplo la prenda.
  3. De uso y goce de la cosa ajena, por ejemplo como lo son, -- el comodato y el usufructo, y aún de disposición, como lo puede ser, en ciertos casos, el mandato.

En estas últimas situaciones la acción dolosa del agente con respecto a la cosa ajena no importará una sustracción, sino una -- verdadera apropiación.

La distinción de la tenencia a los fines penales reside pues en la permanencia o no de la cosa en la esfera de custodia y en la esfera la actividad del derecho habiente". (32).

A todo poder corresponde una obligación; a la custodia o uso, -- la obligación de restituir a la de disposición la obligación de dar a la cosa -- el destino convenido. A veces ambas obligaciones son sucesivas y el comodatorio que después de haber usado una cosa mueble debe devolverla, en lugar de hacerlo se queda con ello.

Pero entendamonos: si el dolo es anterior y determinante de la

- (31) Biago Petrocelli. (L' apropiazione idebita) Alberto Morano Nápoles, -- 1933. p. 225.
- (32) Ernesto J. Ure. "El delito de apropiación indebida" Editorial Ideas. Buenos Aires. Obra citada. p. 76 y 77.



empresa hay delito de fraude y no de abuso de confianza pues la base de este es que la cosa se encuentre en poder del agente en virtud de un acuerdo, de un título no traslativo de dominio sin que para ello el delincuente haya inducido en error al sujeto pasivo mediante engaños o artificios determinados por un propósito de lucro ilícito.

Debemos asistir en este aspecto: el abuso de confianza como -- agravante de cualquier otro delito no se identifica con el delito de abuso de confianza.

Si por ejemplo, un doméstico, aprovechando su situación de tal se apodera de un bien de su patrono, la víctima no le había concedido a dicho doméstico la custodia del bien hurtado y entonces no hay delito de abuso de confianza sino que se trata de un robo con la agravante de no corresponder a la confianza que como doméstico se le había otorgado al agente.

En el abuso de confianza la tenencia debe ser causada, jurídicamente por cualquiera de los títulos que transmiten esa posesión precaria sin transferir el dominio, lo cual constituye por lo tanto el presupuesto material de esta infracción.

Las condiciones de esa tenencia pueden ser resumidos del modo siguiente:

1. Debe haber sido obtenida de un modo no delictuoso. Si se utilizó la violencia o el engaño o el agente sustrajo la cosa mueble ajena, habrá otro delito que puede ser robo, fraude

pero desde luego no existirá el abuso de confianza.

2. El tradente debe haber obrado con conciencia y con voluntad.

Debemos entender que esta condición equivale a la capacidad entendida en el alcance del derecho penal y no del derecho civil.

El menor de edad, el imbecil, el enfermo mental no pueden realizar actos productivos de consecuencias jurídicas penales porque no tienen capacidad legal para ello.

Pe ro aclaremos que si bien no tienen capacidad activa si pueden ser sujetos pasivos de un delito que puede tipificarse como abuso de confianza.

Por otra parte la relación jurídica que es el título para la posesión de la cosa ajena no puede ser algo teórico sino que debe ser algo existente efectivamente entre las partes. La eventual presencia de defectos de forma aunque pudieran quitar al vínculo su plena eficacia jurídica no priva al mismo de la aptitud para constituir el presupuesto del delito de abuso de confianza siempre y cuando la traslación de la cosa se haya efectuado y haya tenido lugar el surgimiento de la obligación de la restitución o del uso de terminado.

Sergio Politoff escribe a este respecto:

"A nuestro entender el efecto retroactivo de la nulidad puede bo-

rrar las abstracciones jurídicas, pero no los hechos físicos --- realmente acaecidos. Tan cierto es esto que la declaración de nulidad obliga a restituir reconociéndose en esta forma lo que --- ninguna ficción podría desvanecer: los efectivos desplazamientos físicos de las cosas.

Ahora bien, quien recibió (hecho material) y tiene, podrá ver como desaparece el título que causó jurídicamente su tenencia, de la misma manera que las obligaciones emanadas de dicho --- contrato (la de devolver inclusive), pero subsistirán en él las --- circunstancias material y de recepción, y su consecuencia también material, la tenencia de una cosa que no le pertenece.

Creemos fuera de duda que el recibir una cosa ajena (aunque --- desaparezca, por efecto de la nulidad, el título que explicaba la entrega y le servía de causa jurídica), es un hecho voluntario lícito y no convencional. Seguidamente a menos de aceptar un enriquecimiento sin causa forsoza será de convenir en que esta --- mena recepción sin título (que desde luego no es modo de adquirir el dominio), crea por lo menos una obligación: la de devolver dicha cosa ya que el retenerla importaría una alteración de la normalidad jurídica de las relaciones patrimoniales.

De lo expuesto resulta que, referidos a una misma obligación, --- existen diversos niveles de carácter jurídico que pueden de un modo u otro servir para el surgimiento del delito estudiado. --- Desaparacido el título convencional (contrato), por razón de nulidad, emerge un título subyacente el mero hecho lícito no convencional (cuasicontrato) que viene a desempeñar el papel de --- fuente de la obligación de devolver. No existe entonces solución alguna de continuidad que pudiera sugerir que no hubo delito en quien se apropió de una cosa ajena durante la vigencia de --- un contrato ulteriormente anulado, por faltar a la obligación --- que al ser quebrantada, induce al funcionamiento del tipo" (33).

3. La tenencia debe darse en el momento de la apropiación o del uso indebido, porque resulta claro que la posesión que alguien tuvo de --- una cosa, que ya no está en su poder por devolución al tradente, no lleva a calificar su apoderamiento posterior como abuso de confianza.

(33) Sergio Politoff. "El delito de apropiación indebida". Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. pp. 142 y 143. Obra ya citada.

El profesor José Irureta Goyena pone el siguiente ejemplo:

"Un joven amuebla una casa e instala en ella a su amante sin regalarle los muebles. La dama, en pleno concubinato, los vende desapareciendo con su importe. He aquí una apropiación indebida. Es el delito de Manón, la simpática cortesana a quien una indelicadeza de esa índole le valió la deportación y luego la muerte en los desiertos de Nueva Caledonia. La dama tiene -- principios y en vez de desvalijar a su amante en plena embriaguez amorosa, espera a la terminación de las relaciones y a su salida definitiva de la casa. Este despojo es un hurto. En el -- primer caso la mujer se ha apropiado de las cosas de que era -- comodataria. En el segundo, ha cometido una verdadera sustracción, contra la voluntad del dueño, No importa que la posesión y la desposesión se sucedan: una hora tiene el alcance de -- un siglo respecto de hechos cuya clasificación es independiente, sino del tiempo, por lo menos de su duración" (34).

Cabe ahora plantear la siguiente pregunta: dentro de los distintos intereses que comprende el Patrimonio económico, ¿cuál es el que tutela la norma que reprime el abuso de confianza?

No creemos que sea nada más el dominio por cuanto el tradente y sujeto pasivo del delito puede no ser el titular del derecho de propiedad, -- como cuando el usufructuario, el comodatario o el acreedor prendario entregan a otro el bien en calidad de depósito o para que lo restituyan a su -- dueño y ese tercero se lo apropia.

Manzini, tomando en consideración esa posibilidad señaló que -- en la apropiación indebida se ofende la propiedad "o cualquier otro derecho

(34) José Irureta Goyena. "Delitos de apropiación indebida" Daños, usurpación, lesiones personales, infanticidio, Editorial Casa A. Barreiro y Ramos S. A., Montevideo, 1929. p. 47.

sobre la cosa" (35).

A través de un proceso de eliminación de todos los elementos variables habrá que aislar un elemento que no se pueda suprimir porque concurrirá en todos los casos. Ese será el objeto del delito que nos ocupa: la obligación de entregar o devolver constante e invariable, sea quien fuere el titular del "derecho a la restitución" consecuente a la mencionada obligación; es decir, del derecho que autoriza a exigir de lo obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena.

En resumen, que a nuestro juicio la objetividad jurídica del delito de abuso de confianza está constituida por el derecho del tradente a que el bien mueble le sea devuelto (restitución) o se le dé el fin o uso convenido.

### III. 3. CONDICIONALIDAD DEL ABUSO DE CONFIANZA.

El presupuesto del delito del abuso de confianza es la tenencia de la cosa mueble ajena en el momento de la apropiación concedida por la víctima en razón de uno de los títulos que imponen al poseedor precario la obligación de restituir o de entregar a otro el bien o de darle el destino convenido. Este delito se consuma entonces con la apropiación que el agente lleve a cabo en provecho suyo o de un tercero de la cosa recibida o con el uso indebido

(35) Vincenzo Manzini. "Trattato di Diritto Penale, secondo il Codice del 1930". Tomo IX. pp. 716 a 719.

de la misma con perjuicio de un tercero también.

Así se infiere evidentemente del contenido tanto del artículo -- 382 de carácter genérico como del artículo 383 del Código Penal vigente.

Siendo el dolo posterior al acto o relación jurídica que fundamenta la entrega del bien mueble y al hecho de que éste quede en el ámbito de custodia, vigilancia o disponibilidad fáctica del agente, es evidente que la entrega de la cosa por un título no traslativo de dominio no forma parte de las condiciones típicas del abuso de confianza, sino que constituyen un presupuesto de la infracción.

Hay que tener presente que en todo delito la acción psíquica es la que orienta y guía a la acción física; en la apropiación indebida el dolo, representado por la acción psíquica, no precede a la entrega sino que le es posterior.

Por lo tanto, en esta materia de la tipicidad del abuso de confianza sólo procede estudiar los conceptos de apropiación de cosa mueble ajena y de provecho propio o de un tercero.

Estos dos elementos son los que tienen que ser analizados como formación evidente de la tipicidad que nos ocupa.

### III. 3. a. La Apropiación.

"Apropiarse de una cosa, es establecer sobre de ella relación

equivalentes o análogas a las del propietario (conducirse como si se fuese propietario) sin la intención de devolverla".

Tal es el criterio seguido por la mayor parte de los tratadistas para considerar las características de la apropiación (36).

Desde luego, cada autor ha establecido su propio criterio con respecto a la apropiación. Pero todas las tesis sustentadas se resumen en tres tipos que Civoli resume del modo siguiente:

"a) Los que sostienen que apropiarse de una cosa significa hacerla propia, es decir, sacarla del patrimonio ajeno, con la intención de no restituirla; en realizar sobre la cosa ajena, cuya posesión se tiene, una potestad propia del derecho de propiedad, de manera de privar de la misma al propietario, significa hacerla entrar en el dominio propio. Se verifica mediante la inversión del título de posesión, mediante la cual el agente da a la cosa un destino incompatible con el título o razón jurídica por el cual la posee; significa no solamente hacer entrar la cosa en el dominio propio...; significa hacerla entrar en su propio dominio, lo que, en el delito en examen se verifica merced a la interversión de la posesión."

"Las definiciones que he agrupado en este tipo no son recomendables", puesto que "encierran un error que las invalida: la propiedad no pasa al agente ni se pierde para el paciente por efecto de la apropiación indebida. Entre los medios admitidos por el Código Civil para la adquisición del dominio, no figura la apropiación indebida. Por eso, bien dijo Garçon que el poseedor infiel puede pretender convertirse en propietario, pero que esa pretensión, condenada por el título, es jurídicamente irrealizable.

b) Una segunda tendencia toma como punto de referencia no ya el concepto de dominio, sino el de disposición, y expresa que apropiarse una cosa significa privar al titular del derecho del

(36) Marciano, Manzini, Saltelli, Romano Di Falco, Maggiore, Angelotti, Civoli en sus diversas obras siguen más o menos este criterio.

poder de disposición (Verfügungsgewalt) sobre la misma cosa, y sustituirlo por el propio, o sea reemplazar con el propio señorío absoluto el ajeno, cesando de poseer ánimo alieno y comenzando a poseer animo rem sibi habendi uti dominus. Tal definición ha sido objeto, asimismo, de justa crítica, ya que si poder de disposición se entiende como sinónimo de señorío, de hecho el agente, desde el origen de la relación contractual, ya tiene ese poder de disposición material. Y si el poder de disposición, no podrá decirse que la apropiación consista en privar de ese derecho, puesto que el derecho no puede ser eliminado por el ilícito del poseedor.

c) Por eso considero más acertados a aquéllos que consideran que la apropiación de la cosa ajena no es un acto de adquisición de la propiedad ni de privación del poder de disposición al derecho habiente, sino un acto de disposición cumplido sobre la cosa como si ésta fuese propia.

Sin embargo, encuentro que este concepto es todavía incompleto, pues una persona puede conducirse respecto de una cosa como si fuese propia, sin que tal conducta trasunte necesariamente apropiación. El depositario, por ejemplo, que usa o presta la cosa depositada, se conduce, indiscutiblemente, como si fuese propietario, pero no por ello tendrá que concluirse en que se habrá apropiado de la misma cosa.

La definición que es también la de muchos otros tratadistas, debe ser integrada con un elemento conceptual que fije con mayor exactitud el de apropiación. Y, en ese sentido, diré que, a mi juicio, apropiarse de una cosa es establecer sobre ella relaciones equivalentes o análogas a las del propietario (conducirse como si fuese propietario), sin la intención de devolverla" (37).

De todo lo transcrito se infiere terminantemente que la falta de intención de devolver el bien es indispensable para que pueda configurarse la apropiación. Si existe en el sujeto activo del delito el ánimo de uso transitorio de la cosa, pero no el de apropiarse de ella, evidentemente no se habrá configurado el delito de abuso de confianza tal como queda definido en el

(37) Civoli. Trattato di Diritto Penale. Giaro Milano. T.IV. p. 687.



artículo 382 del Código Penal vigente entre nosotros.

Tal es el criterio que mantiene también el penalista español Antonio Ferrer Sama, cuando dice que:

"En "el animus rem sibi habendi", manifestado en algún acto externo es donde reside la esencia de la apropiación" (38).

Entonces la apropiación del bien ajeno, en retención, o la negativa a devolverlo o a su distracción, no constituyen la verdadera apropiación si en el agente activo del delito no aparecen el "animus rem sibi habendi" y en cambio se demuestra que el sujeto activo señalado fue impulsado por otros motivos distintos.

En resumen, que el deseo de retener para sí la cosa ajena cuya posesión se tenía está en la base de toda la configuración del delito de abuso de confianza.

La apropiación entonces se manifiesta por la no restitución precedida, desde luego, por la negativa a devolver o también por la afirmación falsa del agente de no haber recibido la cosa y en cuanto a las formas que reviste o los medios para cumplirla se señalan la consunción, la enajenación, la distracción y la retención.

La consunción ocurre desde luego con las cosas consumibles, -

(38) Antonio Ferrer Sama. "El Delito de Apropiación Indebida". Publicaciones del Seminario del Derecho Penal de la Universidad de Murcia. 1945. p. 53.

es decir, con las que la existencia de las mismas termina en su primer uso y también con las que son fungibles, pero respecto de las cuales se cumple una alteración o transformación de su substancia, que las hace perder su individualidad. Por ejemplo, en cuanto a las primeras, se pueden mencionar al dinero y las substancias alimenticias, y en cuanto a las segundas un objeto de oro que se ha depositado y que el depositario funde.

La enajenación abarca todos aquellos actos por los cuales se -- traspasa el bien a un tercero, como la venta, la permuta, la donación, seguidas de la entrega.

La distracción se presenta cuando el sujeto activo da al bien un destino diferente del señalado por el tradente, de modo que ponga de manifiesto el "animus rem sibi habendi" del agente.

La retención consiste en la expresión terminante de la voluntad del agente de quedarse definitivamente con la cosa recibida, sin derecho alguno a dicha retención.

### III. 3. b. El Uso Indebido.

El algunas legislaciones, como por ejemplo en la colombiana, -- se considera como atenuante del delito de abuso de confianza el uso indebido que no llegare a la apropiación. En nuestra legislación este aspecto no queda perfectamente aclarado, ya que el artículo 382 nada más señala la pena -- para aquel "que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de --

cualquier cosa ajena mueble" y consideramos que en este concepto de disposición queda comprendido tanto el uso indebido como la apropiación.

Desde luego, este uso indebido a que se refieren algunas legislaciones no es el uso consuntivo, sino el uso transitorio que no consume el bien en manos del sujeto activo del delito.

Cabe la duda de señalar si nuestra legislación positiva sólo reprime como abuso de confianza los actos de apropiación y no los de uso indebido.

En estos casos sería evidente que el simple uso de la cosa mueble, sin que surja el "animus rem sibi habendi" y sin que ocurra la consumación de ella no constituye dicho delito, así se ocasione un daño económico a otro y el agente obtenga una utilidad de ese mismo carácter.

Ni Francisco Pavón Vasconcelos ni Francisco González de la Vega aclaran de una manera determinante si nuestro código castiga el "uso indebido" como abuso de confianza. El problema radica a nuestro juicio en señalar qué quiere decir nuestro legislador cuando habla de "disponer" para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.

"Disponer" significa tomar para sí utilizar una cosa y en este término gramatical a nuestro juicio queda comprendido tanto la apropiación como el uso. Por ejemplo, si una persona deja en un taller su automóvil y cualquier empleado de dicho taller lo saca para pasearse de dicho local, --

aunque no le cause daño al automóvil, el sólo hecho de "disponer" de él es -  
a nuestro juicio un abuso de confianza.

Sin embargo, es evidente que la ley resulta incompleta y que -  
sería preferible que se especificara claramente que no solamente la apro-  
piación sino también el uso puede determinar el delito de abuso de confian-  
za.

Francisco González de la Vega señala cuáles son los actos jurí-  
dicos de los que pueden surgir delitos de abuso de confianza y enumera los  
siguientes:

1. El arrendamiento especificado en los artículos 2398 y 2425 del Código Civil.
2. El comodato, señalado en el artículo 2497 del Código Civil.
3. El depósito, en sus diversas acepciones de depósito civil, -- depósito mercantil, depósitos bancarios en sus diversas -- formas y depósitos de mercancías en almacenes generales.
4. El mandato definido por el artículo 2572 del Código Civil.
5. La comisión mercantil señalada por el artículo 273 del Código de Comercio.
6. Las diversas prestaciones de servicios señaladas por el Có digo Federal de Trabajo y por el Civil.

7. Señalada por el Artículo 2856 del Código Civil.
8. Ciertas modalidades rescisorias de la compra-venta, que originan una condicional restitución de la cosa.
9. La tutela, el albaceazgo y la sindicatura y después los diversos tipos de secuestros (39).

### III. 4. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación que pueden operar en el delito de --  
abuso de confianza son las siguientes:

1. El estado de necesidad.
2. El ejercicio de un derecho.
3. El cumplimiento de un deber.
4. El consentimiento de lo ofendido.

El estado de necesidad está definido por la fracción IV del artículo 15 de la Ley y se fundamenta en la salvaguarda de un bien de mayor garantía a aquel que está amenazado.

Desde luego, no es el delito de abuso de confianza muy aceptable al estado de necesidad porque implica un engaño, un ardid que no es característico de aquél que tipifica a la necesidad propiamente hablando. Pero

(39) Ver a este respecto a Francisco González de la Vega. Derecho Penal-Mexicano. Porrúa. 10a. Edición. México 1970. pp. 235 a 240.

el mencionado artículo 15, en su fracción IV, es de genérica aplicación y -- por lo tanto puede ser alegado como justificante para el abuso de confianza. A este respecto, Francisco Pavón Vasconcelos dice:

"Habría 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 (40).

Las otras dos causas de justificación aparecen tan perfectamente lógicas que casi no han menester de explicación alguna: es indudable que deben serlo tanto el "ejercicio de un derecho" como el "cumplimiento de un deber".

En ambos casos, no puede existir antijuricidad de ninguna especie.

¿Puede existir consentimiento del ofendido en el delito de abuso de confianza? ... Con todo respeto, contra lo que expresan algunos tratadistas - especialmente Pavón Vasconcelos -, por algo de lo que luego hablaremos: el delito de abuso de confianza es delito de querrela, conforme a nuestra ley vigente. Por lo tanto, si ha habido consentimiento de la parte ofendida, difícilmente se habrá producido la denuncia de la parte ofendida, porque parece lógico que el consentimiento se haya producido al realizarse el presunto delito.

(40) Pavón Vasconcelos. Comentarios de Derecho Penal (parte especial).- Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964. p. 122.

En tales casos, a nuestro parecer resulta muy poco explicable que haya surgido la denuncia habiendo existido el consentimiento. Sin embargo, puede darse el caso de que tras de producirse el consentimiento, el sujeto pasivo de la apropiación abusiva se desdiga y haya que probarlo judicialmente. Una hipótesis remota, pero desde luego posible.

Aclaremos también algo substancial: el consentimiento al que nos referimos, es desde luego el que puede ser causa de justificación; el que surge después de iniciado el procedimiento penal es, a nuestro juicio, -- equiparable al perdón característico de todos los delitos de querrela.

Llegamos así a un punto aferente aunque no referente a las causas de justificación.

El artículo 385 señala que el delito de abuso de confianza solamente se perseguirá a petición de parte ofendida, siendo aplicables en lo -- conducente los artículos 377 y 378.

Realmente la referencia a los artículos 377 y 378 "en lo conducente", no nos parece muy clara: el primero de esos artículos habla del robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo y el 378 se refiere a robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su -- yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijas--tra o viceversa, por un hermano contra su hermano...

¿Qué es lo conducente en el caso? ... Evidentemente que nada más la condición de que el delito solamente puede perseguirse a petición de--

parte ofendida.

Entre las causas de extinción de responsabilidad penal, Capítulo III del Título Quinto del Libro Primero, artículo 93, se señala el perdón y consentimiento del ofendido.

En dicho artículo, que se dice textualmente:

"Artículo 91. El perdón o consentimiento del ofendido extingue la acción penal cuando concurren estos requisitos:

I. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela.

II. Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público..."

El fundamento del delito de querrela frente al de oficio debe estar determinado, evidentemente, porque el bien lesionado reviste un carácter privado que priva sobre el interés público que lleva al legislador a determinar cualquier delito.

El delito de "abuso de confianza" evidentemente es grave porque implica "astucia", "acción peyorativa" y porque las condiciones sociales de nuestro mundo actual, con complejidad económica, favorece notablemente su realización.

A pesar de estas consideraciones, el delito de abuso de confianza exige querrela y con ello desaparece casi su calidad de delito para con-



vertirse únicamente en una presión para la restitución del bien retenido.

### III. 5. LA INCULPABILIDAD EN EL ABUSO DE CONFIANZA.

Jiménez Asúa señala que en el delito de abuso de confianza son dos las causas de inculpabilidad, una genérica y otra general con alcances supralegales.

El maestro español determina que la genérica se subdivide en:

- "a), de hecho y de derecho;
- b), eximentes putativas, y
- c), obediencia jerárquica."

Y en cuanto a la general, la señala como

"No exigibilidad de otra conducta" (41).

Ahora bien, para que el error de hecho pueda ser causa de inculpabilidad es preciso que reúna las condiciones siguientes:

- 1) Esencial e...
- 2) Invencible.

Respecto a estos puntos, Pavón Vasconcelos dice lo siguiente:

(41) Luis Jiménez Asúa. "La Ley y el Delito". Buenos Aires, 1954. 2a. Edición. p. 419.

"Si el error es inesencial no destruye la culpabilidad; igual su cede cuando es vencible. En el supuesto primer caso, el sujeto es plenamente culpable a título de dolo; en el segundo a título de culpa, cuando esta especie de culpabilidad pueda funcionar según la naturaleza del delito de que se trate" (42).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por error esencial y qué por invencible?

El error es esencial cuando recae sobre algunas de las circunstancias de elemento del tipo, de los justificantes, de los agravantes, y es invencible cuando por las circunstancias en que el delito se comete, el agente activo está absolutamente imposibilitado de entender lo injusto de su conducta.

En el delito de abuso de confianza son muchos los casos que pueden presentarse de errores esenciales e invencibles y al Juez toca, en todo caso, investigar si estas causas de inculpabilidad existen.

En lo que se refiere a la no exigibilidad de otra conducta, razón tiene Pavón Vasconcelos cuando al respecto dice:

"Por cuanto a la no exigibilidad de otra conducta siguiendo nuestro criterio de admitir su operancia tanto en las acciones culpadas (imprudenciales) como dolosas (intencionales), 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 -

(42) Francisco Pavón Vasconcelos. "Comentarios de Derecho Penal" (parte especial). Obra citada. p. 126.

se parta de la base de aceptar, como fundamento de la culpabilidad la teoría normativa" (43).

### III. 6. EL ABUSO DE CONFIANZA IMPROPIO.

El artículo 383 de nuestro Código Penal equipara al delito de -- abuso de confianza con ciertos actos que en realidad jurídica no lo son. Efectivamente, dice dicho precepto:

"Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

- I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;
- II. El hecho de disponer de la cosa depositada o sustraerla al depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo;
- III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad".

Con respecto al concepto I de este artículo, Antonio de P. Moreno dice:

"El propietario de la cosa puede quedar en poder de ella, cuando le ha sido embargada, en calidad de depositario. De esta manera conserva la tenencia y el dominio de la cosa. Sus derechos de propiedad, no obstante, están restringidos por el mandato judicial. Y la tenencia que de la cosa conserva, no es consecuen-

(43) Francisco Pavón Vasconcelos. "Comentarios de Derecho Penal" (parte especial). Obra citada. p. 127.

cia ya de su carácter de propietario, sino del depositario que se atribuyó. Técnicamente, no puede configurar la disposición que de la cosa haga el propietario de ella, el delito de abuso de confianza, porque aun cuando sea en forma restringida conserva la tenencia y el dominio de la cosa. La ley, sin embargo, -- para no dejar sin sanción la injusta lesión que el dueño de la cosa causa a los derechos de otro, a tener garantizado el pago de las prestaciones reclamadas y su preferencia en el mismo, --- sanciona el acto de disponer o distraer la cosa su propietario, - que sea el depositario judicial de la misma, con la pena aplicable para el abuso de confianza" (44).

Con respecto a la fracción II del arriba mencionado artículo, la equiparación ya no se hace con respecto al depositario que fuera propietario de la cosa, sino en relación a cualquier depositario judicial.

Y en el fondo aquí no existe "equiparación" sino que realmente el abuso de confianza existe, puesto que un depositario no propietario de la cosa sí recibió la tenencia y no el dominio de la cosa depositada a su custodia.

La fracción III no es ni remotamente un delito que pueda clasificarse como "abuso de confianza" ... Se trata de equiparación para evitar el abuso que se ha cometido y se sigue cometiendo, para obtener la libertad caucional de los procesados.

Otra equiparación del delito de abuso de confianza está contenido en el artículo 384 de nuestro Código que dice:

(44) Antonio de P. Moreno. "Curso de Derecho Penal Mexicano". p. 84. -- Editorial Jus. México, 1944.

"Se reputa como abuso de confianza la ilegitimidad de una cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

La retención indebida, tal como arriba queda expuesta, configura el delito por la ilícita posesión de la cosa retenida, lo que evidentemente tampoco queda incluido dentro de los lineamientos generales del abuso de confianza.

## C A P I T U L O   I V .

### EXAMEN JURIDICO SUSTANCIAL DEL

### F R A U D E .

#### IV. 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

En el curso del tiempo el fraude ha recibido diversas denominaciones hasta llegar a la que le otorga el título XXII capítulo 3º., artículos - 386 a 390 de Nuestro Código Penal.

Los romanos llamaron a esta figura de delito "stellionatum" - sin duda tomándola por el color de un pez de ese nombre fundamentalmente cambiante. El "stellionatum", según:

"Era una impostura encaminada a la obtención de un rubro indebido y capaz de engañar y causar perjuicios al diligente padre - de familia..." (45).

El "stellionatum", en realidad quedaba comprendido dentro de -

(45) Sebastián Soler . "Derecho Penal Argentino, T. IV  
p. 321. Buenos Aires, 1946.

otras formas de delito y era más bien un género que una determinación específica.

En la legislación francesa se ha empleado la palabra "scroquerie" cuyas características coinciden más o menos con lo que nosotros llamamos fraude y en muchos otros códigos se llama estafa.

Los italianos han empleado mucho para designar este delito la palabra "truffa". La etimología de este vocablo a nuestro juicio viene de un arcaísmo francés-truffe de donde Moliere tomó la palabra "tartuffe" que sirvió de nombre a una de sus más famosas comedias.

El término "fraude" que utiliza nuestro Código es equivalente al de las otras acepciones y queda definido en el artículo 386 de nuestro Código en los términos siguientes:

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

Después de esta definición genérica nuestro Código especifica en el artículo 387, 20 fracciones en donde se detallan hechos que deben ser considerados como fraudes a los efectos de la Ley.

En los Códigos de 1871 y 1929, el delito de fraude era definido genéricamente y se llama estafa en el Código de 1929. La definición tenía un carácter general que varió en el Código de 1921 estableciéndose una diferencia entre fraude genérico y fraude específico que no existía anteriormente.

te.

La denominación que se da al fraude no es unánime puesto que en otro Códigos se le da el nombre de estafa.

Antes de seguir señalemos nuevamente la diferencia fundamental entre abuso de confianza, estafa y robo, aunque los tres sean delitos -- que afectan al patrimonio de las personas. Esta diferencia entre fraude y abuso de confianza será abandonada en un capítulo posterior de este trabajo.

#### IV. 2. CONCEPTO E INTERES JURIDICO

##### T U T E L A D O

La diferencia entre abuso de confianza y fraude estriba en que en aquel la actividad fraudulenta surge después de una situación legítima -- preexistente (entrega al agente de una cosa mueble por un título no traslativo de dominio) mientras que en el fraude queda determinado por el comportamiento de la víctima que es inducida en error mediante artificios o engaños.

Es pues perfectamente lógico que estos dos delitos sean tipificados por separado.

El defraudador busca la víctima para perjudicarla en sus intereses económicos siendo por ello anterior el dolo a la obtención de la cosa. -- El agente, en el abuso de confianza parte de una relación contractual legítima y solamente después surge en él el propósito del bien mueble que le ha --



sido confiado por un título no traslativo de dominio.

Lo común de estos dos delitos es la deslealtad al abusar de la buena fe de la víctima. Pero, como vemos aunque hay comunidad entre ambos también existen diferenciaciones.

Apelando al diccionario de la Real Academia Española vemos -- que hay "fraude" siempre que aparezca "engaño", inexactitud consciente, abuso de confianza... que produzca o prepare un daño generalmente material.

Vemos pues que hasta gramaticalmente hay cierta confusión entre el delito de abuso de confianza y el de fraude.

Este tomó sin duda nacimiento del "falsum" y del "exceptio doli" del Derecho Romano que establecían el concepto de la falsedad tanto -- propia como impropia.

Ya hemos dicho que fue la Revolución Francesa la que creó el -- tipo de abuso de confianza mediante su decreto de 29 de septiembre de 1791, ya que antes dicho delito estaba incluido dentro del "furtum", pero con la -- especificación de la apropiación indebida.

En realidad el concepto Romano del "stellionatum" se ha mantenido casi hasta nuestros días pero con características no tan claras como las actuales del fraude.

Por la razón de la inmensa variedad de formas que en su ejecu-

ción permite el fraude, se apelan hoy día a dos procedimientos al casuístico y al genérico así como al casuístico genérico que en realidad es el que sigue nuestro Código.

El procedimiento casuístico es el que sigue el Código Penal --- Francés que señala que sólo son punibles las hipótesis taxativamente señaladas en la Ley.

El genérico es el que sigue los Códigos de Italia y de Colombia entre otros que dejan a la Ley positiva mejor dicho al juzgador el trascendente problema de distinguir el engaño civil del engaño penal.

Y por último hay también el casuístico genérico seguido entre --- otros países por el nuestro en el que se empieza por dar una definición genérica del delito y después por señalar determinados casos específicos del mismo.

Este procedimiento podrá ser menos científico que los otros dos pero desde luego es mucho más eficaz para la aplicación de la pena al fraude.

El sistema casuístico francés no es aconsejable pues resulta inútil, el empeño de clasificar taxativamente los engaños que la constituyen, --- dado que necesariamente habrá de quedar por fuera de la represión penal --- una cantidad innumerable de fraudes cuya impunidad resultaría impropia.

Es por eso que creemos que el sistema doble que sigue México es aconsejable porque apelar nada más a la definición genérica también resulta peligroso porque el derecho penal no debe ser muy interpretativo dadas las consecuencias que tiene su aplicación.

En resumen que el sistema adoptado por nuestro Código nos parece procedente: dar primero una definición de carácter genérico y después referirse a determinados actos que difícilmente acumulables dentro del fraude quedan incluidos dentro de esta figura delictiva por imperio de la Ley.

Pero tampoco el procedimiento enunciativo puede avarcar como ya decíamos la variedad de tipos de engaño que adopta la conducta humana, más en la vida moderna donde es difícil establecer todas estas posibilidades del mencionado modo enunciativo.

¿Es posible dentro de la técnica jurídica normal abarcar todos los casos de fraude? La respuesta negativa se impone y con ella la necesidad de lo casuístico junto a lo genérico.

#### IV. 3. C O N D I C I O N A L I D A D D E L D E L I T O D E F R A U D E.

##### IV. 3. a. El artificio o engaño.

De acuerdo con lo que se deduce de la definición que el fraude -- otorga, el artículo 368 de nuestro Código Penal, el primer elemento que se --

presenta en su tipificación es el empleo de artificios o engaños.

El agente ha de valerse de medios artificiosos o engañosos para inducir en error a la víctima, con objeto de que ésta otorgue su consentimiento mediante el cual el delincuente obtiene un provecho económico ilícito.

El artículo 368 habla textualmente de "engaño" pero también - lleva la idea de aprovechamiento en su definición cuando habla de "aprovecharse del error en que se halla la víctima".

Por lo tanto debe aparecer una relación de causa a efecto entre el artificio o el engaño y el error en que caiga el sujeto pasivo y entre el error y el consentimiento prestado por la víctima para el acto del cual emane para el agente un lucro indebido.

Es decir, la necesidad de esta correlación plantea el problema de la idoneidad del engaño o del artificio.

"Engaño" según el Diccionario de la Real Academia Española - existe en: "La falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre".

Y "engañar", según la misma autoridad es: "Dar a la mentira apariencia de verdad; inducir a otro creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras, aparentes y fingidas".

El "artificio" es un proceso más maligno, cuando se toma pe-

yorativamente, que el engaño. Apelando también a dicho Diccionario nos -- encontramos con la siguiente definición: "Del latin "artificium" de "ars" arte y "facere" (hacer). Es decir, es el arte, primor, ingenio o habilidad con que esta hecha alguna cosa. cautela doblez".

El engaño es un elemento simple que a veces se reduce a una -- acción verbal. El artificio implica simple una maquinación.

Es cierto, como arriba queda dicho, que nuestro artículo 386 -- sólo apela al término "engaño"; pero en la idea del "aprovechamiento del error" del sujeto activo, lleva implícito, desde luego, al "artificio" de -- mayor peligrosidad que el "engaño".

Por otra parte creemos que el engaño no es suficiente para ori-- ginar el delito de fraude, pues la mentira debe estar acompañada de tal cú-- mulo de deterioridades circunstanciales o de la intervención de otra y otras personas, que la hagan verosímil. Es decir, que es necesario que el de-- fraudador ponga en escena elementos favorables para vencer la buena fe de la víctima o de a lo que en términos teatrales se llama la "mise en scene"

#### IV. 3. b. Inducción al error.

El sujeto pasivo del artificio o del engaño debe ser llevado al -- error precisamente por tales medios.

El error consiste, precisamente, en un concepto equivocado o -- en un juicio falso.

Creemos que el error puede definirse como la representación falsa o equivocada sobre algo. "Por eso, tratándose de fraude, el error de be ser consecuencia de las maquinaciones esgrimadas por el delincuente. -- El error debe consistir en el fraude en un juicio falso suscitado por el ar-- did, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

El error es el reflejo en la mente de un algo falseado (de un -- concepto equivocado) o de un pensamiento en el que lo que afirma, en reali-- dad, no es propio de aquello de que se trata y lo que se niega sí lo es. (juicio falso).

Si el agente induce al sujeto pasivo en error, hay fraude. Lo -- que sí no da lugar a este fraude punible es el aprovechamiento del error en que esté la víctima o el abuso de su situación de ignorancia pues el Código Penal que nos rige, exige estatulógicamente que el agente induzca en error al sujeto pasivo.

Sin error, no hay fraude, así como no lo hay sin ardir aún cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. El que me---- diante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato -- automático de venta el artículo que este contiene, no comete estafa, sino ro-- bo, porque aún cuando existe maniobra no hay ninguna mente errada.

### III. 3. c. Perjuicio de otro.

El contenido del artículo 386 de nuestro Código señala con evi--

dencia subterfuga y como condición típica del delito de fraude, la ocurrencia de un perjuicio de "otro", naturalmente de "orden económico" pues se trata de una infracción clasificada como ofensora de las personas en su patrimonio.

El daño puede referirse a cualquier interés de carácter económico que tenga relación con bienes que constituyen el patrimonio económico, según ya hemos definido a éste.

El perjuicio se consuma cuando la cosa o el derecho queda en el ámbito de disponibilidad económica del agente, es decir, cuando la víctima resulta desposeída. El daño potencial no basta para tener la tipificación de fraude completa: el momento relevante es aquel en que el perjuicio se produce.

Insistamos en que el fraude es un delito de daño. No es suficiente que el sujeto activo obtenga un provecho ilícito; debe haber también un perjuicio real en el patrimonio de la víctima. La sola situación de peligro no es suficiente.

No existe fraude por ausencia de perjuicio, cuando la lesión al patrimonio económico ajeno no se concreta en intereses de la víctima no protegibles por razón de su inmoralidad o ilicitud.

Tomemos también en cuenta con respecto al delito de fraude, que la finalidad de la ley penal no es la de buscar que las partes cumplan sus pactos, sino la represión de los delitos, la que debe llevarse a efecto

por la criminalidad que revelan y no en consideración de las cualidades morales de los sujetos pasivos de las infracciones punibles.

Claro está que si alguien, por ejemplo, al proponer a otro la comisión de un delito, es llevado a engaño, con perjuicio de su patrimonio económico, tanto aquel como el defraudado incurrir en sanción penal. Este por el delito de fraude cometido y aquel por la propuesta hecha de la comisión de un delito, hecho sancionado por nuestro Código.

#### IV. 4. CAUSAS DE AGRAVACION Y CASOS ESPECIFICOS DE FRAUDE.

En el artículo 386 de nuestro Código Penal se establecen en sus fracciones I, II y III las penas que corresponden al delito de fraude, todas ellas basadas en la cuantía de la defraudación.

"Tres días, seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, --- cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad".

"Prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos, cuando el valor de lo defraudado exceda de 50 pesos, pero no de tres mil".

"Y prisión de tres a doce años y multa hasta de diez mil pesos, cuando el valor de lo defraudado fuera mayor de tres mil pesos".

Aparte de esto, dicho artículo agrava la pena en el caso de que -



no solamente haya engaño sino también maquinaciones. El aumento será -- en tal caso de tres días a dos años.

El artículo 387 equipara al concepto genérico del fraude, todos los hechos que se especifican en el artículo mencionado. Son treinta y los efectos que nos ocupan creemos que es suficiente remitirnos a dicho texto -- legal.

#### IV. 5. FRAUDE CON CHEQUES.

Es evidente que mediante cheques se puede cometer el delito de fraude, ya que el documento girado sea falso, ya que se haya girado en descubierto.

El cheque, de acuerdo con nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es una promesa de pago a su presentación efectuada de modo incondicional.

La esencia del cheque -- y ésto lo distingue de la letra de cambio -- es la previa provisión de fondos o la autorización del girado en la entidad bancaria correspondiente, a fin de que sea pagado a su presentación.

Creemos pues que doctrinalmente puede definirse el cheque del modo siguiente: un título de breve duración y de valor inmediato que, basado en un depósito de cuenta corriente bancaria, sirve para retirar una determinada cantidad de dinero.

Es pues el cheque una orden de pago incondicionada. En este aspecto es un sustituto de la moneda y como ésta, debe tener el valor de cambio que se indica por el girador. Por tanto, si éste lo expide sin que tenga ese poder de cambio, ya porque no existe previa provisión de fondos en la entidad bancaria librada o porque no haya autorización del girado para expedirlo sin esa provisión, o bien porque el girador retira los fondos antes de que el cheque sea presentado, o en fin, porque bloquea el cheque mediante orden para que no sea pagado, o porque lo expide en circunstancias en las cuales la entidad bancaria habrá de rechazarlo (firma no registrada, por ejemplo) el agente comete el delito de fraude, si el beneficiario ha sido llevado al error sobre la efectividad del pago del instrumento y por el no pago ha sufrido un perjuicio económico, con lucro ilegítimo para el girador o para un tercero.

#### IV. 6. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación en el delito de fraude son las mismas, en cuanto a su enunciado, que las ya estudiadas con respecto al delito de abuso de confianza:

- 1) El estado de necesidad;
- 2) El ejercicio de un derecho, y
- 3) El cumplimiento de un deber.

En el estado de necesidad el fin lícito que justifica radica en la superación de un estado de peligro sacrificando el bien menor (patrimonio -

ajeno) por el bien mayor (la integridad o la vida corporal).

En el ejercicio de un derecho, se trata de recuperar la cosa propia y legítima, incluso apelando a un engaño.

En el cumplimiento de un deber, la licitud en realidad puede emanar y emana de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente.

#### IV. 7. LA INCULPABILIDAD.

Para que haya inculpabilidad en el delito de fraude es necesario que exista un error de hecho y que éste, en los términos ya aplicados para el abuso de confianza sea esencial e invencible.

El error de hecho así calificado impide el surgimiento del dolo y por tanto crea la inculpabilidad.

Pero la inculpabilidad debe ser demostrada claramente porque "juris tantm" la culpabilidad en el fraude se presume.

Las eximentes putativas pueden ser consideradas como casos de error y señalemos que al efecto, Pavón Vasconcelos dice lo que sigue:

"Cabe incluir, como casos de error, las eximentes putativas en las correspondientes hipótesis admitidas respecto a las justificantes, mismas en las que el sujeto cree, falsamente, en la licitud del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber exigido por la ley o por el superior jerárquico que dicta la orden.

La "vis moral" (compulsiva), impide igualmente el juicio de — reproche, porque a la acción u omisión del sujeto falta en el plano subjetivo, "la libre voluntad" indispensable para integrar el "dolo". (46).

(46) Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal" (parte especial). Obra citada. pp. 175 y 176.

C A P I T U L O        V .  
R E P R O C H A B I L I D A D ,  
P A R A L E L I S M O     Y  
C O N C L U S I O N E S .

Al iniciar el presente trabajo y exponer algunos puntos de vista sobre la teoría del delito, señalábamos como un factor fundamental para -- que el legislador pudiera crear en la Ley positiva la tipicidad de cualquier-delito el factor de la reprochabilidad.

La reprochabilidad es en esencia entonces la justificación so-- cial que tiene el legislador para que surja la Ley creadora del delito.

En los delitos contra las personas en su patrimonio hay que entender la proporción tan considerable de peligrosidad que encierra.

En el mundo moderno tiende a disminuir la violencia para aumentar el engaño o el artificio delictuoso.

En la cárcel preventiva de la Ciudad de México (Lecumberri)-- los procesados son reclusos en secciones que corresponden a los delitos -

que se les imputan y es así como los presuntos culpables de los delitos de abuso de confianza, fraude, preculado y daños en propiedad ajena son recluidos en la cruzía "L".

Puede calcularse que la población penal de la cárcel preventiva de la Ciudad de México es de unos 3 300 procesados y solamente en la cruzía "L" se encuentran concentrados cerca de 800, es decir, un 20%.

Si se tiene en cuenta la múltiplicidad de los delitos que motivan los diversos enjuiciamientos esta proporción es sumamente importante y revela la peligrosidad que revisten los delitos contra las personas en su Patrimonio.

La reprochabilidad de ambos delitos aumentan por la cuantía de los daños que proporciona y por la inseguridad que otorga al desarrollo normal de la vida económica.

Los que cometen delitos de abuso de confianza y de fraude revisiten caretas de personas que atacan la Ley, pertenecen a medios sociales relativamente elevados y por el engaño con que actúan se desenvuelven en medios de importancia económica y encargos de relativa importancia.

Un delito es tanto más peligroso cuanto más afecta a los intereses de la sociedad y por lo tanto, la reprochabilidad es tanto más grande cuanto más penetra lo injusto dentro de la infraestructura social.

El legislador tiene el deber de proteger a la sociedad contra la

peligrosidad del delincuente y para hacerlo el mejor camino es ponderar --  
debidamente la reprochabilidad subsiguiente.

Ambos delitos son altamente reprochables y por lo tanto, de--  
ben ser castigados con dureza y tipificados con la suficiente flexibilidad co--  
mo para que no haya acto ilícito de este tipo que no sea debidamente san--  
cionado.

Es por eso que, creemos que nuestro Código si responde a es--  
ta necesidad, pero desde luego, con algunas fallas.

Al clasificar al delito de abuso de confianza en una forma espe--  
cífica el Código Penal Mexicano parte de la esencia misma del abuso de --  
confianza: un acto inicial lícito, seguido después por un acto ilícito; entre --  
tanto que en el delito de fraude lo ilícito se inicia desde el principio del ac--  
to.

Ahora bien, esta diferencia esencial entre fraude y abuso de --  
confianza no anula los múltiples puntos de contacto que ambos delitos tienen  
y sobre todo la reprochabilidad común que los caracteriza.

Debemos reiterar la crítica que ya hemos formulado: considera--  
mos que el abuso de confianza al exigir querrela para su persecución pier--  
de casi totalmente el carácter de delito y abre las puertas a la impunidad.

La reprochabilidad del abuso de confianza es muy grande y la --  
querrela no caracteriza a los delitos de tal magnitud reprochable sino que-

se limita a delitos donde el interés social no está considerablemente afectado o cuando las relaciones familiares le dan una característica especial,

Esta característica familiar si puede conservarse; pero la general de otorgar pleno carácter de querrela al abuso de confianza no solamente contradice la magnitud de la reprochabilidad sino que abre, repetimos la puerta de la impunidad para graves y cuantiosos abusos de confianza.

En muchas ocasiones las víctimas del delito de abuso de confianza, presionan al sujeto para que busquen el modo de cubrir el daño causado, ofreciéndole el perdón en caso de que así lo haga y no interesándole para nada al sujeto pasivo la peligrosidad del que abuse de la confianza con respecto a la sociedad.

Insistimos por lo tanto, en que no háy una razón social penal o jurídica para que el delito de abuso de confianza no sea perseguible de oficio como lo es el fraude.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que nuestro Código fue formulado en 1931, cuando el poder adquisitivo de la moneda era mucho más bajo que lo es ahora.

Como la pena en el abuso de confianza y en el fraude queda determinada por la cuantía de la lesión al Patrimonio económico de las personas, es evidente que la proporcionalidad de pena que se establece en re--



lación directa al monto del daño debe ser rectificada para ponerse de --  
acuerdo con el poder adquisitivo actual de nuestra moneda.

Para el fraude por ejemplo poner como tope la cantidad de ---  
\$ 3 000.00 para tener la posibilidad de salir bajo fianza es errónea. Por--  
que \$ 3 000.00 hoy, dentro de la realidad económica representan una can--  
tidad muy baja y no es justo castigar o al menos privar del derecho de sa  
lir bajo fianza al que defrauda \$ 3 001.00 como el que defrauda millones.

En lo que respecta al fraude el sistema mixto que la Ley esta-  
blece de definir genéricamente al delito y después especificar algunos ca-  
sos que jurídicamente facilitan la comisión del delito es un sistema acertado  
do.

No lo es por contra que muchos delitos, como el fraude que --  
se comete con los cheques, se encuentre dispersado en otras leyes -en es-  
te caso la de títulos y operaciones de crédito-.

Es necesario, por lo tanto, llegar a una codificación integral-  
de carácter penal que comprenda a todos los delitos independientemente de  
su origen dentro del texto único correspondiente.

Por último insistamos para terminar este trabajo en que el de  
lito de abuso de confianza como el delito de fraude, ameritan en general -  
sanciones que no esten determinadas por su cuantía.

En esto como en el delito de robo, habría que estudiar una ---

motivación de pena distinta y basada en las características de la conducta - culpable.

Claro que, para que esto se lleve a cabo sería preciso que el - legislador fuera muy minucioso por las interpretaciones y las analogías son siempre peligrosas en materia penal.

## B I B L I O G R A F I A .

(Lista de obras consultadas.)

Castellanos Fernando, "Lineamientos de Derecho Penal", Porrúa 1969, 5a. edición.

Wilhiem Gallas "La teoría del Delito en su momento actual", Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1969.

Herman Dahm "El delito en su concepto primero", Traducción de Filiberto Vigatá, Editorial Rambla, Barcelona, 1968.

Welzel "La teoría finalista del Delito", Traducción de Filiberto Vigatá, Editorial Rambla, 1969.

Maggiore Giuseppe "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1956.

Francisco González de la Vega (Derecho Penal Mexicano) Editorial Porrúa, México 1944, Tomo II.

Francisco Cámara, "Programa del curso del Derecho Criminal", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, Tomo I.

René Garrau, "Traite Theorique et pratique du droit penal francais", Editorial Recueil Sirei, Paris 1935, Tomo VI.

Eugenio Florian "Parte General del Derecho Penal" la Habana Imprenta "El Propagandista".

Luis Jiménez Asua "Derecho Penal conforme al Código de 1928, Reus Madrid, 1929.

Francisco González de la Vega "Derecho Penal Mexicano" " los delitos" Porrúa 10a. Edición, México 1970.

Humberto Barrera Domínguez "Delitos contra el Patrimonio Económico". Editorial Themis, Bogotá 5a. edición, -- 1970.

Luis Jiménez Asua, "Código Iberoameritanos" ordenados por Francisco Carsi Zacaes, Editorial Andrés Bello, -- Caracas 1942.

Sergio Politoff Lifschitz "El delito de apropiación indebida" Editorial Nacimiento, Santiago de Chile 1957.

Ricardo C. Núñez "Delitos contra la propiedad" Editorial-bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

Von Liszt "Traite de droit penal" Editorial Rouaix, París 1961.

Carminagni "Elementi di Diritto Penale", Milán 1956.

Francisco Carrara "Programa di Diritti Penale", Roma 1964.

Lucio Mendieta y Núñez "El Derecho Precolonial", Porrúa Hermanos, México 1937.

Rodolfo Reyes "Memoria de Entrada a la Real Academia - de Historia de España". Imprenta de la Academia, Madrid, 1927.

Sergio Politoff "El delito de apropiación indebida", Editorial Nacimiento, Santiago de Chile 1963.

Ernesto J. Ure, "El delito de Apropiación Indebida" Editorial Ideas, Buenos Aires, 1947, Buenos Aires.

Biago Petrocelli "La apropiacione indebita" Alberto Morano, Nápoles 1963.

José Urareta Goyena, "Delitos de Apropiación Indebida", - Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo 1929.

Vincenzo Manzini "Trattato di diritto Penale" secondo IIX Codice de 1930.

Civoli "Trattato di Diritto Penale" Giario Milano, Tomo IV.

Antonio Ferrer Sama "El Delito de Apropiación Indebida", Publicaciones del Seminario del Derecho Penal, de la Universidad de Murcia, 1945.

Luis Jiménez Asua la "Ley y el Delito", Buenos Aires-1954.

Antonio P. Moreno "Curso de Derecho Penal Mexicano" - Editorial Jus, México 1944.

Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino, Buenos Aires 1946.