

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ABUSO DE CONFIANZA
ENSAYO CRÍTICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Licenciado en Derecho

presenta:

FILEMON ANGELES PEREZ

México, D. F., 1973



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.

Con venerable respeto y cariño
a mis padres, señores

SABINO ANGELES MENDOZA.

y

ELVIRA PEREZ DE ANGELES.
(in memoriam)

A mis hermanos

**ALICIA.
ANDRES.
EVARISTO.
FELICIANO.
JOSE.
SALVADOR.
FLAVIO.
MARIA y
ANTONIA.**

A mis tíos

FEDERICO Y GUADALUPE TREJO.

A TODOS ELLOS CON CARÍÑO Y AGRADECIMIENTO.

**A MI ESPOSA MARIA ISABEL Y A MIS HIJOS
GERARDO ALBERTO Y LAURA ISABEL, CON EL
PROFUNDO AMOR Y CARINO QUE LES PROFESO.**

A JUAN ORTEGA GONZALEZ.
(in memoriam.)

A FERNANDO ALVAREZ M.
(in memoriam).

A MIS MAESTROS.

I N D I C E .

Pág.

P R E A M B U L O .

CAPITULO I.

ESQUEMA DE LOS DELITOS
CONTRA EL PATRIMONIO.

A).- La noción de patrimonio.	6
B).- El robo.	8
C).- Abuso de confianza.	11
D).- Fraude.	12
E).- Despojo	16
F).- Daño en propiedad ajena.	17

CAPITULO II.

EL ABUSO DE CONFIANZA
DIFERENCIA CON LOS DEMAS DELITOS
PATRIMONIALES.

A).- La estructura del tipo.,	20
-------------------------------	----

	Pág.
B).- Abuso de confianza y robo.	24
C).- Abuso de confianza y fraude.	27
D).- Abuso de confianza y despojo	33
E).- Abuso de confianza y daño en propiedad ajena.	33

CAPITULO III.

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA.

A).- La esfera de custodia.	35
B).- La posesión derivada.	38

CAPITULO IV.

FIGURAS ESPECIFICAS Y CONDUCTAS EQUIPARADAS.

A).- Las fracciones I y II del artículo 383	44
B).- La fracción III del artículo 383 y el- artículo 384.	48

CAPITULO V

ENCUADRAMIENTO DOGMATICO.

A).- Conducta.	55
B).- Tipicidad.	57
C).- Antijuridicidad.	57
D).- Culpabilidad.	58

CAPITULO VI

CUESTIONES DE ORDEN PROCEDIMENTAL.

A).- La Querrela.	62
B).- El perdón.	75
C).- Los artículos 377 y 378 del Código Penal.	83

CAPITULO VII

POSIBLES CAUSAS DE EXCLUSION DE PENA.

A).- Explicación previa.	88
B).- Falta de conducta.	90

	Pág.
C).- Atipicidad.	91
D).- Justificantes.	92
E).- Inimputabilidades.	96
F).- Inculpabilidades.	97
G).- Excusas absolutorias.	100
Jur i s p r u d e n c i a .	101
C o n c l u s i o n e s .	112
B i b l i o g r a f í a .	115

P R E A M B U L O .

Fué una noción puramente utilitaria la -- que sin duda dió origen a lo que en el transcurso del tiempo habría de convertirse en el concepto de pro -- piedad. Al observar el primitivo que los objetos, -- cualesquiera que ellos fueren le eran útiles, decidió tenerlos en exclusividad y principió a sentirlos co -- mo parte de sí mismo o por lo menos de lo que para -- él eran las cosas fundamentales. (1) Aparece así la -- propiedad como concepto de exclusividad, afirmación -- que en la actualidad sigue siendo válida pues se afir -- ma que los derechos reales de los cuales la propiedad -- es sin duda el más importante entraña un poder sobre -- la cosa y un deber de abstención de los demás en rela -- ción con la perturbación del derecho del titular.

Es probable que el primer ataque a lo que

(1) Tal es la idea que se mantiene en la obra Anti -- Daring de Federico Engels. Véase el capítulo re -- lativo a "Moral y Derecho" de la obra citada. Ed. -- Progreso. Traducción de F. Roces, Madrid, 1934.

posteriormente sería el derecho de propiedad, haya -- sido la sustracción en forma violenta o cuando menos oculta; pero de todos modos hay una gran probabilidad de que haya sido el robo, antes que el homicidio, el primero de los delitos que se hayan cometido en -- en la historia de las comunidades. Lo que posteriormente sería el despojo tuvo probablemente lugar por primera vez cuando los grupos se volvieron sedentarios y alguien decidió apoderarse de una porción de terreno o tal vez de una caverna o de cualquiera de las primitivas construcciones; en realidad el despojo moderno no es sino el robo de una superficie o de una construcción, si es que se está dentro de las hipótesis de apoderamiento mediante violencia o furtividad. El despojo mediante engaño viene en cierta forma a ser el fraude para adquirir la tenencia, aún cuando no el derecho a la cosa.

El fraude es ante todo el producto de la astucia utilizada en forma tal que la víctima entregue la cosa o cede el derecho a la misma partiendo--

de un supuesto que no coincide con la realidad, supuesto que es creado por el sujeto activo del delito, o bien ya existe en la mente del pasivo, pero - el defraudador se aprovecha de esa situación y afecta la esfera patrimonial obteniendo así el lucro característico a todas las lesiones patrimoniales en los delitos que afectan dicho bien jurídico.

Lo que se ha dado en llamar daño en propiedad ajena entraña una afectación al patrimonio, pero se caracteriza por la ausencia de beneficio para el activo. En tanto que en los demás delitos llamados patrimoniales obtiene el activo algún lucro - entendido éste en su sentido característicamente -- crematístico, en el daño en propiedad ajena la afectación patrimonial siendo en perjuicio del pasivo, no entraña beneficio alguno para quien lo ejecuta.

Considerado el abuso de confianza desde el ángulo socio-ético debe calificarse como el fruto de una perfidia, ya que el sujeto activo viola -

la confianza en él depositada puesto que se le ha --
entregado algo afecto a una finalidad específica --
a virtud de una confianza preexistente, y sin embargo
go, defraudando en sentido llano la fe en él deposita
ta, cambia la finalidad jurídica de la cosa y a --
fecta en esa forma el patrimonio del pasivo.

Lo característico del abuso de confianza
za según se verá posteriormente, es el cambio de la
finalidad jurídica a que aludíamos en renglones ante
teriores, finalidad impresa por el pasivo, confiado
en que el futuro activo cumplirá las instrucciones--
dadas; pero también característico de la figura deli
ctiva objeto de este ensayo es que la cosa está--
dentro de la esfera jurídica del activo a virtud de
una posesión derivada. Esta posesión derivada es --
el presupuesto técnico del abuso de confianza y de
ella nos ocuparemos con cierta extensión en su oportu
nidad. Lo que ha desconcertado a muchos es la expr
esión de la ley conforme a la cual la conducta --
recae sobre una cosa ajena mueble de la que se trastra
se

mitió al futuro delincuente "la tenencia pero no el dominio"; esa expresión, "tenencia", debe entenderse significando algo distinto a que el objeto se encuentra dentro del ámbito material de disponibilidad del activo. El dependiente tiene dentro de su ámbito de disponibilidad las mercancías, pero si en vez de venderlas se las apropia, no comete el delito de abuso de confianza sino el de robo; la doméstica tiene dentro de su ámbito material los útiles de limpieza pero ésto no significa el cambiar la finalidad jurídica de los mismos en el caso de apropiación, y la venta de ellos no constituirá el abuso de confianza sino que debe calificarse tal conducta como robo.

Ubicar dentro de la sistemática de los delitos patrimoniales el delito de abuso de confianza; describir su contenido y extraer de la propia ley los principios generales que la informan y que constituyen por ende la doctrina jurídica al respecto, tal es el empeño que anima estos renglones, y bajo tal prisma deben contemplarse las afirmaciones que se irán haciendo en el curso del capitulado.

CAPITULO I

ESQUEMA DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

- A). La noción de patrimonio.
- B). El robo.
- C). Abuso de confianza.
- D). Fraude.
- E). Despojo.
- F). Daño en propiedad ajena.

CAPITULO I

ESQUEMA DE LOS DELITOS
CONTRA EL PATRIMONIO.

A). LA NOCION DEL PATRIMONIO.

Hablan los civilistas de que el patrimonio puede entenderse como un atributo de lo que llaman "personalidad", o bien como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de valuarse en dinero. (2) Es esta segunda noción la que informa las creaciones legislativas referente a los delitos que afectan al patrimonio. El Derecho Penal parte de situaciones realísticas y solo excepcionalmente recurre a ficciones procurando proteger otras, creadas por el Derecho Civil. Tal es el caso de lo que se conoce como responsabilidad de las personas morales en que impropiamente se alude a tal responsabilidad por que no obstante los esfuerzos de Aquiles Mestre (3)

- (2) Ernesto Gutiérrez y González. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, 1971. Pág. 33 y sigs.
- (3) Achilles Mestre. La Responsabilidad de las Personas Morales. Ed. Paduense. Traduc. de J.A. Muñoz. Buenos Aires, 1970.-

y sus seguidores, la persona moral no puede ser - - considerada responsable de una comisión delictiva - por la muy elemental razón de que no es la persona moral la que actúa. La ficción llamada persona moral, tiene una finalidad característicamente utilitaria principalmente para fines patrimoniales y se habla de que la persona moral tiene un patrimonio - distinto al de los socios, que la voluntad de la -- persona moral es también diferente a la de sus componentes, etc. etc. (4) La realidad es otra, pero las ventajas que ha traído a la economía y a la política la afirmación de tales entidades, son sin duda innegables y es probable que se mantengan en el transcurso de los años, a menos que cambie radicalmente la noción de las estructuras económicas y políticas.

Volviendo al tema del patrimonio, debe decirse que afirmar que el individuo por ser tal - tiene un patrimonio es una posición loable desde - el punto de vista del miraje puramente humanístico;

(4) Entre los mexicanos sostenedores de la responsabilidad de las personas morales está el ya desahogado maestro Rafael Matos Escobedo. Quien - además de artículos al respecto plasmó en el Código de Defensa Social del Edo. de Yucatán el principio correspondiente. Una orientación semejante sigue el Código de Puebla.

sin embargo, tal posición es irreal desde el ángulo penal ya que jamás podrá ser pasivo de un delito contra el patrimonio quien no tiene derechos u obligaciones apreciables en dinero. Cuando se hable de patrimonio en el curso del presente trabajo, debe entenderse que se está haciendo referencia a la noción del patrimonio afectación y no al concepto de patrimonio personalidad.

B).- EL ROBO.

La exposición de los caracteres distintivos de los diversos delitos que afectan el patrimonio, a los que llamaremos patrimoniales, es tan solo con fines de identificación del contenido de los mismos pero en ninguna forma debe considerarse que se trata de un estudio específico de tales figuras. -- Tan solo la exposición de la problemática de alguno de ellos llevaría necesariamente un gran número de páginas y, según se ha dicho, es el abuso de confianza el que será objeto de las presentes disquisiciones.

Hecha la anterior advertencia, cabe decir que el robo tiene como contenido la atracción de la cosa a virtud de un proceso material. Esta es una idea generalísima y cuando se haga la diferenciación entre el robo y el abuso de confianza veremos que en ocasiones aún cuando el objeto materia del delito se encuentre en poder del activo y no haya en sentido propio lo que se llama atracción material de la cosa, habrá robo y no abuso de confianza si es que el objeto está en poder del futuro activo y tiene una situación jurídica distinta a la posesión derivada. (5)

Pero no basta la sola atracción material de la cosa para que la conducta se considere como integradora de la figura del robo; es indispensable que tal atracción sea contra la voluntad de quien tenga derecho al objeto y sobre todo, que se haga con ánimo de apropiación.

El ánimo de apropiación no es un elemento puramente teórico del robo, entendiendo la expresión "teórico" como algo distinto a lo legislado.

(5) Antonio de P. Moreno. Curso de Derecho Penal Mexicano. Ed. Jus. México, 1944. Pág. 75.

En materia penal, la teoría nada puede añadir a la Ley, y no lo podrá mientras tenga vigencia el principio de exacta aplicación de la misma. Es cierto-- que dentro del tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal no se alude al ánimo de apropiación, -- pero si contemplamos el contexto del artículo 380 en el que se describe lo que ha dado en llamarse el robo de uso, observaremos que es indispensable para -- que se esté dentro de la figura del ya citado 380 el que se acredite "haberla tomado con carácter tempo - ral y no para apropiársela o venderla". De ello resulta que a menos que el imputado acredite la ausencia de ánimo de apropiación, estará él dentro del -- supuesto de lo que podemos considerar del tipo básico del 367 y por lo tanto, con apoyo en la propia -- Ley se puede afirmar que el ánimo de apropiación es indispensable en el caso del robo, y tan lo es como que si la cosa se tomó contra la voluntad del titular pero sin el ánimo de apropiársela, a virtud del propio mandato legal contenido en el 380 se estará-- fuera de la hipótesis del robo, para entrar dentro-

de la forma atenuada de penalidad conocida como robo de uso. (6) No se trata en consecuencia de una cuestión puramente teórica en el aspecto a que antes se aludió, es decir de una cuestión que esté fuera de la entraña misma de la norma, sino que el ánimo de apropiación se desprende del contenido de la propia Ley.

C).- ABUSO DE CONFIANZA.

La figura del abuso de confianza que es el tema central de este ensayo, se reduce según lo veremos posteriormente, al cambio de la finalidad jurídica de la cosa mueble de la que se tiene una posesión derivada. Esto es una cuestión de orden técnico que posteriormente habrá de explicarse pormenorizadamente, pero se enuncia en forma provisional a reserva de profundizar hasta donde sea posible dentro de tal concepto. Robo y abuso de confianza recaen siempre sobre cosas muebles. El despojo siempre so -

(6) Germán González Andrade. Ensayos Sobre el Delito del Robo. Tesis profesional. México, 1968.

bre inmuebles; por lo menos el despojo en su forma básica; en cambio, daño en propiedad ajena y fraude recaen indistintamente sobre cosas muebles o inmuebles. También esto se desprende de la propia Ley.

D).- FRAUDE.

El fraude es según se dijo en el preámbulo de este trabajo el producto de la astucia; se trata de una conducta que podríamos decir es mucho más elaborada comparándola con el robo que viene a ser la forma simplista y un tanto primitiva de la afectación patrimonial. En el fraude el activo crea o aprovecha ciertas condiciones para que el pasivo voluntariamente ceda su derecho o la cosa misma, al sujeto activo.

La figura básica del fraude es la que describe el artículo 386 del Código Penal conforme al cual es indispensable el engaño o el aprovechamiento del error, y el lucro indebido o el hacerse

ilícitamente de algo.

La idea que durante mucho tiempo dominó, conforme a la cual el engaño es una actitud "falaz positiva" y el aprovechamiento del error es una "falaz negativa", (7) debe entenderse significando que en el engaño la falacia es creada por el activo y -- tal falacia se reduce a una falsa representación, es decir, una no coincidencia entre la realidad y el su puesto creado en el pasivo de la lesión.

El aprovechamiento del error debe entenderse, como falaz omisiva, más que negativa, y se reduce a valerse de la falsa representación ya existente para obtener una ventaja del orden patrimonial.

Por supuesto que debe existir una subordinación de efecto a causa entre el acrecentamiento del patrimonio del activo y el engaño o el aprovechamiento del error, pero esto no es característico del fraude, es común a todos los delitos, ya que faltaría la base misma para la imputación si no existiera cau-

(7) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano Tomo II. Editorial Porrúa. México, 1965.

salidad entre la conducta y la lesión típica. No es que se pretenda afirmar que la causalidad es un problema del orden jurídico, lo es dentro del planteamiento lógico, pero en ninguna forma es privativa de las cuestiones jurídicas ni tiene porqué estudiarse dentro de las disciplinas del derecho. Hace ya más de un siglo que, por lo menos en el aspecto penal, - Merkel liquidó definitivamente la controversia relativa a la causa como elemento constante de los delitos. (8) Se trata de un problema metajurídico del cual puede prescindirse, aún cuando necesariamente no podrá ignorársele dentro del planteamiento lógico.

Dentro del catálogo de las figuras que - la Ley considera como fraude, hay algunas que son -- equiparadas y otras que son subordinadas al tipo básico. Tan solo por vía de ejemplificación señalaremos como figuras subordinadas al tipo básico, entre otras, las contenidas en las fracciones I, II, III, - IV, VII, VIII, etc. y como figuras equiparadas, también entre otras las descritas en las fracciones V, -

(8) Faustino Ballve Palisse. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. México, 1953.

VI, IX, etc. disposiciones todas ellas del artículo 387 del Código Penal. (9) Resulta en consecuencia - que en las figuras subordinadas se aprecia la existencia de engaño o aprovechamiento del error más el lucro indebido, elementos que constituyen el tipo - básico y nos encontramos ante un desconcertante concurso aparente de leyes entre tales figuras subordinadas y el tipo básico contenido en el 386, ya que - de dos normas que tienen vigencia coetánea, es tan-solo una la que hay que aplicar, pues de lo contrario se recalificaría la conducta. (10) El concurso de referencia se resuelve necesariamente a favor de las figuras subordinadas, ya que describen específicamente una forma de engaño y una determinada obtención de lucro. Se podría decir que opera el principio de la especialidad, (11) en atención a que las-figuras subordinadas captan exclusivamente cierto -

- (9) Mariano Jiménez Huerta. La Tutela Penal del Patrimonio. Antigua Librería de Murguía. México, - 1963. Pág. 288 y siguientes.
- (10) Rafael Fontecilla Riquelme. Concurso de delitos de Delincuentes y Aparente de Leyes. Santiago de Chile. 1951.
- (11) .Al principio de la especialidad en el concurso aparente de leyes se le atribuye el contenido al que alude Mezger en el 2o. tomo de su obra Tratado de Derecho Penal. Ed. Revista Derecho Privado Traducción de Antonio Rodríguez Muñoz. Madrid, 2a. Edición. 1960. Soler le atribuye un contenido distinto. Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo II Ed. La Ley. Buenos Aires, 2a. Edición. 1965.

engaño y cierto lucro, en cambio, la figura básica-- del fraude describe cualquier engaño y cualquier lu-- cro.

E).- EL DESPOJO.

Se dijo en el preámbulo que el despojo--- en sentido llano es el robo de inmuebles, ya sean --- construcciones o superficies. Tal idea es aplicable-- al despojo mediante violencia o furtividad pero la--- figura reviste cierta complejidad cuando el medio co- misivo es el engaño.

Como el fraude recae lo mismo sobre cosas muebles que inmuebles y el despojo siempre sobre in-- muebles, resulta que la ocupación de un inmueble me-- diante engaño puede constituir en apariencia delito - de fraude y también delito de despojo; pero élló es-- inadmisibile, como también es inadmisibile que exista - un concurso aparente de leyes entre el despojo median te engaño y el fraude, al que es indispensable el en- gaño o el aprovechamiento del error cuando recae sobre muebles.

La complejidad del problema desaparece - si es que se considera que en el fraude que recaiga sobre inmuebles el pasivo cede el derecho al inmueble; en cambio, en el despojo no hay tal cesión de derecho al inmueble sino que el activo del despojo crea una falsa representación para la material-ocupación; es decir, el activo en el fraude obtiene un derecho a la cosa, en tanto que en el despojo el activo se convierte en un detentador por así decirlo; o dicho en otras palabras, en el fraude el activo se convierte en poseedor o en propietario en tanto que en el despojo se es únicamente precarista. (12).

F).- EL DAÑO EN PROPIEDAD AJENA.

El tipo básico del daño en propiedad ajena se comprende en el artículo 399 del Código Penal y puede considerarse un tipo "abierto" por cuanto -- que no especifica el medio o la forma ni el objeto sobre el que recaiga la conducta delictiva. El concepto de daño en propiedad ajena se reduce al demérito del objeto a virtud de conducta del activo.

(12) Gaspar Rivera Torres. Ensayos Sobre el Delito de Despojo. México, 1955.

Hay figuras subordinadas comprendidas - en el artículo 398 (edificios, objetos muebles, archivos, bibliotecas, etc. etc.) y se establece una penalidad específica que en algunos casos puede resultar relativamente más grave que la aplicable en el caso de daño en propiedad ajena doloso, ya que - en éste último se aplica la sanción correspondiente al robo simple, que según lo establece el artículo 370, atiende al monto de la lesión patrimonial y va en aumento la penalidad en concordancia con el importe de la lesión. Se trata de un sistema heredado de códigos anteriores que viene a ser nieto espurio de la Ley del Talión, pues se atiende más al importe de la lesión patrimonial que a las circunstancias particulares del hecho. (13)

(13) Germán González Andrade. Ensayos Sobre el Delito de Despojo. México, 1955.

Hay figuras subordinadas comprendidas - en el artículo 398 (edificios, objetos muebles, archivos, bibliotecas, etc. etc.) y se establece una penalidad específica que en algunos casos puede resultar relativamente más grave que la aplicable en el caso de daño en propiedad ajena doloso, ya que - en éste último se aplica la sanción correspondiente al robo simple, que según lo establece el artículo-370, atiende al monto de la lesión patrimonial y va en aumento la penalidad en concordancia con el importe de la lesión. Se trata de un sistema heredado de códigos anteriores que viene a ser nieto espurio de la Ley del Talión, pues se atiende más al importe de la lesión patrimonial que a las circunstancias particulares del hecho. (13)

(13) Germán González Andrade. Ensayos Sobre el Delito de Despojo. México, 1955.

CAPITULO II

EL ABUSO DE CONFIANZA.

DIFERENCIAS CON LOS DEMAS DELITOS PATRIMONIALES.

- A).- La estructura del tipo.
- B).- Abuso de confianza y robo.
- C).- Abuso de confianza y fraude.
- D).- Abuso de confianza y despojo.
- E).- Abuso de confianza y daño en propiedad ajena.

CAPITULO II

EL ABUSO DE CONFIANZA.

DIFERENCIAS CON LOS DEMAS DELITOS PATRIMONIALES.

A).- LA ESTRUCTURA DEL TIPO.

Trataremos de ir gradualmente clarifican-
do el contenido de la figura objeto de este trabajo.
Vamos a hacer un comentario que puede considerarse -
general respecto a la estructura del tipo y a contra-
poner su contenido con las demás conductas delicti-
vas que se consideran como delitos patrimoniales; re-
cordando que al hablar de delitos patrimoniales lo -
hacemos siguiendo el lenguaje usual en la materia aún
cuando la expresión técnicamente correcta es la de -
referirse a ellos como delitos contra el patrimonio-
de las personas.

El tipo del abuso de confianza está comprendido en el artículo 382 del Código Penal y consigna a la letra:

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

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

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

De inmediato se advierte que la parte descriptiva del mandamiento que viene a constituir en -- sentido propio lo que es el tipo, es la comprendida -

en la primera mitad del párrafo primero. La Ley --- enfatiza el carácter patrimonial de la conducta al hablar de la disposición "con perjuicio de alguien" tal perjuicio debe entenderse como el daño patrimonial en el sentido de patrimonio afectación; no --- puede existir perjuicio distinto, y si existiera, - la conducta escaparía al tipo; es decir, podría integrar cualquier otra figura delictiva pero no la - del abuso de confianza a que nos estamos refiriendo.

Lo que constituye el núcleo del tipo si es que nos atenemos a la vieja concepción beligniana, entendiéndolo como verbo definitorio, (14) lo - constituye la expresión "disponga"; tal disposición debe considerarse en último término como el cambio - en la finalidad jurídica impresa por el pasivo para la cosa mueble que se convierte en objeto materia - del delito; tal cambio entraña por sí mismo la le - sión patrimonial.

Es la expresión que contiene la ley, re - lativa a la cosa ajena mueble "de la que se le haya

(14) Ernst Von Beling. Esquema de Derecho Penal. La - doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastian Soler. Pág. 35 y sigs. Buenos Aires, 1945.

transmitido la tenencia y no el dominio", la que - -
presenta ciertas dificultades y que a virtud de inter-
pretaciones poco afortunadas ha dado origen a confu-
siones entre el abuso de confianza y el robo, princi-
palmente. Se trata del presupuesto técnico -jurídico
del delito y tan solo en forma provisional diremos, -
repetiendo lo asentado con anterioridad, que semejan-
te transmisión de tenencia debe de ser tal, jurídica -
mente hablando que constituya en relación con el fu-
turo activo una posesión derivada de la cosa mueble--
(15) como el capítulo siguiente se ocupará específi-
camente del tema, dejemos este enunciado como provi-
sional, a reserva de tratar de explicar'o dentro de-
las limitaciones del sustentante.

En el sistema de penalidad del abuso de
confianza se observa una situación análoga a la que -
se apuntó en relación con el robo: la pena atiende -
fundamentalmente al importe de la disposición. Es --
cierto que de acuerdo con las reglas que contiene el
artículo 52 del Código Penal podrá el juez regular -

(15) Renato Sales Gasque. El Presupuesto Técnico del
Abuso de Confianza. Tesis profesional. México,-
1962.

su arbitrio para la cuantificación correspondiente, pero se verá constreñido por el máximo a no exceder ciertas penalidades aún cuando en determinados casos la conducta del activo revele una perfidia manifiesta.

B).- ABUSO DE CONFIANZA Y ROBO.

Recurriendo a un símil topográfico podría decirse que mientras que en el robo la conducta del activo atrae la cosa de fuera hacia dentro, en el abuso de confianza, el delincuente, teniéndola en su ámbito la impulsa hacia afuera (16). Por supuesto que como toda comparación ésta claudica, pero es por demás gráfica y es que entendemos que en el robo el objeto materia del delito está fuera de la esfera patrimonial del activo y la atrae hacia dentro de la misma. No es que el ladrón se convierta en dueño de la cosa, pero al comportarse en relación con ella como si lo fuera, se encuentra de hecho, que no de derecho, en las mismas condiciones en que lo estaría -

(16) Antonio de P. Moreno. Curso de Derecho Penal Mexicano. Editorial Jus. México 1944.

el dueño. En el abuso de confianza el objeto sobre el que recae la conducta está dentro de la esfera de disponibilidad fáctica del futuro activo-del delito y estando la cosa mueble afecta a una finalidad específica, el activo desvía esa finalidad y comportándose en relación con ella como si fuera propia, le imprime una distinta. En el clásico ejemplo del abuso de confianza que comete el depositario, la cosa está afecta a permanecer bajo su custodia y ser devuelta al dueño en un momento determinado; si el depositario se la apropia ejecutando sobre ella actos de dominio, está desviando la finalidad impresa por el pasivo, como también - estará cambiando la finalidad jurídica de la tenencia si la entrega a un tercero, ya que su deber es el de mantener el objeto de esa situación específica sin que haya cambio alguno en el estado fáctico y jurídico impreso por el titular.

Sucede en ocasiones que el objeto sobre el que recae la conducta delictiva se encuentra dentro de la esfera material del activo y la apropiación

ción o disposición de la misma no integra el delito de abuso de confianza sino el de robo; tal sucede en el conocido ejemplo del robo del dependiente o también en el caso de los domésticos. A reserva de puntualizar la directriz básica para diferenciar el robo del abuso de confianza cuando el objeto material del delito está dentro del ámbito del activo, diremos que en el caso del abuso de confianza se requiere que haya mediado un acto jurídico a virtud del cual hay una delegación expresa de ciertas facultades en relación con la cosa, y a virtud de dicha delegación el activo se convierte en un poseedor derivado y no en mero detentador del objeto. (17) Es cierto que el dependiente de una casa comercial tiene dentro de su esfera de disponibilidad material -- las diversas mercancías; cierto también que el propietario de las mismas las tiene afectadas a una finalidad específica como es su venta, pero el título a virtud del cual el dependiente las tiene dentro de su esfera de disponibilidad es el contrato de presta

(17) Renato Sales Gasque. El Presupuesto Técnico del Abuso de Confianza. Tesis profesional. México - 1962.

ción de servicios o laboral, según el caso, y no un acto jurídico que haya recaído en forma directa e inmediata sobre la mercancía. Distinto es el caso del depositario, pues en dicha hipótesis hubo un acto jurídico (el contrato de depósito) que recayó en forma directa inmediata sobre la cosa y tan solo en forma refleja sobre el depositario. El título posesorio es distinto en uno y otro caso: mientras que el dependiente es jurídicamente un precarista, el depositario es un verdadero poseedor, sólo que su facultad está limitada a la finalidad específica a que se destinó el depósito.

En posterior capítulo, cuando nos ocupemos del presupuesto técnico del abuso de confianza intentaremos precisar la noción de posesión derivada que viene a ser la directriz básica para encontrar la distinción entre abuso de confianza y robo si es que el bien se encuentra en poder de quien se convierte en activo.

C).- ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.

A primera vista es fácil la distinción-

entre el abuso de confianza y el fraude, pues se -
parte de la base de que el activo en el fraude - -
crea una falsa representación o mantiene en el e--
rror al pasivo y como consecuencia de ello obtiene
el lucro correspondiente.

Está muy difundida la opinión conforme
a la cual si el futuro activo procura ganarse la -
confianza del pasivo con la preordenada finalidad-
de que a virtud de esa confianza dolosamente logra
da le sean entregadas algunas cosas y lograda la -
entrega se comporta en relación con ellas como si-
fuera su dueño, el delito cometido es el de fraude
y no el de abuso de confianza. Se dice que todo -
se reduce a un problema de prueba y que acreditada
la actitud engañosa del activo consistente en crear
una falsa apariencia de fidelidad, la entrega de la
cosa lo es a virtud de un proceso engañoso y por lo
tanto se está en presencia del engaño y del lucro.-
(18) La opinión como se dijo está muy difundida, --
sin embargo vale la pena meditar en que el pasivo -

(18) Antonio de P. Moreno. Curso de Derecho Penal-
Mexicano. Editorial Jus. Pág. 118 y sigs. Méxi-
co, 1944.

entreg^{la} la cosa afecta a una finalidad específica;- -
en el fraude hay la cesión al derecho sobre la cosa
y no lo hay en la hipótesis que se viene comentando.
Hay razones técnicas básicas para sostener que aún-
dentro de esa hipótesis el delito cometido es el de
abuso de confianza y no el de fraude, precisamente--
porque no hay cesión al derecho sobre la cosa sino -
afectación de la misma a una finalidad específica.

A virtud de una adición de fecha relati-
vamente reciente, artículo 9o. del Decreto de 2 de-
enero de 1968, se comp-enden en el artículo 387 del
Código Penal las fracciones XIX y XX que equiparan-
al fraude el cambio en la finalidad jurídica de "dí-
nero, títulos o valores" entregados a los interme -
diarios en operación de traslación de dominio de - -
bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre de --
ellos, lo mismo que a los constructores o vendido -
res de edificios en condominio que obtengan dinero,
títulos o valores por el importe de su precio o a--
cuenta de él como "si no los destinaren, en todo o-
en parte, al objeto de operación concertada, por su
disposición en provecho propio o de otro".

La adición de referencia se hizo a raíz de lo que dió en llamarse un escándalo financiero - en el que intervinieron dos damas de aparente e insospechable honorabilidad y algún caballero que se dedicaba a la construcción y venta de casas habitación.

Del contexto de las fracciones XIX y XX del artículo 387 del Código Penal se advierte -- que el núcleo de la conducta está constituido por la "disposición en provecho propio o de otro del dinero o valores recibidos". Y resulta que dicha disposición se hace por intermediarios quienes reciben los valores o dinero afecto a una finalidad específica convirtiéndose en esa forma en poseedores derivados de los mismos. Si no existieran dichas disposiciones, la conducta podría sancionarse bajo el título punitivo del abuso de confianza y - considerado así el tema se ve que la necesidad de la adición era nula; sin embargo, es característico en nuestro medio el que siempre que hay algún - hecho que recibe gran publicidad reaccione el - --

presidente en turno adicionando la Ley. (19).

Debe de entenderse que los intermediarios lo son en una operación real y no ficticia, pues si - hubieran engañado al presunto comprador sobre su calidad de intermediarios, se estaría fuera de la hipótesis del abuso de confianza para penetrar a la del fraude en el tipo básico.

Mucho podría decirse sobre el contenido de las fracciones XIX y XX del artículo 387 del Código Penal; sin embargo, atento a la finalidad del presente trabajo, nos concretaremos a sostener que independientemente de que la adición era innecesaria, tal como están estructuradas las disposiciones de referencia debe partirse de que se trata de una operación real y no ficticia. Si fuera ficticia la operación, la conducta del activo quedaría fatalmente dentro del ámbito del tipo básico del fraude contenida en el artículo 386 y también la adición resulta innecesaria; pero al tratarse de una operación real y ser el intermediario un poseedor deriva

(19) Alfonso Sánchez Romero. El Fraude, En Operaciones Sobre Derechos Reales. Tesis profesional.- México, 1971.

do, y estar constituido el núcleo de la conducta delictiva por la disposición del dinero o valores en provecho propio o de otro, hay un concurso aparente de leyes entre las dos fracciones citadas y el tipo básico del abuso de confianza contenido en el artículo 382 del Código Penal. El concurso de referencia debe resolverse a favor de la norma especial que en éste caso vienen a ser las fracciones XIX y XX del artículo 387 ya que en ellas específicamente se trata la distracción de dinero o valores por intermediarios en operaciones en inmuebles o derechos reales.

Una última observación respecto a las fracciones multicitadas: En el caso de la fracción XX se capta la conducta de "constructores o vendedores de edificios en condominio". Ahora bien, si tales constructores o vendedores son intermediarios, resultaba innecesaria dicha fracción, pues su conducta aparece ya descrita en la fracción XIX y si no son intermediarios sino propietarios, la hipótesis es de imposible realización.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. L. M.

D). ABUSO DE CONFIANZA Y DESPOJO.

Independientemente de otras diferencias básicas, basta decir que el despojo recae siempre - sobre cosas inmuebles en tanto que el abuso de confianza lo es sobre muebles. Como no hay posibilidad alguna de confundirlos, basta señalar la diferencia anterior para concluir sus caracteres distintivos.

E).- ABUSO DE CONFIANZA Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA.

Siendo lo característico del daño en -- propiedad ajena el demérito a la cosa sobre la que recae la conducta pudiendo ser ella mueble o inmueble, y como el abuso de confianza entraña el cambio en la finalidad jurídica de la cosa mueble de la que se tiene una posesión derivada, la diferencia aparece diáfana entre las figuras delictivas de que nos venimos ocupando, y con ésto damos por señaladas en forma sintética las diferencias entre el delito materia del presente estudio y las demás figuras de - delitos patrimoniales.

CAPITULO III

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA.

A).- La esfera de custodia.

B).- La posesión derivada.

CAPITULO III

EL PRESUPUESTO TECNICO DEL ABUSO DE CONFIANZA.

A).- La ESFERA DE CUSTODIA.

Desde la época del gran maestro de la -
Universidad de Pisa, Francesco Carrara, se aludió--
a la esfera de custodia como la directriz conforme--
a la cual podía diferenciarse el abuso de confianza
del robo, e incluso de cualquier otro delito contra
el patrimonio. La tesis en cuestión puede reducir--
se a lo siguiente: La esfera de custodia debe enten--
derse como un ámbito dentro del cual puede el titu--
lar del bien ejecutar actos materiales sobre la co--
sa. Si quien deviene activo del delito rompe dicha
esfera, se estará en presencia del delito de robo;-
si por el contrario quien rompe la esfera de custo-

dia es el futuro pasivo, se estará en presencia -
del abuso de confianza. (20)

El ejemplo del porteador es por demás-
ilustrativo del pensamiento carrariano a propósito
de la esfera de custodia: Una persona encarga a un
porteador el que conduzca del mercado a su casa --
una cierta mercancía que acaba de adquirir. El --
porteador acepta y en un momento determinado hecha
a correr sin que el propietario del objeto logre--
darle alcance. En ese caso, se dice que el portea-
dor ha cometido el delito de robo porque él es - -
quien ha roto la esfera de custodia al sacar el ob-
jeto del ámbito dentro del cual el pasivo podía --
ejercitar actos materiales sobre del mismo. Si --
por el contrario, el propietario del objeto encar-
ga al porteador que conduzca la mercancía a su ca-
sa y que al llegar al domicilio lo espere en tanto

- (20) Francesco Carrara. Programa del Curso de Dere-
cho Criminal. Vol. IV, tomo sexto. Números --
2279 a 2288. Págs. 256 a 369 Ed. Temis, Bogotá
1959.

La tesis de la esfera de custodia se ha sinte-
tizado siguiendo los principios que informan
las conclusiones del gran clásico. Dichas con-
clusiones se obtienen de lo expuesto en los -
números ya citados y en la problemática del -
Hurto comprendida entre los Núms. 2108 a 2117
que pueden consultarse en las págs. 143 a 149-
de la obra citada.

él se ocupa de algunos otros menesteres, y el porteador en vez de dirigirse al lugar indicado se aleja llevando consigo la mercancía, como es el titular del bien quien ha roto la esfera de custodia, el delito cometido es el de abuso de confianza, según se ha mantenido durante un cierto tiempo.

La tesis explicada en la forma simplista en que lo ha sido, tiene la innegable ventaja de cierta claridad y aparece a primera vista convincente puesto que al indicar el propietario de la cosa al porteador que debe dirigirse a un domicilio determinado y ahí aguardarlo en tanto él llega, está indiscutiblemente demostrándole confianza y al parecer cediéndole la tenencia pero no el dominio del objeto, cuyo destino específico es el de ser transportado hasta el domicilio del pasivo. Por otra parte, cuando el porteador se aleja rápidamente y coloca el bien fuera de la esfera material de su titular, lo está sustrayendo al dominio del pasivo y por lo tanto, aparece diáfana la afirmación de que se tra-

él se ocupa de algunos otros menesteres, y el porteador en vez de dirigirse al lugar indicado se aleja llevando consigo la mercancía, como es el titular del bien quien ha roto la esfera de custodia, el delito cometido es el de abuso de confianza, según se ha mantenido durante un cierto tiempo.

La tesis explicada en la forma simplista en que lo ha sido, tiene la innegable ventaja de cierta claridad y aparece a primera vista convincente puesto que al indicar el propietario de la cosa al porteador que debe dirigirse a un domicilio determinado y ahí aguardarlo en tanto él llega, está indiscutiblemente demostrándole confianza y al parecer cediéndole la tenencia pero no el dominio del objeto, cuyo destino específico es el de ser transportado hasta el domicilio del pasivo. Por otra parte, cuando el porteador se aleja rápidamente y coloca el bien fuera de la esfera material de su titular, lo está sustrayendo al dominio del pasivo y por lo tanto, aparece diáfana la afirmación de que se tra-

ta de un delito de robo. Tal es en síntesis el pensamiento que durante mucho tiempo dominó en la doctrina penal.

B).- LA POSESION DERIVADA.

En el preámbulo de este ensayo se hizo notar que a virtud de los términos que utiliza la ley para describir el abuso de confianza, la inclusión de la palabra "tenencia" ha traído cierta confusión, incluso para quienes con buena o mala fortuna se han ocupado de escribir sobre el tema. Los hay que equiparan el significado de la palabra tenencia que utiliza la ley a la simple detentación o al poseedor precario. (21) Con semejante criterio se llegaría a afirmar que comete abuso de confianza quien recibe un objeto sin otro propósito de quien se lo entrega que el de que lo admire, (22) cometería abuso

(21) Este punto de vista es el que adopta Raúl Carrancá y Trujillo al sostener que: "La posesión que el agente debe tener de la cosa ha de ser solo precaria; simple tenencia material no jurídica". Código Penal Anotado No. 278. Antigua Librería de Robredo, Pág. 834. 2a. Ed. México, 1966.

(22) Carrara afirma que en un caso como el señalado -- hay robo (hurto) y no abuso de confianza, "pues esa entrega momentánea no invirtió la posesión del objeto". Programa del Curso de Derecho Criminal No. 2285 Editorial Temis Bogotá, 1959. Vol. 4o. pág. 365.

de confianza, el presunto comprador de un billete de lote - ría que tiene en sus manos el artículo en cuestión y que en vez de pagar su precio se aleja con el mismo. También cometería abuso de confianza o en la opinión de algunos, probablemente fraude, quien con la dañada intención de apoderarse de un objeto solicita de otro que se le muestre y se aleja rápidamente, del titular del mismo. La teoría de la esfera de custodia de Carrara resulta si no exacta, sí menos errónea-- que la de los señores en cuestión.

En la tesis de la esfera de custodia se pasa por alto lo que la moderna doctrina ha observado y que se reduce a investigar el título posesorio de quien deviene activo del delito. (23) Si el título posesorio lo es a virtud de un proceso engaño -- so pero que no tiene como resultado la cesión de la cosa o de un derecho sobre la misma, la figura que se integre será la del robo y jamás la del fraude.- Ahora bien, la palabra "tenencia" debe interpretarse en función de la que la sigue en el texto de la Ley

(23) Carrara afirma que "cometen abuso de confianza...el triturador de aceitunas, el molinero o cualquier otro obrero que se apropia de los granos que se le entregan para que los trabaje, el transportador que se apropia las cosas que se le confían para que las lleve a otra parte, y en general, todo el que después de haber recibido del dueño alguna cosa para hacer de ella un uso determinado, la emplea de otra manera, en provecho propio, como si -- fuera su dueño". Programa del Curso de Derecho Criminal Parte Especial Vol. 4o.No.286 Pag.367.Ed.Temis.Bogotá. 1959.

relativa a "no dominio". Debe también procurarse para lograr la interpretación correcta de la misma, observar el catálogo de los tipos contra el patrimonio e ir colocando dentro del molde correspondiente cada conducta de acuerdo con lo que podíamos llamar la génesis fáctico-jurídica de la lesión que se produce.- La sola tenencia material no puede constituir el presupuesto o dicho en otras palabras, ser el significado de la palabra "tenencia" que comprende el artículo 382 del Código Penal.

Si entendemos por tenencia la material - aprehensión de la cosa, cometerá abuso de confianza aquél a quien se le muestra un objeto tan solo para que lo mire; cometerá fraude quien previa autorización del vendedor tiene en sus manos un objeto, con el propósito de alejarse con el mismo, etc. etc.

El error de la tesis sobre la esfera de custodia radica en ignorar que el título posesorio es la directriz básica para diferenciar el delito - de abuso de confianza de cualquiera otra. Por su--

puesto que en el abuso de confianza siempre es el pasivo quien rompe la esfera de custodia; pero no en todos los casos en que el pasivo rompe dicha esfera, la conducta ejecutada constituye el delito de abuso de confianza. En el propio ejemplo del porteador, aparece claro que éste comete delito cuando se aleja violentamente llevando consigo el objeto que va cargando; pero el hecho de que se le ordene que vaya a un lugar determinado y que espere ahí al dueño del mismo y en vez de hacerlo se dirige a lugar distinto, no significa que esté cometiendo el abuso de confianza; confianza se le tuvo como que se le entregó la cosa, como también se le tuvo confianza al dependiente para contratarlo o a la doméstica para que preste servicios. Ahora bien, el porteador en el ejemplo de la esfera de custodia recibe el objeto para transportarlo; pero ésto no significa que se le esté delegando un poder sobre el mismo. Este es el meollo del problema: cuando el titular del bien delega un poder -- sobre la cosa, está creando una situación jurídica de posesión derivada. Quien mueva una cosa mueble

a quien se interesa en contemplarla y la pone en -- sus manos, no está delegando poder alguno sobre la misma. El vendedor de billetes de lotería que a -- solicitud del presunto comprador pone en sus manos el clásico "cachito", no está delegando poder algu no sobre el billete, etc. etc. En cambio, el in -- dustrial delega en el comisionista un poder especí fico sobre las mercancías. El propietario está de -- legando en su administrador un poder sobre los bie nes muebles administrados, etc. etc. Es decir, el -- presupuesto técnico del abuso de confianza se redu ce a la presencia de un acto jurídico a virtud del cual hay una delegación de un poder específico so -- bre la cosa mueble. (24)

- (24) Mariano Jiménez Huerta afirma lo siguiente: "Des de ahora se perfila con la debida claridad que -- "trasmitir la tenencia" implica jurídicamente -- independizar el poder de hecho sobre la cosa -- de la persona que efectúa la transmisión y trans -- ferir o trasladar dicho poder de hecho a la que -- más tarde se erige en sujeto activo del delito". Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio. Pág. 121. Antigua Librería Ro -- bredo. México, 1963.

CAPITULO IV

FIGURAS ESPECIFICAS Y CONDUCTAS EQUIPARADAS.

- A).- Las fracciones I y II del artículo
383.**
- B).- La fracción III del artículo 383 y
el artículo 384.**

CAPITULO IV
FIGURAS ESPECIFICAS
Y CONDUCTAS EQUIPARADAS.

A).- LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTICULO 383.

Las dos primeras fracciones del artículo 383 del Código Penal consignan lo siguiente:

"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 el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo".

Posible activo en las hipótesis de --
la fracción I es el dueño de la cosa embargada --
y que se ha convertido en depositario judicial- -
de la misma. Resulta en consecuencia que el de -
recho de propiedad se encuentra notablemente -- -
limitado, al grado de que, de los tres elementos-
clásicos del derecho de propiedad en sentido qui--
ritario lo han privado del último de ellos, el --
clásico "abutendi", y como la cosa está afecta a-
una obligación específica, ya que está garantizan-
do el cumplimiento de algo reductible a dinero, -
la disposición del objeto es igual al cambio a la
finalidad jurídica impresa por la autoridad. Aho-
ra bien, la Ley habla de "disponer o sustraer". -
En lo que se refiere al contenido del término - -
"disponer", debe afirmarse que es el de cambio en
la finalidad jurídica que lo mismo puede darse --
por la venta del objeto que por su destrucción. -
No hay confusión posible entre ésta hipótesis y -
la fracción I del artículo 368 en la que se des -

criben figuras equiparadas al robo, puesto que - en la relativa al robo se comprende el caso de - disposición o destrucción de cosa propia ejecuta da por el dueño cuando ésta se encuentra en po - der de un tercero; en cambio, en el dispositivo - que se comenta, hay la disposición de la cosa em - bargada que se encuentra en depósito judicial del propietario y no de un tercero. En el caso del - robo la Ley alude a disposición o destrucción; - en el de abuso de confianza habla de disposición o sustracción, y por ello es que se atribuye al verbo disponer el contenido de enajenación e in - cluso de destrucción pues al destruir se está -- disponiendo de la cosa.

Por otra parte, el verbo "sustraer"- que puede integrar una hipótesis distinta, debe - entenderse como significado de desplazamiento; - élllo es, la sustracción tendrá lugar cuando el - dueño depositario judicial de la cosa embargada - la lleva a un lugar distinto de su propio ámbito,

disminuyéndose en esa forma la posibilidad de -- hacer efectiva la garantía que el embargo sobre dicha cosa significa. Esta es la razón por la que -- la Ley habla de disponer o sustraer y no solamente disponer.

En lo que se refiere a la fracción II- arriba transcrita, cabe manifestar que el posible activo es el depositario, quien debe ser distinto al dueño, puesto que la conducta de éste último -- aparece captada en la fracción I. Respecto al significado de los términos disponer y sustraer, damos por reproducidos los comentarios hechos en relación con ellos cuando renglones arriba nos ocupamos de las hipótesis de la fracción I, e insistimos en que la sustracción debe entenderse como el desplazamiento de la cosa fuera del ámbito del depositario porque al encontrarse en uno distinto, aún cuando el depositario no haya dispuesto de la misma en sentido jurídico, vuelve prácticamente -- nugatoria la garantía que la cosa depositada repre

senta, ya que está afecta al cumplimiento de una obligación. La disposición hecha por el depositario podría sancionarse incluso si no existiera -- la fracción II del artículo 383; sin embargo, la sustracción, entendida en la forma en que se ha explicado, tiene entidad propia y por lo tanto, -- cuando menos en lo que a dicha hipótesis se refiere, el dispositivo agrega una situación distinta a cualquiera que pueda comprender el tipo básico descrito en el artículo 382.

B).- LA FRACCION III DEL ARTICULO 383 y EL 384.

La fracción III del artículo 383 del -
Código Penal Federal establece lo siguiente:

"383.- Se considera como abuso de con-
fianza para los efectos de la pena:....

III.- El hecho de que una persona ha-
ga aparecer como suyo un depósito que ga-
rantice la libertad caucional de un proce-
sado y del cual no le corresponda la pro-
piedad".

Por su parte el artículo 384 del propio ordenamiento citado, establece a la letra:

"384.- Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de haber sido requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que éste disponga de la misma conforme a la ley".

La Ley equipara al abuso de confianza el solo hecho de hacer aparecer como propio el importe de una caución cuando dicha propiedad no corresponde a quien hace tal manifestación. En la práctica judicial es por demás frecuente el que los abogados encargados de tramitar la libertad caucional, en algunas ocasiones para facilitar el trámite y en otras con el dañado propósito de apropiarse del importe de la caución o asegurar cuando menos los honorarios correspon-

dientes, hagan aparecer como suyas las diversas sumas que se entregan para la obtención de la libertad provisional, pues resulta que apareciendo como propias, solo a ellos podrán ser devueltas si es -- que se llega el caso, y el medio está bastante corrompido como para asegurar que solo excepcionalmente dichas cantidades son devueltas a quienes en sen tido económico realmente las exhibieron.

La primera impresión que se tiene de la lectura del artículo 384 es la de que en él se consignan dos hipótesis, relativa a la primera a la ilegítima retención de la cosa y no se la devuelve a pesar del formal requerimiento que haga quien tenga derecho a él y por el contexto de la última parte del dispositivo se puede tener la impresión de que se trata de violación a los deberes que impone el artículo 775 del Código Civil conforme al cual "El que hallare una cosa perdida o abandonada, deberá entregarla dentro de los tres días a la autoridad municipal del lugar o a la más cercana si el hallaz

go se verifica en despoblado". Los dos siguientes artículos de la Ley Civil estatuyen que la autoridad mandará tasarla y se fijarán avisos cada diez días durante un mes, en la inteligencia de que si nadie se presenta a reclamarla será rematada. Sin embargo, debe afirmarse que si el ilegítimo poseedor no obstante el requerimiento hecho no entrega la cosa a quien la reclama, puede entregarla a la autoridad para que decida ella sobre el derecho del reclamante. No se trata en la parte final de una segunda hipótesis delictiva que capte la violación al deber que impone el artículo 775 del Código Civil, sino que el poseedor a que se refiere el artículo 384 debe implícitamente ejecutar cualquiera de esas dos situaciones: entregar la cosa a quien la reclama, o ponerla a disposición de la autoridad para que decida sobre el derecho del reclamante. Si no hace alguna de ellas, estará dentro de la hipótesis delictiva.

La ilegítima retención puede originar-

se incluso en un hallazgo, pero es indispensable - que medie la reclamación para que la figura se integre; es decir, la mera conducta omisiva en violación del deber que consigna el artículo 775 del Código Civil no integra el delito, aún cuando puede el hallazgo ser un antecedente de la reclamación - por parte de quien extravió tal cosa. Por otra parte, la más frecuente de las situaciones fácticas - que se dan en relación con ésta figura es la de retención de precio o parte del mismo en el caso de una compra-venta que se rescinde. Si el fallido - vendedor retiene el precio o parte del mismo a pesar del requerimiento y no lo entrega al reclamante o lo pone a disposición de la autoridad, su --- conducta integrará la hipótesis del artículo 384.

El formal requerimiento debe interpretarse en un sentido extensivo; es decir, no hay - razón alguna para sostener que deban utilizarse -- ciertas solemnidades, sino que basta acreditar que el reclamante solicitó expresamente y sin lugar a-

dudas la entrega del objeto; demostrado élllo debe sostenerse que existió el requerimiento formal. - El problema de prueba se simplifica si se hace ante presencia de testigos y también si se recurre a personas investidas de fé pública e incluso a la autoridad; pero, repetimos, no debe entenderse que el formal requerimiento entraña la presencia de solemnidades, fórmulas o cualquiera otra cosa que tenga carácter sacramental.

CAPITULO V

ENCUADRAMIENTO DOGMATICO.

- A).- Conducta.**
- B).- Tipicidad.**
- C).- Antijuridicidad.**
- D).- Culpabilidad.**

CAPITULO V

ENCUADRAMIENTO DOGMATICO.

A).- CONDUCTA.

De acuerdo con la corriente doctrinaria dominante los caracteres constantes de cualquier delito están constituidos por conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. No se alude ya por todos los autores a imputabilidad y punibilidad, -- porque según se aduce la imputabilidad es característica del delincuente y no del delito, y el concepto de punibilidad está implícito en el de tipicidad debido a que el tipo se entiende no como una -- descripción desprovista de valoración como lo dije-

ra Beling (25) cuando por primera vez enunció su célebre doctrina, sino que se le entiende como -- descripción de una conducta, como acreedora de - pena.

Tratando de encuadrar la figura del - abuso de confianza dentro del esquema doctrinario del delito en general, podemos decir que la con - ducta en el mismo está integrada no solamente por el cambio en la finalidad jurídica, pues si tal - dijéramos nos estaríamos colocando en la vieja -- concepción del núcleo del tipo constituido según - se decía por el verbo "definitorio". Modernamen - te se afirma que la conducta se integra por la ac - ción y sus modalidades, y dentro de este campo de ideas consecuentemente habrá de afirmarse que la conducta del abuso de confianza requiere la recep - ción de la cosa en forma tal que se tenga una po - sesión derivada, y además el cambio en la finali - dad jurídica impreso por el titular del objeto.

(25) Ernst von Beling. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastian Soler. Pág. 35 y sigs. Buenos Aires. 1945.

B).- TIPICIDAD.

Siendo la tipicidad de la conducta la capacidad de la misma para encajar en el molde legal, (26) la tipicidad del abuso de confianza está en la adecuación entre el comportamiento del activo que recibe la cosa y la tiene como poseedor derivado dentro de la connotación dada en el capítulo tercero y la distrae con perjuicio del titular de la misma. A esto se reduce en último término el dato de la tipicidad.

C).- ANTIJURIDICIDAD.

Los concedores de la materia enseñan que la antijuridicidad debe entenderse como la contradicción entre la fase objetiva del comportamiento y el deber ser que implícitamente predicamos los tipos; (27) ésto es, la antijuridicidad es el re -

(26) Fernando Castellanos Tena. Apuntes tomados en su cátedra el año de 1969.

(27) Celestino Porte Petit Candaudab. Apuntes de la parte general del Derecho Penal. Pág. 163. México 1959.

sultado de un juicio de valor sobre la fase externa del comportamiento en relación con el deber que se tiene a virtud de los mandatos del Estado que vienen a constituir lo que se conoce con el nombre de Derecho u orden jurídico.

La desaprobación a la fase externa de la conducta se origina en la violación al deber de conservar la finalidad jurídica impresa a la cosa entregada por el pasivo. Quien deviene sujeto activo del delito estará dentro de la juridicidad -- mientras no cambia la finalidad jurídica de la cosa y al violar el deber que personalmente le incumbe incide en el terreno de la ilicitud, y como se trata de una ilicitud tipificada se encontrará dentro del terreno delictual.

D).- CULPABILIDAD.

Se ha dicho que el delito tiene un dato de orden naturalístico constituido por la conducta, otro de orden formal al que se reduce la tipi-

cidad y uno de orden axiológico o valorativo que se integra por la antijuridicidad y la culpabilidad. -

(28) Se afirma que mientras la antijuridicidad es el resultado de un juicio de valor con resultados-- desaprobatórios sobre el comportamiento fáctico del sujeto activo, la culpabilidad se reduce a un juicio de valor también con resultados desaprobatórios pero no en relación con el comportamiento fáctico -- sino con la motivación de orden psicológico. O dicho en otras palabras: la culpabilidad es el resultado de un juicio de reproche respecto a la fase interna del delito.

Aplicadas estas ideas a la figura del - abuso de confianza, la culpabilidad recaerá sobre - la voluntariedad de la distracción de la cosa entregada dentro del supuesto técnico de la figura que - nos ocupa. Se trata de un delito necesariamente -- doloso, ya que no es admisible su ejecución por culpa, y si alguien por falta de cuidado dispone de la

(28) Fernando Castellanos Tena. Apuntes tomados en su cátedra en el año de 1969.

cosa de la que se le ha transmitido la tenencia y no, el dominio, podrá haber una responsabilidad de carácter civil, pero nunca del orden penal.

CAPITULO VI

CUESTIONES DE ORDEN PROCEDIMENTAL.

A).- La Querrela.

B).- El perdón.

**c).- Los artículos 377 y 378 del Código Pe
nal.**

CAPITULO VI

CUESTIONES DE ORDEN PROCEDIMENTAL.

A).- LA QUERELLA.

De acuerdo con el artículo 385 del Código Penal, "El Delito previsto en éstos artículos solamente se perseguirá a petición de parte ofendida, siendo aplicables en lo conducente los artículos 377 y 378".

Atento el contexto de la ley, es indispensable hacer algunas disquisiciones en relación con cuestiones de orden procedimental como son la querella y los efectos extintivos de responsabilidad que tiene el perdón del ofendido, así como las

situaciones comprendidas en los artículos 377 y 378 del propio Código Penal.

De las enseñanzas de los procesalistas se desprende que el instituto de la querrela debe entenderse, como la manifestación hecha por el ofendido o su legítimo representante para que la autoridad se avoque al conocimiento de hechos cuya perseguibilidad está subordinada a la manifestación expresa que se haga al respecto. (29)

Los artículos 263 y 264 del Código de Procedimientos Penales del fuero común establecen lo siguiente:

"Art. 263.- Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

I.- Rapto y estupro;

II.- Injurias, difamación, calumnia y golpes simples.

III.- Los demás que determina el Código Penal".

(29) Guillermo Colín Sánchez. Derecho Mexicano de -- Procedimientos Penales. Pág. 237. Ed. Porrúa. México, 1964. También puede consultarse Manuel Rivera Silva. El procedimiento penal. Pág. 127, 6a Edición. Porrúa 1973.

"Art. 264.- Cuando para la persecución -
de los delitos se haga necesaria la quere- -
lla de la parte ofendida, bastará que ésta-- -
aunque sea menor de edad manifieste verbal - -
mente su queja para que se proceda en los -- -
términos de los artículos 275 y 276. (Relati -
vos a formalidades a seguir en el levantamien- --
to de las actas para iniciar el procedimien --
to). Se reputará parte ofendida para tener por
satisfecho el requisito de la querella necesaria, a
toda persona que haya sufrido algún perjuicio con -
motivo del delito y, tratándose de incapaces, a los
ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o--
los que representen a aquellas legalmente.

Las querellas presentadas por las personas
morales, podrán ser formuladas por apoderado que ten-
ga poder general para pleitos y cobranzas con cláu-
sula especial, sin que sea necesario acuerdo previo-
o ratificación del Consejo de Administración o de la
asamblea de socios y accionistas ni poder especial--

para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio - en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de éste artículo".

Entre "los demás que determine el Código Penal" a que se refiere la fracción III del artículo 263 está precisamente el abuso de confianza, ya que el 385 del propio ordenamiento expresamente alude a que "solamente se perseguirá a petición de parte ofendida". Ahora bien, a virtud de que el delito de abuso de confianza está sujeto al régimen de querella surgen una serie de consecuencias relativas no solamente al poder extintivo del perdón - que se otorgue, sino en relación con la prescripción del delito, que a virtud de la redacción un tanto confusa de las disposiciones vigentes, ha dado origen a interpretaciones diversas y contradic-

torias.

Es el artículo 107 del Código Penal - el que señala el régimen en materia de prescripción para los delitos que se persiguen a que- rre- lla de parte. La disposición establece lo si- guiente:

"La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que solo pueda -- perseguirse por queja de parte, prescribi- rá en un año contado desde el día en que - la parte ofendida tenga conocimiento del - delito y del delincuente y en tres, inde- pendientemente de esta circunstancia.

Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiere deducido la- acción ante los Tribunales, se observarán- las reglas señaladas por la Ley para los- delitos que se persiguen de oficio".

El dispositivo transcrito adolece de una serie de defectos de orden técnico que obligan al -

intefprete a recurrir a la interpretación sistemática teniendo muy poco en cuenta las cuestiones -- de orden lingüístico puramente gramaticales. En efecto, si comparamos la parte primera del dispositivo en su párrafo primero con la parte primera -- del párrafo segundo, tendremos que concluir que -- cuando la Ley habla de que "la acción penal que -- nazca de un delito.... que solo pueda perseguirse -- por queja de parte prescribirá en un año...", debemos concluir que no se habla de la prescripción de la acción penal sino de la prescripción del derecho de querrela, ya que la parte segunda del -- mandamiento establece que llenado el requisito -- "se observarán las reglas señaladas para los delitos que se persiguen de oficio". Lo que prescribe es el derecho de querrela y no la acción penal.

Por otra parte, la ley habla de un delito "sea o no continuo". Si nos atenemos al contexto del artículo 19 en su parte segunda conforme al cual "Se considera, para los efectos legales, -

delito continuo aquél en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión que lo constituyen", y observamos el catálogo del Código Penal, concluiremos que hay un solo delito continuo que se persigue a querrela de parte, y es el abandono de hogar. La disposición cobra sentido si entendemos que la voluntad de la Ley no es la de referirse a lo que conforme a ella misma es el delito continuo, sino al delito continuado que según afirman los doctrinarios se integra por pluralidad de acciones entrelazadas por unidad de intención e identidad de lesión, además de que recae siempre sobre bienes jurídicamente disponibles. Si entendemos que la Ley se refiere al delito continuado, tiene ya sentido la parte primera del mandamiento, y en particular refiriéndonos al abuso de confianza encontramos que en la gran mayoría de los casos el abuso se comete en forma continuada; ello es, hay una serie de disposiciones pero entrelazadas todas por la uni-

dad de intención y la identidad de lesión que en este caso es del orden patrimonial. Ahora bien, la Ley señala el término de prescripción del derecho de querrela en un año contado a partir del momento en que el pasivo tenga conocimiento "del delito y del delincuente", y es racional que así sea puesto que se procura cierta estabilidad y seguridad jurídica que se perdería si se dejara al arbitrio del ofendido la presentación de la querrela en lo que se refiere al tiempo de formulación de la misma; además, el derecho de querrela prescribirá en tres años que deben contarse a partir del último acto de ejecución del delito, aún cuando no se tenga conocimiento del mismo. La fijación del término del derecho en cuestión resulta ser el mismo que conforme al artículo 105 debe transcurrir para que opere la prescripción de la acción penal, pero que en ningún caso será inferior a tres años. Resulta de lo anterior que si estando a punto de transcurrir los tres años del último acto de eje-

dad de intención y la identidad de lesión que en este caso es del orden patrimonial. Ahora bien, la Ley señala el término de prescripción del derecho de querrela en un año contado a partir del momento en que el pasivo tenga conocimiento "del delito y del delincuente", y es racional que así sea puesto que se procura cierta estabilidad y seguridad jurídica que se perdería si se dejara al arbitrio del ofendido la presentación de la querrela en lo que se refiere al tiempo de formulación de la misma; además, el derecho de querrela prescribirá en tres años que deben contarse a partir del último acto de ejecución del delito, aún cuando no se tenga conocimiento del mismo. La fijación del término del derecho en cuestión resulta ser el mismo que conforme al artículo 105 debe transcurrir para que opere la prescripción de la acción penal, pero que en ningún caso será inferior a tres años. Resulta de lo anterior que si estando a punto de transcurrir los tres años del último acto de eje-

cución del delito de abuso de confianza, el ofendido tiene conocimiento del delito y del delincuente, es a partir de dicho momento que principia a correr el año que tiene para formular legalmente su querrela y a virtud de situaciones de hecho fácilmente explicables podrá suceder que la querrela se presente después de los tres años de ejecutado el delito y sin embargo pueda formularse válidamente porque el conocimiento se tuvo antes de que transcurrieron los tres años del último acto de ejecución; si por el contrario se tiene conocimiento del delito y del delincuente después de los tres años del último acto de ejecución el derecho de querrela se habrá extinguido irreversiblemente. (30).

La defectuosa técnica del articulado relativo a la prescripción se observa en lo referente a lo que podía llamarse caducidad y no prescripción del derecho de querrela y se acentúa en la parte segunda del mandamiento en lo relativo a lo que la Ley denomina deducción de la acción ante los Tribunales. En efecto, recuérdese que el apartado segundo estatuye lo siguiente:

(30) Javier Guerra M. La prescripción. Tesis profesional. México, 1968.

"Pero si llenado el requisito inicial de la querella, ya se hubiere deducido la acción ante los Tribunales, se observarán las reglas señaladas por la Ley para los delitos que se persiguen de oficio".

Aquí una vez más debe apartarse el intérprete del significado letrístico para recurrir a una interpretación teleológica y sistemática, pues si nos atenemos al contexto literal desembocaríamos en una interpretación conforme a la cual el régimen de prescripción para los delitos que se persiguen de oficio es aplicable al de los delitos cuya perseguibilidad está subordinada a la querella, solamente cuando "ya se hubiere deducido la acción ante los tribunales", y como a partir de la Constitución de 1917 el ejercicio de la acción penal es privativo de la institución del Ministerio Público según lo previene el artículo 21 de la Constitución Política de la República, resultará que es indispensable que se haya ejercitado ya la acción penal ante los Tribunales, para que el régimen de prescripción del delito sea distinto al de un año o tres, según el caso, de acuerdo con las especificaciones - -

anotadas renglones arriba al comentar la parte primera del artículo 107.

Una interpretación teleológica y sistemática nos llevará necesariamente a concluir que cuando la Ley habla de deducción de la acción ante los Tribunales, lo que significa es algo distinto al ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público-- ante los jueces; si tal sucediera quedaría el querellante a merced del Ministerio Público cuya actuación no se caracteriza precisamente por ser activa, entendida la expresión en sentido de celeridad; es decir,-- si se entiende letrísticamente la segunda parte del-- art.107 del Código Penal nos encontraríamos con una-- situación en la que no obstante la presentación de -- la querella inmediatamente después de ejecutado el de lito de abuso de confianza, si por alguno de esos raros comportamientos de la burocracia, la acción penal se ejercita después de transcurrido un año, el Juez-- estaría obligado a declarar que prescribió ya la ac - ción penal porque no se dedujo la acción sino hasta - después de transcurrido un año; lo que sería colocar al

ofendido en una situación de inferioridad manifiesta, no obstante haber presentado su querrela inmediatamente después de ejecutado el hecho delictivo.

En síntesis, el intérprete al buscar el alcance y contenido del artículo 107 debe escapar -- al significado puramente letrístico de los términos que utiliza dicho mandamiento. Cuando la parte primera del dispositivo habla de "la acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo pueda perseguirse por queja de parte.."deberá afirmarse que no se trata de la acción penal entendida como facultad privativa del Ministerio Público para solicitar de los tribunales el avocarse al conocimiento de un caso concreto, pues si tal hiciera, el precepto resultaría contradictorio de lo que estatuyen los artículos 105 en relación con el 118 relativos a los delitos que se persiguen de oficio. Deberá entenderse que la voluntad de la ley es referirse al derecho de querrela y más que a una prescripción que tiene efectos extintivos debía hablarse de acuerdo con la técnica

ca procesal de una caducidad del derecho de querrela. Por otra parte, cuando la ley utiliza el término "continuo" debe entenderse que no se trata de delito continuo o permanente al que alude el artículo 19 en su parte última sino a la figura conocida como delito continuado que se integra por la pluralidad de acciones, unidad de intención e identidad de lesión. Por otra parte, cuando en la parte segunda del mandamiento se alude a la acción deducida ante los Tribunales, deberá entenderse que no se trata del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, sino de la presentación de la querrela ante la autoridad competente. Desde el punto de vista letrístico es una interpretación que tortura la norma, pero quienes se dedican a estas cuestiones enseñan que la interpretación no debe ser el resultado del medio literal únicamente, sino que debe recurrirse al elemento lógico, al sistemático y al teleológico. Lo que sucedió en el capítulo de prescripción fué que el legislador de 1931, por un fenómeno de inercia característico en nuestro medio siguió las directrices que al respecto -

marcaba el Código Penal de 1871, sin advertir que -
el sistema procedimental había variado notablemente.

B).- EL PERDON.

El hecho de que el delito de abuso de -
confianza requiera la presentación de querrela para-
su perseguibilidad, , nos lleva necesariamente a con-
siderar el contenido del artículo 93 del Código Penal
que a la letra consigna:

"El perdón o el consentimiento del ofen-
dido 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-
formular sus conclusiones por el Ministerio Pú-
blico y;

III.- Que se otorgue por el ofendido --
o por la persona que reconozca éste ante la au-
toridad como legítimo representante o por quien

acredite legalmente serlo o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito".

Atento lo preceptuado en la fracción I - del artículo transcrito resulta que "el perdón o el consentimiento" extinguirá la acción penal. Pero es indispensable hacer algunas consideraciones respecto al mandamiento legal transcrito.

La Ley atribuye efectos extintivos al consentimiento, equiparándolo en cierta forma al perdón, lo que es sin duda un defecto técnico, pues el perdón es necesariamente posterior en tanto que el consentimiento es coetáneo a la ejecución del acto formalmente delictivo. No puede haber consentimiento posterior, sino perdón.

El consentimiento del titular del bien jurídico, que afecta una conducta formalmente delictiva puede actuar como causa de atipicidad o bien como causa de justificación. Lo será de atipicidad -- cuando su ausencia se consigne como elemento delicti

vo; lo será como justificante, cuando sin consignarse como elemento del tipo la ausencia del consentimiento, medie éste y recaiga sobre bienes jurídicamente disponibles. (31) Trataremos de explicar ésta cuestión.

Los tipos contenidos en los artículos - 265 y 367 del Código Penal específicamente comprenden la ausencia de voluntad del pasivo. En efecto, en el artículo 265 relativo a la violación se habla de la imposición del ayuntamiento sexual por medio de la violencia física o moral, lo que entraña implícitamente la ausencia de voluntad del pasivo. Por otra parte, en la figura del 367 referente al robo en forma explícita se alude al apoderamiento de cosa mueble ajena, "sin derecho y SIN CONSENTIMIENTO de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley". Fácilmente se puede deducir de la propia estructura de los tipos a los que se acaba de hacer alusión, que si media el consentimiento de quien es -

(31) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo - II. Pág. 95 y siguientes. Editorial La Ley. --- Buenos Aires, 1958.

sujeto de la agresión sexual o de quien puede disponer de la cosa conforme a la ley en el caso del robo, la conducta será atípica; ello es, no encajará dentro de la descripción legal ni siquiera en su aspecto formal puramente letrístico; por eso es que en esos casos como en los previstos en los artículos 265 y 367 la presencia del consentimiento actúa como causa de atipicidad, ya que en forma implícita en el primero y explícita en el segundo se requiere la ausencia de dicho consentimiento por parte del pasivo.

Por otra parte, si el consentimiento recae sobre bienes jurídicamente disponibles, no habrá antijuridicidad en el comportamiento, por la sencilla razón de que siendo disponible el bien, puede el titular del mismo permitir su afectación. La tutela penal se establece partiendo de la base de que el titular del bien desea su conservación y si éste, actuando de acuerdo con lo que el derecho lo autoriza permite la afectación, no hay base alguna para que pueda considerarse contrario a derecho el actuar de quien formalmente ejecuta el comportamiento. Imaginemos el-

caso del despojo en que el activo utilizando violencia sobre las cosas (rompiendo las cerraduras por -- ejemplo), se introduce a una casa habitación que está desocupada. Si el titular del derecho de posesión lo observa y asiente a la ocupación, la conducta del presunto activo no podrá considerarse como contraria a derecho puesto que no está violando en forma alguna el deber ser que implícitamente le exige la norma, - ya que el deber ser de referencia se establece para proteger al titular del derecho de posesión, y si éste abdica del mismo, no hay razón alguna para calificar semejante conducta de antijurídica.

En el caso del robo se da una situación aparentemente compleja respecto a la calificación que merece la presencia del consentimiento porque mientras que por una parte su ausencia aparece descrita como - elemento del tipo, su presencia entrañaría el que recayera sobre bienes jurídicamente disponibles uno= - de los cuales es el patrimonio, que es el bien disponible por excelencia, como también lo son la libertad y el honor. Ahora bien, sería incorrecto técnicamen-

te afirmar que en el caso del robo la presencia del consentimiento actúa simultáneamente como atipicidad ya que su ausencia está descrita como elemento del tipo, y al mismo tiempo como justificante porque siendo el patrimonio jurídicamente disponible no podría considerarse antijurídico el apoderamiento consentido. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que frente al planteamiento técnico tiene una primacía lógica la tipicidad sobre la antijuridicidad y por lo tanto no siendo típica la conducta carece de sentido el valorarla en función del deber ser que la norma penal predica implícitamente.

Independientemente del significado gramatical que tenga la palabra perdón, debe de entenderse que para los efectos penales, éste se reduce a la manifestación del ofendido o de su representante en su caso para que cese todo procedimiento en contra de quien ha afectado su esfera jurídica. - - Mientras que el consentimiento es indispensablemente coetáneo a la acción, el perdón es posterior a la misma. Salvo la costumbre un tanto macabramente-

humorística de la edad media en la que la víctima - perdonaba de antemano al verdugo, no es posible admitir un perdón anticipado, sino, en sentido estricto, un consentimiento. Ahora bien, aplicando las ideas anteriores al abuso de confianza podemos decir que si el pasivo de la distracción se entera de que ésta se está cometiendo y permite que se continúe con ella, habrá consentimiento en relación con las futuras actividades distractivas y perdón en relación con las anteriores. El perdón dentro del ejemplo entrañaría necesariamente la ausencia de presentación de querrela. Sin embargo, el perdón al que se refiere el artículo 93 del Código Penal, es el que se otorga cuando la querrela ha sido ya formulada y tan es así que la fracción II del artículo 93 exige que el perdón se conceda "antes de formularse conclusiones por el ministerio público", lo que implica necesariamente que cuando menos se ha iniciado el procedimiento y que incluso puede haber llegado ya al momento procesal inmediato anterior al en que el Ministerio Público formula el pliego acusatorio.

El otorgamiento del perdón traerá el -
sobreseimiento de la causa y no un fallo absoluto--
rio, ya que es bien sabido que el sobreseimiento se
da por motivos de orden procesal, y como extingue -
éste la acción penal de acuerdo con lo que preceptúa
la parte primera del artículo 93, el mandamiento --
que dicta el Juez será una interlocutoria decretan-
do el sobreseimiento y no una sentencia definitiva-
absolviendo al procesado. Si dicho perdón se otor-
ga antes de que se ejercite la acción penal, el mí-
nisterio público dictará un acuerdo de archivo defi-
nitivo, como se dice en el lenguaje usual dentro -
de la Institución titular de la acción penal.

A las consideraciones hechas renglones
arriba sobre la querrela, el perdón y el consenti -
miento, debemos agregar una cuestión característica
mente procedimental cual es la relativa a los efec-
tos que tiene la falta de querrela dentro del proce-
so penal cuando éste erróneamente se haya iniciado.
De acuerdo con lo que preceptúa la fracción II del -
artículo 477 del Código Procesal para el Distrito y
Territorios Federales, será causa de suspensión del

procedimiento: "II.- Cuando después de iniciado el - procedimiento, se descubriere que el delito es de -- aquéllos respecto de los cuales, conforme a su artículo 263 y 264 no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieren llenado". Disposición ideológicamente análoga se -- comprende en la fracción II del artículo 477 del Código Procesal Federal. Por otra parte, los artículos 480 del Código Procesal del Fuero Común y 471 - del Federal, establecen en síntesis que si se hubiere suspendido el procedimiento por falta de presentación de la querrela, formulada ésta se reiniciará. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo relativo a la prescripción o más bien dicho la caducidad del derecho de querrela, pues si se ha llegado a cierta etapa procedimental, es probable que en la mayoría de - los casos haya transcurrido ya el año que fija la -- parte primera del artículo 107 o los tres a que se - refiere la parte última de dicha parte primera del dispositivo.

C).- LOS ARTICULOS 377 Y 378 DEL CODIGO PENAL.

Según lo ordena la parte final del - -

artículo 385 son aplicables "en lo conducente" al -
abuso de confianza, los artículos 377 y 378 del pro-
pio Código Penal.

Los artículos a que se acaba de hacer -
referencia establecen lo siguiente:

"Art. 377.- El robo cometido por un
ascendiente contra un descendiente suyo, o
por éste contra aquél, no produce responsa-
bilidad penal contra dichas personas. Si -
además de las personas de que habla este-
artículo tuviere intervención en el robo -
alguna otra, no aprovechará a ésta la excu-
sa absolutoria, pero para castigarla se ne-
cesita que lo pida el ofendido. Pero si --
procediere, acompañare o siguiere al robo-
algún otro hecho que por sí solo constitu-
ya un delito, se aplicará la sanción que--
para éste señale la Ley".

"Art. 378.- El 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 hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermana, produce responsabilidad penal pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado".

Se trata de disposiciones que no ameritan un comentario específico, pues su comprensión es fácil en extremo. Basta sustituir la palabra robo por la de abuso de confianza para que se capte cabalmente el régimen aplicable a la figura materia del presente estudio. Sin embargo, vale decir que según la opinión más difundida, la excusa absolutoria a que se refiere la parte primera del artículo 377, tiene como base una idea de comunidad de patrimonio entre el ascendiente y el descendiente, y sobre todo la Ley sigue estimando que sería más grave el perjuicio que se sigue a la propia institución familiar -- por el hecho de que un ascendiente acuse a su descendiente o viceversa, que el que pueda producir un delito patrimonial como el abuso de confianza. En relación-

con los terceros, la excusa absolutoria carecería - de base ideológica, pero a fin de evitar el escándalo subsiguiente, ya que se involucraría al ascendiente o al descendiente, se subordina la perseguibilidad en relación con el tercero, a la formulación de la querrela.

CAPITULO VII

POSIBLES CAUSAS DE EXCLUSION DE PENA.

- A).- Explicación previa.**
- B).- Falta de conducta.**
- C).- Atipicidad.**
- D).- Justificantes.**
- E).- Inimputabilidades.**
- F).- Inculpabilidades.**
- G).- Excusas absolutorias.**

CAPITULO VII

POSIBLES CAUSAS DE EXCLUSION DE PENA.

A).- EXPLICACION PREVIA.

Cuando en el capítulo quinto se procuró hacer el encuadramiento dogmático del delito de abuso de confianza se afirmó que los aspectos positivos del delito en general se reducen a cuatro, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ahora bien, atento el contenido del artículo 15 del Código Penal y lo preceptuado en la parte primera del artículo 377, vamos a regresar al viejo planteamiento originalmente enunciado por Guillermo-Sauer para tratar de encontrar cuáles de las situaciones descritas en la propia ley pueden operar como

causa de exclusión de la pena en el caso del delito de abuso de confianza que nos ocupa.

Desde el punto de vista rigurosamente técnico, todas las causas de exclusión de la pena - contenidas en el artículo 15 del Código Penal, excepción hecha de la fuerza física exterior e irresistible a que se refiere la fracción primera, son verdaderas atipicidades entendido el término en su contenido no puramente formal sino característicamente normativo; es decir, mediante cualquiera de dichas situaciones la conducta no es acreedora de pena y por lo tanto estamos fuera de la tipicidad, ya que estaremos fuera del ámbito punitivo. Otro tanto debe decirse de la excusa absolutoria comprendida en la parte primera del artículo 377 en la que se establece una auténtica remisión de la pena.

La vieja doctrina reducía las excluyentes a causas de justificación, causas de inimputabilidad y excusas absolutorias, pero como dijera Jiménez de Asúa "a medida que las inculpabilidades van-

encontrando su cóngruo lugar, van cediendo ante ellas las excusas absolutorias". (32) El examen que a continuación se hará toma en cuenta exclusivamente el esquema trazado en el artículo 15 del Código Penal y en la parte final del artículo 377, según ya se dijo. Es bajo este prisma que deben enjuiciarse las afirmaciones que habrán de hacerse en los renglones siguientes.

B). FALTA DE CONDUCTA.

En la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales se consigna como causa excluyente de responsabilidad "Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible". Ya se dijo en el inciso anterior que la llamada falta de acción ni siquiera puede considerarse técnicamente como atipicidad por la muy elemental razón de que siendo la tipicidad la adecuación de la conducta a la descripción legal, al no haber conducta no habrá tipicidad posible, y por lo tanto desde el punto de vista sistemático puede considerarse como incorrecto el ha -

(32) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pág. 434 Ed. Hermes, Buenos Aires, 1959.

ber incluido la fuerza física exterior irresistible como excluyente de responsabilidad . Probablemente se hizo pensando antes que nada en la aplicación de la Ley por parte de personas no especializadas.

Si no hay comportamiento alguno por parte del sujeto, estamos en presencia de lo que en sentido figurado podría llamarse la nada, penalística - mente hablando.

C).- ATIPICIDAD.

La atipicidad surge como consecuencia - de la no existencia del tipo o de la no integración del mismo. En el primero de los casos se está ante el delito putativo, en el segundo ante el imposible o bien ante conductas indiferentes aún cuando ilícita desde el punto de vista de orden jurídico en general. No debe olvidarse que en éstos momentos nos es tamos refiriendo a la atipicidad en sentido formal - y no a la atipicidad en sentido material, pues mientras que la primera es la no adecuación al tipo, la-

la segunda implica la ausencia de los presupuestos de la pena cuando la conducta encaja dentro de la descripción legal correspondiente.

D).- JUSTIFICANTES.

La justificante es la contrapartida de la antijuridicidad y sin pretender gran profundidad en el concepto, puede decirse que se reduce a la autorización o al mandato para ejecutar una conducta que es formalmente típica: cuando en la defensa legítima se autoriza el rechazo de la agresión, implícitamente se está permitiendo al agredido la ejecución de cualquier conducta, incluso la que pueda integrar formalmente un tipo como sería el de homicidio en un caso extremo. También cuando se exige un determinado comportamiento, no puede estimarse que el derecho lo repruebe, puesto que lo está exigiendo.

Dentro de este orden de ideas, podemos considerar como justificantes las comprendidas en las fracciones III, V y VIII relativas a la defensa-

legítima, al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un derecho, y al impedimento legítimo.

La defensa legítima es el ejercicio de un derecho específicamente reglamentado; el cumplimiento de un deber ampara el concretamente exigido y el ejercicio de un derecho el específicamente autorizado, en tanto que el impedimento legítimo abarca conductas omisivas cuya ejecución implícita o explícitamente prohíbe la ley en determinadas circunstancias.

No es imaginable la ejecución material de la conducta descrita en el artículo 382 ni siquiera el de cualquiera de las figuras equiparadas o subordinadas mediando una justificante. En efecto, es imposible imaginar siquiera que alguien en defensa legítima cambie la finalidad jurídica de la cosa mueble en relación con la cual tiene una posesión derivada. La defensa legítima cambie la finalidad jurídica de la cosa mueble en relación con la cual tiene una posesión derivada. La defensa legítima entraña siempre una reacción en contra del agresor y atenta la estructura del tipo del abuso de confianza, incluso el de las figuras comprendidas en los artículos --

383 y 384, no cabe la reacción en contra del agresor - ejecutando la conducta correspondiente a la figura - materia del presente estudio.

Tampoco es posible el que se distraiga una cosa en cumplimiento de un deber, pues el deber de quien deviene activo es precisamente cumplir con la finalidad jurídica impresa en relación con la cosa.

Siendo el impedimento legítimo una conducta omisiva, tampoco puede imaginarse cómo pueda - distraerse por omisión.

Por último, la figura equiparada comprendida en el artículo 384 no admite justificante, ya que se requiere la "ilegítima posesión de la cosa". Dicha ilegítima posesión rige en todo momento, incluso para el caso de cosa extraviada que se reclama por el titular. No es argumento en contra del derecho de retención que tiene el dueño del establecimiento en el caso del hospedaje, derecho que consigna el artículo-2669 del Código Civil, porque si el hospedero retiene

la cosa lo hace legítimamente y por lo tanto se tratará de un caso de atipicidad y no de una conducta - que esté justificada desde el punto de vista técnico.

Cuando en el inciso anterior se dijo - que no hay atipicidad posible se hacía referencia a la figura básica consignada en el artículo 382, pero preferimos tratar este caso específico de atipicidad en el inciso correspondiente a las justificantes para contraponer el derecho de retención que tiene el - hospedero en relación con el huésped y precisar que - no se trate de una conducta antijurídica dentro de la temática del derecho penal; jurídica lo es por su - puesto, pero a virtud de que se consigna como elemento del tipo equiparado descrito en el 384 la "ilegítima posesión", y la posesión y subsiguiente retención por parte del hospedero no es ilegítima, sino - perfectamente jurídica, no debe catalogársele como - justificante, sino como un caso de atipicidad, precisamente por describirse como elemento normativo del tipo la ilegitimidad multicitada. En este caso como-

en el de robo en el que media consentimiento, tiene primacía lógica la atipicidad sobre la justificación.

E).- INIMPUTABILIDADES.

Dentro del catálogo del artículo 15, - se consideran como inimputabilidades las situaciones comprendidas en la fracción II y algunos casos de -- miedo grave cuando el miedo en cuestión produce automatismo. La problemática del miedo grave cuando no produce automatismo reviste cierta complejidad, y no es ésta la ocasión de ocuparse de la misma. Nos reduciremos por el momento al caso en que el miedo - en cuestión produzca automatismo y por lo tanto se maneja con la técnica de trastorno mental transitorio.

No es descabellado decir que puede darse la material ejecución de la conducta descrita en los artículos 382, 383 y 384 mediando inimputabilidad. Las razones son obvias y no ameritan mayor --

explicación. En esos casos, no obstante la formal -
integración de los tipos, el sujeto debe de quedar -
exento de responsabilidad precisamente por haber --
perdido su capacidad de querer y evaluar su propio -
comportamiento.

F).- INCULPABILIDADES.

Deben catalogarse como inculpabilidades
algunos casos de miedo grave y los de temor fundado,
el estado de necesidad, la inculpable ignorancia, la
obediencia debida y el encubrimiento entre parientes
o por motivos afectivos, comprendiendo en éstos últi
mos lo que la ley designa como "amor, respeto, grati
tud o estrecha amistad".

Habrá inculpabilidad por miedo grave -
cuando quien lo sufre ejecuta una conducta formalmen
te típica sobre la persona distinta a quien lo provo
ca o bien afecta bienes jurídicos distintos de quien
tal situación anímica está produciendo. En cambio, --
si reacciona, no se tratará de miedo grave sino de -

una defensa legítima siempre y cuando el miedo en cuestión tenga una causa real y no putativa. Si el miedo tiene una causa putativa, la posible acción típica que se ejecute debe ser enjuiciada dentro de la técnica del error.

El temor fundado, según se dice, está constituido por el allanamiento de quien lo sufre a la exigencia de quien lo provoca, allanamiento que fatalmente tiene que ser de contenido típico para que se esté dentro del presupuesto de la excluyente. Si el allanamiento en cuestión es atípico, no tendrá porqué buscarse la operancia del temor fundado en este instituto penal.

En el estado de necesidad dos bienes que se encuentran en pleno estado de juridicidad se encuentran en conflicto y alguno de los dos tiene que resultar necesariamente afectado. Se dice que en ese caso hay la no exigibilidad de otra conducta y que no obstante la antijuridicidad de la acción el proceso anímico no es reprochable y por-

ende no hay culpabilidad.

En el caso de inculpable ignorancia se está en presencia de un error insuperable, como también en el caso de la obediencia debida. Por último, en el supuesto de la fracción IX relativa al encubrimiento (por motivos afectivos), hay también una no-exigibilidad y por lo tanto inculpabilidad.

En el cuadro de las diversas inculpabilidades que en forma extremadamente sintética se han identificado, creemos que podrá existir la material ejecución de las conductas descritas en los artículos 382 a 384 inclusive, tan solo en los casos de - miedo grave, de temor fundado y de obediencia debida, aún cuando este último caso resulte un tanto extraño y requiera indispensablemente el que la conducta se de en perjuicio del patrimonio de una persona-moral cuyo gerente ordene al cajero o a quien quiera que tenga posesión derivada sobre bienes muebles, su aplicación a un fin distinto al que sabe este -- último que están destinados.

ende no hay culpabilidad.

En el caso de inculpable ignorancia se está en presencia de un error insuperable, como también en el caso de la obediencia debida. Por último, en el supuesto de la fracción IX relativa al encubrimiento (por motivos afectivos), hay también una no-exigibilidad y por lo tanto inculpabilidad.

En el cuadro de las diversas inculpabilidades que en forma extremadamente sintética se han identificado, creemos que podrá existir la material ejecución de las conductas descritas en los artículos 382 a 384 inclusive, tan solo en los casos de - miedo grave, de temor fundado y de obediencia debida, aún cuando este último caso resulte un tanto extraño y requiera indispensablemente el que la conducta se de en perjuicio del patrimonio de una persona-moral cuyo gerente ordene al cajero o a quien quiera que tenga posesión derivada sobre bienes muebles, su aplicación a un fin distinto al que sabe este -- último que están destinados.

También es fácilmente comprensible - -
la operancia de la excluyente de temor fundado en -
quien ha recibido la cosa mueble convirtiéndose en -
poseedor derivado, y es conminado para que la entre -
gue, variando así el curso jurídicamente hablando, -
impreso por su titular.

El caso fortuito comprendido en la frac -
ción X del artículo 15 que se considera como el lími -
te objetivo de la culpabilidad jamás podrá operar co -
mo excluyente en el caso del abuso de confianza, pues -
to que la fracción de referencia tiene como base la -
causación de daños en la integridad física o patrimo -
nial a virtud de una conducta puramente material.

G).- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Atento lo preceptuado en la parte prime -
ra del artículo 277 del Código Penal, habrá excusa -
absolutoria cuando la distracción se ejecute dentro -
del supuesto de dicho dispositivo; es decir, cuando -
sea el ascendiente o el descendiente quien formalmen -
te integre el tipo. Por las razones anotadas en el-

inciso c) del capítulo anterior, no habrá aplicación de pena no obstante la formal tipicidad de la conducta.

J U R I S P R U D E N C I A .

Advertencia previa:

Se transcriben a continuación algunas tesis que ha ordenado publicar la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fueron consultadas en el último día en que se elaboró el presente ensayo. Podrá observarse que algunas contradicen los conceptos que se mantienen en la tesis. Como la jurisprudencia es obligatoria únicamente para los Tribunales y no para el sustentante quien esto suscribe, se permite disentir de algunas de ellas.

"ABUSO DE CONFIANZA. DEPOSITARIOS.- El -- delito previsto en el artículo 383 , fracción I, del Código Penal Federal, es una figura autónoma, de elementos típicos diversos al de abuso de confianza, y -- que sólo en forma impropia puede designársele con es-

ta denominación, ya que expresamente la ley lo equipara al abuso de confianza solo para los efectos de la pena.- Amparo D. 1739/55. José Leonides Delgadillo. - 5 de agosto de 1958. 5 votos. Ponente Luis Chico Goerne. Volumen XIV. Segunda Parte. Pág. 16."

" ABUSO DE CONFIANZA .- Sí quedó probado que el inculpado recibió mediante un préstamo que en el mismo puede tener el carácter de civil, la mera tenencia de unos bienes, y que cuando fué requerido para devolverlos, no lo hizo, comprobándose que dispuso ilícitamente de los bienes que le fueron prestados, en perjuicio de su propietario, el hecho de que el acto del cual derivó su posesión sea de carácter civil no elimina la naturaleza delictuosa de los hechos cometidos por el acusado.- Amparo D. 6111/62. - Luis Basco Reyes. 4 de marzo de 1963.- Unanimidad -- de 4 votos. Ponente: J.J. González Bustamante. Vol.-- LXIX. 2a. Parte. Pág. 9."

"ABUSO DE CONFIANZA INEXISTENTE.- No -- existe el delito de abuso de confianza, si el querrelante que se dice víctima, dió en calidad de préstamo determinada cantidad de dinero de la que dispuso el acusado. Amparo D.4436.Valente Jiménez Delgado --

y Coags. 21 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente:-
Angel González de la Vega. Volumen LXXVI.- 2a. parte.
Pág. 9."

" ABUSO DE CONFIANZA COMETIDO POR CAJEROS.

El hecho de que una cajera reciba una cantidad de dinero en el ejercicio de su empleo, la tome y mediante una maniobra que es posible a virtud del mecanismo de la caja registradora y sumadora, haga que no aparezca en la suma total de los ingresos, entraña la comisión del delito de abuso de confianza y no el de fraude, pues dicha maniobra es un acto de ocultación de la distracción, el que no puede ser considerado como causal del lucro, sino que es necesariamente posterior a la distracción.- Amparo D.7855/63. Minerva Martínez Solís. 4 de junio de 1964. 5 votos. - Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Vol. LXXXIV.2a.Parte Pág. 9."

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS.

Una cosa es disponer de la cosa entregada en confianza y otra lograr la confianza de alguien para que en

tregue la cosa; si en el primer caso se dispone del objeto se está en presencia del abuso de confianza; en el segundo, lo que existe es el agotamiento del delito de fraude genérico, pues la disposición gratuita u onerosa recae sobre el bien obtenido mediante el proceso engañoso.- Amparo directo 2381/65. Armando Aburto Hernández. 29 de julio de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. - Volumen XCVII, Segunda Parte. Pág. 30".

"ABUSO DE CONFIANZA. DEPOSITARIOS.- -- (QUERRELLA). El delito previsto en el artículo 383 - fracción I del Código Penal Federal no es de aquellos que se persigue por querrela de parte, excluyéndose por lo tanto la aplicación del artículo 385 -- del propio Código punitivo; sirve de base a esta interpretación, la redacción del primero, que expresamente señala: "Se considera como abuso de confianza PARA LOS EFECTOS DE LA PENA.....I.- El hecho de disponer o substraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial....."; si la propia ley reputada como abuso de confianza, para todos los efec-

tos legales, al delito a que se refiere dicha fracción, tendría que concluirse que, como tal, solamente se perseguiría a petición de parte ofendida, pero como precisamente por disposición de la propia ley se le equipara al abuso de confianza únicamente para los efectos de la pena, debe interpretarse que es de aquellos delitos que se persiguen de oficio, no siéndole aplicable el citado artículo 385.- Amparo directo 1739/55. José Leonides Delgadillo. - 5 de agosto de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XIV. Segunda Parte. Pág. 21."

"ABUSO DE CONFIANZA. CAJAS DE AHORROS.

Si la quejosa manejaba dinero ajeno cuya tenencia se le había entregado para destino determinado, como fué el constituir una caja de ahorros, el disponer del mismo para el pago de deudas personales, -- entraña la comisión del delito de abuso de confianza, pues habiéndose transmitido la tenencia de cosas ajenas para disponer de ellas con específico fin, -- el sujeto activo dispuso para otro objeto, invir-

tiendo el título posesorio.- Amparo directo 5909/64.
Enriqueta Morales de Aguilera. 21 de julio de 1965.-
5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Volumen XCVII, -
Segunda parte, Pág. 9".

"ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE TRASMI
SION DE LA TENENCIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MI-
CHOACAN). Si bien el artículo 323 del Código Penal-
del Estado de Michoacán, al describir el abuso de -
confianza, habla de que se haya transmitido la te--
nencia de la cosa, no debe interpretarse la ley en--
sentido restrictivo, o sea que la transmisión de la
tenencia de los objetos debe ser hecha precisamente
por el interesado, pues el delito se configura aún-
cuando el dinero o los objetos los reciba el autor-
de la infracción, de una tercera persona, como suce-
de cuando el comisionista obtiene no del comitente,
sino de terceros, cantidades pertenecientes al se-
gundo y dispone de ellas.- Amparo directo 7164/66.-
Sacramento Romero Andrade. 7 de diciembre de 1966.
5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Volumen CXIV,
Segunda parte, pág. 11".

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Mientras -
que en el delito de abuso de confianza, es esen -
cial la acción de disponer o disipar la cosa, vio -
lando la finalidad jurídica de la tenencia, en for -
ma tal que el abusario obre como si fuera su dueño
tratándose del delito de fraude se requiere la con -
currencia del engaño por parte del autor esto es, -
cuando éste realiza una actividad positivamente men -
tiroso que hace incurrir en una creencia falsa al -
pasivo de la infracción, o cuando se aprovecha del
error en que éste se encuentra, pues si bien en u -
no y otro ilícitos, el autor alcanza un lucro inde -
bido, que implica disminución patrimonial para el -
pasivo de la infracción, de todas formas lo que es -
esencial, es que en el abuso de confianza, la tenen -
cia del objeto le ha sido confiado voluntariamente,
sólo que viola la finalidad jurídica de la tenen -
cia; en tanto que en el fraude el autor se hace --
de la cosa o valores, mediante el engaño y maquina -
ciones a que recurre para obtener su entrega. Ampa -
ro D-1309/59. Antonio Hernández García. VOLUMEN ---
XXVI. 2a. Parte, página 20".

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.- Aunque es cierto el delito de abuso de confianza que define el artículo 382 del Código Penal Federal, y el de fraude, son infracciones que causan lesión al patrimonio y, por lo tanto, implican defraudación, también lo es que tratándose del delito de fraude, el agente despliega una actividad positivamente mentirosa para hacer incurrir en una creencia falsa-error al pasivo de la infracción,- alcanzando un lucro indebido, en tanto que por lo que ve al delito de abuso de confianza, aún cuando hay disposición o distracción de la cosa, violando la finalidad jurídica de la tenencia en forma tal que el abusario obra como si fuera su dueño, sin embargo, concurre un elemento distinto, como lo es el relativo a que la cosa ha sido entregada voluntariamente por este último, en tanto que en el fraude, el pasivo es determinado por el dolo con que procede el sujeto activo.- Amparo directo 6678/57. Gilberto Treviño Saldaña. 10 de febrero de 1958. Mayoría de 3 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Volumen VIII, 2a. Parte. Pág. 9".

"ABUSO DE CONFIANZA. DELITO CONTINUO. PRESCRIPCION.

Si el cajero acusado dispuso de diversas cantidades de dinero propiedad del banco ofendido, no se trata en el caso de un delito consumado, sino de un delito continuo y, consecuentemente, la prescripción -- comenzó a correr al cesar el último acto de ejecución o sea, en la fecha en que se practicó el arqueo que dió a conocer el delito.- Amparo directo 7485/59 José Vizcaíno Briones. 28 de marzo de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. VOLUMEN-- XXXIII, 2a. parte. Pág. 10".

"ABUSO DE CONFIANZA.- Si el reo, una vez -- que consiguió que al ofendido le entregara la letra de cambio que debía pagar, se retiró violentamente, afirmando que iba a regresar con su chequera para -- extender el cheque de pago correspondiente y, no -- obstante la espera por parte del ofendido y la búsqueda que después hizo del reo, éste no llegó a devolver la letra de cambio ni a entregar el cheque -- que ofreció en pago de la obligación de que se hace mérito, ello establece un enlace natural y lógico --

de los datos analizados, que determina a tener por comprobado el cuerpo del delito de abuso de confianza y la responsabilidad penal del reo, por cuanto a que recibió la tenencia precaria de un título de crédito que no devolvió, ni hizo el pago de la obligación consignada en el mismo.- Amparo Directo 6186/57. Prisciliano Abril Rivera. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: -- Luis Chico Goerne. Volumen XIV. Segunda parte. Pág. 10".

"ABUSO DE CONFIANZA, EQUIPARACION DEL DELITO DE (LEGISLACION DE TAMAULIPAS).- El artículo 376, fracción II, del Código Penal de Tamaulipas-- dispone: "Se considerará como abuso de confianza y se aplicarán las sanciones establecidas por el artículo anterior, en cualquiera de los siguientes casos: Fracción II.- Por disponer de la cosa depositada o substraerla el depositario que no sea dueño de ella". Con arreglo a la definición legal, -- los elementos que integran el tipo equiparable al abuso de confianza genérico son los siguientes: --

que el depositario, no dueño, disponga o sub- -
traiga la cosa depositada causando perjuicio.- -
Como es de observarse ,entre los elementos cons -
titutivos del delito que se examina, no aparece -
el relativo a "Retención ilícita" que se contiene
en el genérico de abuso de confianza, que no tiene
aplicación, puesto que la norma especial deroga -
la general. Así pues, si el indiciado no dispuso,
pues sólo retuvo, la cantidad objeto de la acusa -
ción, es obvio que no cometió el delito de abuso de
confianza que se le imputa, ya que como se ha di -
cho, el artículo 376, fracciónII, no contiene como
elemento constitutivo la retención ilícita de dine -
ro, valores, cosa mueble,etc., sino que la disposi -
ción sea indebida para sí o para otro. Amparo di -
recto 5798/60. Felipe Doria Valli y Coag. 15 de fe -
brero de 1961 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan
José González Bustamante. Volumen XLIV. 2a. Parte,
Pág. 19".

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.- La noción de patrimonio que interesa en función del delito de abuso de confianza es la del patrimonio afectación: si se admitiera la de patrimonio personalidad no podría integrarse el delito de referencia el que requiere el perjuicio en contra de alguien.

SEGUNDA.- Hay un concurso aparente de normas entre el artículo 382 que describe el tipo básico del abuso de confianza y las fracciones XIX y XX del artículo 387 del Código Penal. Dicho concurso aparente de leyes se resuelve al tenor de las fracciones citadas.

TERCERA.- La parte primera del artículo 107 del Código Penal debe interpretarse como refiriéndose a la caducidad del derecho de querrela -- y no a la prescripción del ejercicio de la acción penal. Cuando en la segunda parte de dicha disposición se habla de que "se hubiere deducido la acción ante los Tribunales debe entenderse que a lo-

que se hace referencia es a la formulación de la querrela ante las autoridades.

Debe en consecuencia reformarse la redacción del artículo 197, pues en la forma en que actualmente está concebido, prácticamente hay que hacer a un lado el medio literal de interpretación para encontrarle un sentido sistemático.

CUARTA.- El presupuesto técnico del abuso de confianza es la posesión derivada la que debe de entenderse como la tenencia que se origina a virtud de una delegación específica sobre la cosa mueble.

QUINTA.- En el delito de abuso de confianza caben las excluyentes de trastorno mental transitorio y miedo grave cuando produce automatismo y habrá entonces inimputabilidad. Es posible imaginar inculpabilidad por temor fundado y por obediencia debida. Ninguna otra excluyhente admite la figura delictiva.

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

BALLVE PALISSE FAUSTINO. Función de la Tipicidad en la Doctrina del Delito. México, 1953.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. Apuntes tomados en su cátedra en el año de 1969. Y Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. México 1967.

CARRARA FRANCISCO. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen IV No. 286. Editorial Temis. - Bogotá 1959.

CARRARA FRANCISCO. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen IV. No. 2279 a 2288, tomo VI. - Editorial Temis, Bogotá, 1959.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- Derecho Mexicano de -- Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México 1964.

ENGELS FEDERICO. Moral y Derecho. Editorial Progreso. Traducción de F. Roce, Madrid, 1934.

GONZALEZ GERMAN ANDRADE. Ensayo Sobre el Delito de Despojo. México, 1955.

GONZ ALEZ ANDRADE GERMAN. Ensayo Sobre el Delito de Robo. Tesis profesional. México 1968.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1965.

FONTECILLA RIQUELME RAFAEL. Concurso de Delitos - de Delincuentes y Aparente de Leyes. Santiago de Chile, 1951.

GUERRA M. JAVIER. La prescripción. Tesis profesional, México, 1968.

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Editorial José M. Cajica. Puebla, 1971.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. La tutela Penal del Patrimonio. Antigua Librería de Murguía, México, 1963.

JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo IV. Antigua Librería Robredo. México 1963.

MESTRE ACHILLES. La Responsabilidad de las Personas Morales. Ed. Paduense. Traduc. de J.A. Muñoz-Buenos Aires, 1970.

MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Editorial Revista Derecho Privado, Traduc. Rodríguez Muñoz Antonio. Madrid, 1960.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. México, 1959.

SALES GASQUE RENATO. El Presupuesto Técnico del Abuso de Confianza. Tesis profesional. México, - 1962.

SANCHEZ ROMERO ALFONSO. El Fraude, en Operaciones Sobre Derechos Reales. Tesis profesional. -- 1971.

SOLER SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentino. Tomo - II. Editorial. La Ley, Buenos Aires, 1958.

RIVERA SILVA MANUEL. El Procedimiento Penal. 6a.- Edición. Editorial Porrúa, México 1973.

RIVERA TORRES GASPAS. Ensayos: Sobre el Delito de Despojo, México 1955.

VON BELING ERNST. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastián Soler. Pág. 35. Buenos Aires, 1945.

LEGISLACION MEXICANA.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Texto vigente.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Texto vigente.

Nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Texto vigente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.