

279



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

CAMPUS ARAGÓN

**ANÁLISIS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN
FRAUDULENTA Y SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO
PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
C. FRANCISCO MARTÍNEZ LÓPEZ

ASESOR :
LIC. FELIX FERNANDO GUZMAN GARCÍA.

284043

MÉXICO.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi Padre, SEÑOR DON JUAN MARTINEZ LOPEZ (+)
a quien le agradeceré por siempre el buen ejemplo
que nos dio a mi y a mis hermanos.
Donde quiera que esté GRACIAS PAPA.

A mi madre FRANCISCA LOPEZ
MENEZ,
por guiarme y cuidarme, por todo el apoyo que
me ha dado sin merecerlo muchas veces.
Gracias MAMA.

A mis hermanos. JACQUELINE, MARILEN, ESTERAN y
SILENE, esperando no ser tan mal ejemplo para ellos,
con todo cariño para Ustedes.

A mis compañeros y a mis amigos,
gracias por todo el apoyo.

A mi "Alma Mater", la Universidad
Nacional Autónoma de México, gracias
por aceptarme en sus aulas y por
formarme profesionalmente. Tratarse de
conocer en alto su nombre.

A mis Profesores, y en especial a mi asesor
Lic. Félix Fernando Lizman García,
por el apoyo, guía y consejos.

INDICE.

Índice.....	II.
Introducción.....	VII.

CAPITULO I. ANTECEDENTES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA..... 1.

1. En Alemania.....	2.
2. En Italia.....	5.
3. En Francia.....	7.
4. En España.....	8.
5. En Argentina.....	11.
6. En México.....	14.

CAPITULO II. EL DELITO DE FRAUDE EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA..... 20.

1. Definición del Delito de Fraude.....	21.
2. Elementos del Delito de Fraude.....	23.
2.1. La Conducta.....	24.

2.2. Tipicidad.	32.
2.3. Antijuridicidad.	33.
2.4. Imputabilidad.	35.
2.5. Culpabilidad.	36.
2.6. Punibilidad.	37.
2.7. Condiciones Objetivas de Punibilidad.	38.
2.8. Elementos Normativos.	39.
2.9. Elementos Subjetivos.	41.
2.10. Elementos Objetivos.	43.
2.10.1. Sujeto Activo.	43.
2.10.2. Sujeto Pasivo.	44.
2.10.3. Objeto Material.	45.
2.10.4. Objeto Jurídico.	46.
2.11. Elementos Descriptivos.	48.
2.12. Diferencias del Delito de Fraude con el Delito de Administración Fraudulenta.	49.

CAPITULO III. EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. 51.

1. Definición del Delito de Abuso de Confianza.	53.
--	-----

2. Elementos del Delito de Abuso de Confianza.	55.
2.1. La Conducta.	55.
2.2. Tipicidad.	64.
2.3. Antijuridicidad.	65.
2.4. Imputabilidad.	65.
2.5. Culpabilidad.	65.
2.6. Punibilidad.	66.
2.7. Condiciones Objetivas de Punibilidad.	66.
2.8. Elementos Normativos.	66.
2.9. Elementos Subjetivos.	67.
2.10. Elementos Objetivos.	67.
2.10.1. Sujeto Activo.	67.
2.10.2. Sujeto Pasivo.	68.
2.10.3. Objeto Material.	68.
2.10.4. Objeto Jurídico.	70.
2.11. Elementos Descriptivos.	71.
2.12. Diferencias del Delito de Abuso de Confianza con el Delito de Administración Fraudulenta.	71.

CAPITULO IV. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. 73.

1. Definición del Delito de Administración Fraudulenta. 74.

2. Elementos del Delito de Administración Fraudulenta. 75.

2.1. La Conducta. 75.

2.2. Tipicidad. 93.

2.3. Antijuridicidad. 94.

2.4. Imputabilidad. 94.

2.5. Culpabilidad. 94.

2.6. Punibilidad. 95.

2.7. Condiciones Objetivas de Punibilidad. 95.

2.8. Elementos Normativos. 95.

2.9. Elementos Subjetivos. 96.

2.10. Elementos Objetivos. 96.

2.10.1. Sujeto Activo. 96.

2.10.2. Sujeto Pasivo. 99.

2.10.3. Objeto Material. 99.

2.10.4. Objeto Jurídico. 100.

2.11. Elementos Descriptivos. 100.

INTRODUCCIÓN.

En el amplísimo campo del derecho positivo mexicano, sin lugar a dudas existen lagunas e imprecisiones que dan pie a que conductas antisociales complejas, que aparecen en virtud de los adelantos tecnológicos, las relaciones comerciales y demás circunstancias de la vida contemporánea, queden al margen de las hipótesis contenidas en los códigos penales. Conductas que en ocasiones son semejantes a delitos ya previstos, pero que no son exactamente aplicables a los casos concretos, y recordemos, que en nuestro derecho penal mexicano sé prohíbe la aplicación de penas por simple analogía, pues dicha pena debe estar decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, tal y como se ordena en nuestra Carta Magna, por eso, es que la ley debe actualizarse para ser eficaz y no ser rebasada por los cambios, evitando así la injusticia, así como también evitar dejar sin sanción conductas antijurídicas, como por ejemplo, algunas cometidas por los llamados "delincuentes de cuello blanco".

En el presente trabajo de investigación, analizaremos una de estas lagunas legales, específicamente la que existe en el Código Penal para el Estado de México, el cual en su catálogo de hipótesis delictivas, no contempla, y por ende, no sanciona conductas que en otros códigos punitivos, son encuadrados en el denominado delito de **"ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE"**.

Analizaremos los antecedentes históricos de esta figura delictiva, en donde podremos percatarnos que juristas antiguos comenzaban a distinguir que en las relaciones comerciales y patrimoniales, en donde a una persona se le encomendaba, aunque fuera en forma temporal, sus bienes, su patrimonio o parte de éstos, se daban abusos por parte de quien cuidaba o administraba esos

bienes y que tales abusos no eran alcanzados por los códigos penales de aquel entonces.

Observaremos como se encuentra previsto, este delito de *Administración Fraudulenta*, en diferentes ordenamientos legales punitivos, de igual número de países de Europa y América, observando como cada país adecua a sus costumbres y usos, teniendo su propia visión del delito que se analizará.

Igualmente, notaremos que, aunque en nuestro derecho penal local no se prevé el referido antijurídico, el mismo sí se encuentra regulado en varias Entidades de la Federación, así como en el Código Penal aplicable en el Distrito Federal y en el Código Penal Federal.

Analizaremos los elementos de los delitos de Fraude y de Abuso de Confianza, que tienen rasgos similares con el que nos ocupa, para así hacer notar las diferencias entre los primeros con el último.

Y una vez lo anterior, observaremos que efectivamente es necesario incluir en el Código Penal para nuestro Estado, esta figura delictiva, proponiendo la adición de la misma, así como una redacción que, a juicio nuestro, sería una mejor de las que hasta ahora se encuentran vigentes.

Cabe hacer notar que pocos son los autores que se han interesado en el delito de "Administración Fraudulenta", llamado también "Administración

Infiel", además, de que quien más se ha interesado en el tema, al menos en el derecho Penal Mexicano ha sido el Maestro Mariano Jiménez Huerta, cuya obra "Derecho Penal Mexicano" apoyó para la presente investigación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN

FRAUDULENTA.

El delito de Administración Fraudulenta no se encuentra previsto en el Código Penal vigente para el Estado de México, y no por eso debe silenciarse su existencia conceptual; no obstante de que el delito en comento sí esté previsto en diferentes códigos punitivos de igual numero de Entidades Federativas y del aplicable en el Distrito Federal, su estudio es fecundo de *jure condendo*, máxime en un sistema penal cerrado y estricto como el de México, en que la aplicación por analogía o por mayoría de razón de la ley penal está terminantemente prohibida con rango supremo en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

"Artículo 14:

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

Recordemos que existe la *interpretación analógica* y la *aplicación analógica* de la ley penal; y en ocasiones podrían confundirse ambos términos, por lo que los precisaremos:

La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos en la Ley, que como se mencionó, se encuentra prohibido por el

artículo Constitucional citado. Es imponer una sanción por un delito no previsto en la ley, simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, violando la garantía constitucional de legalidad señalada.

Mientras que la interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, al comprender situaciones que, inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente.

El delito en análisis, ha sido el tema de varios y muy importantes estudiosos del derecho penal, pues aunque su naturaleza autónoma y su genérica formulación es de creación reciente, existen en el derecho alemán e italiano interesantes datos que evidencian que, si bien en forma casuística, fue ya en el pasado, objeto de regulación penal.

El derecho romano y el derecho intermedio no conocieron este delito contra el patrimonio.

En el derecho alemán se le conoce como el delito de "Infidelidad" y a su alrededor se ha construido la "Teoría del Abuso".

1. En Alemania.

El más antiguo antecedente legislativo del delito en examen se encuentra en Alemania, en la ordenanza de la Policía Imperial de 1577 que sancionaba a los tutores infieles *que conseguían una ilícita ventaja en daño de sus pupilos o de sus bienes*. A finales del siglo XVIII el derecho alemán estableció también sanciones penales para la infidelidad patrimonial de los apoderados privados. "Se afirmaba, así, de modo definitivo -dice Hellmuth Mayer- el carácter patrimonial del delito y se

precisaba que debería consistir en la violación de un contrato o de un cuasi contrato". Fue, empero Feuerbach quien por primera vez definió el delito como "perjuicio doloso en contra de aquella persona a la que esta obligado por fidelidad, en virtud de un contrato o de otro vínculo jurídico semejante, siempre que la acción no recaiga dentro del ámbito de otros delitos contra el patrimonio". Y este concepto impero en el Código Penal Bávaro del año 1813 por influencia del propio Feuerbach. Ambos juristas invocados por Jiménez Huerta.¹

El párrafo 266 del Código alemán establecía: "Se castigará por abuso de confianza con pena de prisión y multa el que haya abusado voluntariamente de la facultad que le ha sido otorgada por la ley, por la autoridad o un acto jurídico para disponer de bienes ajenos u obligar otro o lesionar el deber que le incumbe en virtud de la ley, la autoridad o negocio o de una relación de fidelidad de cuidar intereses patrimoniales ajenos y de esta manera haya perjudicado a la persona cuyos intereses patrimoniales debe atender. Podrá ser pronunciada, además, la pérdida de sus derechos cívicos".²

El delito de administración fraudulenta, en la primitiva redacción del mencionado párrafo 266, castigaba a: 1. Los tutores, curadores de personas o de bienes, secuestradores, administradores de la masa patrimonial, ejecutores de disposiciones de última voluntad y administradores de fundaciones que intencionalmente actúen en perjuicio de las personas o de las cosas confiadas o su vigilancia; 2. Apoderados que intencionalmente adopten disposiciones contrarias a los intereses del mandante, relativas a sus créditos o cuotas patrimoniales y 3. Agrimensores, rematadores, mediadores encargados de pesas o inspectores que en los asuntos que les son confiados perjudiquen intencionalmente los intereses de las personas cuyos negocios profesionalmente

¹ Jiménez Huerta, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". Tomo IV. 5a. Ed. Edit. Porrúa, S.A.: México, 1984. Pág. 232.

² Millan, Alberto S. "LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA Y DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS". 2a. ed. Actualizada. Edit. Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1991. Pág. 25.

atienden. Debido a las dudas surgidas en torno a si la esencia del delito consistía en un *abuso de poder*, como creían Binding y Frank, citados por Jiménez Huerta³, o en un quebrantamiento de un deber de fidelidad como opinaron los seguidores del pensamiento de Feuerbach y a la necesidad sentida de surtir su heterogénea casuística por principios rectores de alcance general, el 26 de mayo de 1933, se reformo el parágrafo 266 para prever las dos siguientes hipótesis: **A)** *"quien dolosamente abuse de la facultad, que le fue conferida por la ley, por en cargo de la autoridad o por un negocio jurídico, de disponer del ajeno patrimonio o de obligar a otro";* y **B)** *"quien infrinja el deber que le incumbe de cuidar los intereses patrimoniales ajenos, en virtud de la ley, de un encargo de la autoridad, de un negocio jurídico o de otra concreta relación de fidelidad, y de esta manera cause un daño a la persona cuyos intereses patrimoniales tiene la obligación de cuidar"*.

En la primera hipótesis delictiva entran todas aquellas situaciones clásicas de Administración Fraudulenta, esto es, que el sujeto activo tiene, conforme a derecho privado, la obligación jurídica de administrar el patrimonio ajeno; en la segunda se quiso recoger, con imprecisión convicta, aquellas otras en que simplemente se asigna al sujeto activo el deber de cuidar de un interés patrimonial ajeno.

Esta segunda hipótesis es altamente peligrosa y por ende, no deber servir a nuestro derecho punitivo local de inspiración o modelo, dada la pública incerteza de sus límites conceptuales. Comentario que extenderemos adelante.⁴

³ Ob. Cit. Pág. 233.

⁴ Infra pág. 65.

2. EN ITALIA.

Antes de la unificación política de Italia, el artículo 401 del Código Toscano contenía, bajo la denominación de *"Fraudulenta Administración"*, sendos preceptos que castigaban a los tutores o curadores que defraudasen la administración de sus pupilos y a los administradores que de cualquier manera defraudasen la administración a su cuidado. Puccioni, citado por el Maestro Jiménez Huerta⁵, al comentar los anteriores preceptos, manifiesta "... dicho delito suele cometerse por todos aquellos que, después de haber asumido la gestión de un patrimonio ajeno con el consentimiento de propietario, se apropian dolosamente el dinero o la cosa sobre la cual la administración recae o las rentas del patrimonio mismo..." Sin embargo, como Nuvolone, también invocado por el mismo autor, acertadamente subraya: "... el pensamiento de Puccioni en cuanto hacía consistir la esencia del delito en una apropiación, no respondía al texto del Código Toscano, el cual lejos de establecer que la conducta del delito consistía en una apropiación - en cuyo caso no habría diferencia sensible entre la administración fraudulenta y la apropiación indebida - se refería a toda dolosa violación del asumido deber de administrar fielmente".

También creemos importante hacer mención que en el viejo Código Toscano se previa el delito de *"Baratería Marítima"*, propio del casuismo de leyes pretéritas.

En su significado clásico, la palabra *"baratería"* expresa los tráficos ilícitos que se hacen de la justicia, por eso Francesco Carrara⁶ utiliza la palabra *"baratería"* al hablar de los delitos contra la justicia; pero ahí lo emplea en un sentido más especial y distinto. En su época, muy frecuente y para mayor claridad

⁵ Ob. Cit. Pág. 232.

⁶ Cfr. Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL". Parte Especial. Vol. IV. Edit. Temis Librería. Rimpresión de la 4a. ed. Bogotá, 1987. Pág. 397.

la distinguió de otra con el predicado de "marítima"; entendiendo como ésta todas aquellas malas artes con las que los capitanes de mar abusan de la confianza ajena, enriqueciéndose injustamente con el daño y perjuicio patrimonial del que contrato con ellos.

Lo anterior se considera importante, pues como veremos más adelante, este precepto legal fue tomado como base en algunas legislaciones para dar forma al delito que se analiza

Carrara⁷ nos dice -al recordar una teoría de que se sirvió, tal vez demasiado, la antigua práctica toscana, la de los *delitos dependientes*,- que "Cuando un administrador para ocultar sus hurtos con cuentas alteradas cometía falsedades en sus escrituras, solía decirse que la falsedad dependía de la administración fraudulenta"; en esta fórmula había algo cierto, pero también algo erróneo, según la conclusión a que quisiera llegarse:

1. Si esa regla se aplicaba para negar la consumación del delito, al parecer era buena, pues aunque el gestor hubiera preparado cuentas ficticias o escrituras alteradas, siempre tenía tiempo de arrepentirse, de no hacer uso de ellas en las cuentas cuando se las exigían y de presentar cuentas fieles y completas. Entonces esas falsedades materiales (con tal que siempre quedaran incluidas en las falsificaciones privadas) no eran sino una simple preparación, todavía no punible, ni siquiera como tentativa.

2. Si la doctrina del *delito dependiente* quería aplicarse para demorar la acción penal, también era buena, por lo dicho anteriormente, o sea, que el propietario de una escritura preparada de modo fraudulento podía encontrar motivo para exigir cuentas anticipadas e imprevistas; pero si el gestor así llamado presentaba cuentas fieles y suprimía las escrituras alteradas, no había acción penal, por que antes de consumarse el delito mediante la presentación de cuentas

⁷ Ibidem. pág. 391.

falsas, podía originarse una acción *ad inquivendum* (investigadora) pero no una acción *ad poenam* (penal).

3. Pero cuando quiso aplicarse ilimitadamente la teoría de los *delitos dependientes* para "conmensurar la pena" del delito ya consumado mediante las cuentas falsas apoyadas en documentos también falsos, se abusaba de ella. Si conforme a las leyes vigentes la pena de falsedad es superior a la de la administración fraudulenta, la doctrina de los *delitos dependientes* debe subordinarse, en la medida de la pena, a la teoría de la prevalencia conciliando ambas doctrinas con las distinciones que se han hecho.

3. EN FRANCIA.

Únicamente haremos referencia que el Código Penal Francés y bajo la denominación de "*Gestión Desleal*", construye el delito en comento en los siguientes términos:

"ARTICULO. 159.

*El que por disposición de la ley o contractualmente tenga la obligación de velar por intereses patrimoniales ajenos y los haya perjudicado, será castigado con prisión. La pena será de prisión hasta de cinco años y multa si el agente ha obrado con propósito de lucro. La gestión desleal en perjuicio de allegados o familiares será perseguible sólo por querrela".*⁸

⁸ Millán, Alberto S. Ob. Cit. Pág. 26.

4. EN ESPAÑA.

El artículo 295 del Código Penal Español vigente, sanciona:

"ARTICULO. 295.

Se sancionará con pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo (sic) del beneficio obtenido a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente valuable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capitales que administren".

Inmediatamente nos percatamos que dicho ordenamiento hace, única y exclusivamente alusión, como sujeto activo del delito, a administradores de hecho o de derecho de una sociedad o asociación, o incluso socios de ellas; es decir, éstas últimas, serán como persona moral la agraviada o perjudicada, no dando lugar a que también sean sancionados los administradores de los bienes de una persona física, como los tutores o curadores, incluso los mandatarios. Así mismo, denota que el que realiza la conducta típica lo hará *"para beneficio propio o de un tercero"* no dejando abierta la posibilidad de que únicamente la realice para *"perjudicar"* el patrimonio administrado y por ende al titular de éste.

La introducción de éste precepto es reciente (1995), en la legislación española y se le denomina *"Administración Infidel o Desleal"*, en respuesta a los comentarios de doctrinarios españoles y jurisprudencia de ese país, en sentido de encontrar insuperables dificultades a la hora de perseguir, con los instrumentos normativos tradicionales del derecho hispano (estafa, apropiación indebida)

conductas como las que ahora se describen en el precepto 295. Aunque algunos aseguran que dicho objetivo no se ha logrado aún.⁹

La decisión de introducir esta figura, empero, debe juzgarse acertada en la medida que debiera permitir, si su configuración técnica no hubiere sido tan deficiente, reprimir penalmente algunos de los ataques más graves al patrimonio empresarial (como ya lo hicimos notar), cuya gestión se tiene encomendada y como se dijo anteriormente, podían considerarse como impunes. En este sentido, debe señalarse que dicho precepto no introduce nuevos y particulares límites a la autonomía y facultades de los administradores, a la hora de gestionar la empresa *con criterios profesionales*, sino a poner alto a los abusos realizados aprovechando la posición de administrador.

Cabe hacer mención que no existe, en la legislación mencionada, un tipo general de administración fraudulenta del patrimonio cuya administración se encomienda sin limitarlo, necesariamente, al ámbito societario.

Otras legislaciones europeas que también prevén el delito de Administración Fraudulenta son:

El Código Penal de Grecia, que estipula:

"ARTICULO. 390.

Abuso de confianza. El que intencionalmente causa perjuicio a los bienes de otro del cual tenga (en todo, en parte o por un sólo acto concreto) la administración o la gerencia en virtud de la ley o de un acto jurídico, será castigado con pena de prisión".

El Noruego, por su parte asienta:

⁹ Cfr. Sánchez Alvarez, Manuel Ma. "LOS DELITOS SOCIETARIOS". s/e. Edit. Aranzadi. Panplona, España, 1996. Pág. 178.

"ARTICULO. 275.

Será castigado por abuso de confianza aquel que, con el propósito de procurar para sí o para un tercero, un provecho injusto o para dañar, perjudique los intereses de otro del cual tenga la administración o vigilancia".

El Finlandés, en su párrafo primero, del Capítulo XVIII, ordena:

"Los tutores, administradores de bienes pertenecientes a instituciones, sociedades o asociaciones, los mandatarios, los síndicos de las quiebras y todos los que tengan facultades en negocios que les hayan sido confiados, perjudiquen a esos intereses serán castigados por abuso de confianza".

Por su parte el Código Punitivo de Austria, dice:

"ARTICULO. 205.

Gestión Infiel. El que con propósito de lucro abuse conscientemente de la facultad de disponer del patrimonio de otro o de obligarse por otro, en virtud de la ley, de un mandato de las autoridades o de un acto jurídico y de éste modo haya perjudicado al patrimonio de aquel, será castigado y considerado como culpable de infidelidad".

El de Polonia dice:

"ARTICULO. 269.

El que en virtud de una disposición legal o contractual se ocupe de los negocios materiales de otro, y obre en su perjuicio será castigado con reclusión hasta de cinco años".

5. EN ARGENTINA.

Tomando en consideración a influencias Europeas en sus leyes tenemos en que el inciso 7° del artículo 173 del Código Penal Argentino, establece:

"ARTICULO. 173, inciso 7°.

El que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviere a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos".¹⁰

La norma anterior fue introducida con las características actuales por la ley número 17,567, cuyo texto se mantuvo durante la vigencia de la ley número 20,509 sin ser alterado por la ley número 21,338 en vigor.

El Código de 1921 reprimía al "...comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiera defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho...", precepto cuyo origen estaba en el proyecto de 1881, que se refería sólo a los comisionistas, como su confeso modelo, el Código Penal Chileno de 1874, pero el modelo o proyecto de 1891 lo extendió a los "...capitanes de buque y agentes de comercio...".

El proyecto de 1906 alude a los "...comisionistas, capitanes de buques y cualquier otro mandatario...", de acuerdo con la fórmula que pasó al Código de 1921, a través de la ley 4,189 y el proyecto de 1917.

¹⁰ Fontan Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Parte Especial. 2a. ed. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. Página. 131.

Los anteriores antecedentes recuerdan el delito de *Baratería Marítima* cometido por los capitanes de buque, comentado ya anteriormente.¹¹ Partiendo de esa idea, en la antigüedad, por la duración y riesgos de los viajes de mar, tal delito era frecuentemente cometido, lo cual era auspiciado por la falta de comunicaciones rápidas y directas durante la navegación, por lo que tal ilícito se fue extendiendo a otras hipótesis. La evolución de los antecedentes, del delito de administración fraudulenta en Argentina, refleja lo ocurrido en otros países.

El derecho moderno ha barrido de manera casi definitiva con anacronismos de esta clase, que tienen el doble inconveniente de no abarcar todas la hipótesis de los posibles abusos que pueden cometer los que administran bienes ajenos y de entorpecer la interpretación, como ocurrió en el antiguo inciso 7° del artículo 173 del Código penal en comento, ya que algunos autores llegaron a sostener que el supuesto era innecesario, por superponerse al genérico del Abuso de Confianza del inciso 2° o que, en todo caso, su constitución era muy defectuosa.

Las observaciones mencionadas motivaron la reforma del año 1968, la cual adoptó la fórmula actual. Dicha reforma invocó como antecedentes lo dispuesto por los Códigos Griego y Alemán y, como referencias, lo contenido en los Códigos Noruego, Finlandés, Sueco, Austríaco y Polaco; cuyo contenido ya se mencionó anteriormente. Y del análisis de dichos contenidos podemos decir que en algunos casos las fórmulas resultaban una mera superposición de los tipos generales del abuso de confianza, por ejemplo: el viejo Código Prusiano que no tenía una regla general, pues el caso del artículo 246 aludía solamente a los tutores. A un manejo completamente distinto quedaban las reglas de la Apropriación Indebida. Es lo que interpretaron los autores y legisladores argentinos que criticaron la fórmula derogada. Eusebio Gómez, referido por Millan¹², en cambio, creyó que era necesario hacer una clara referencia a los sujetos mencionados en la figura: " *El agente del delito debe ser, en general, un*

¹¹ Supra. Pág. 5.

¹² Ob. Cit. Pág. 27.

mandatario, pues en tal carácter procede por que es el que le atribuye sus funciones al comisionista, y al capitán de buque, a los cuales la ley ha creído necesario hacer una especial referencia..."

Es evidente que la ley argentina se ha apartado del riesgo de la fórmula amplia que podía acarrear la incriminación para cualquier administración mala y perjudicial a los intereses confiados y no sólo ha seguido la orientación frente a los modelos considerados de introducir elementos subjetivos en el tipo legal, sino también medios comisivos especiales, tal como la violación de deberes.

Recientemente en el artículo 220 del Proyecto Penal de 1960, redactado por Sebastián Soler, se crea explícitamente y con gran perfección el delito de Administración Fraudulenta, previéndola así:

"El que por cualquier razón, tuviere a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusaba o indebidamente ..."

Otras legislaciones penales que prevén el delito de Administración Fraudulenta en América latina son, por ejemplo:

El Código Penal de Bolivia, que en su artículo 650 establece:

"ARTICULO. 650.

El administrador o encargado de bienes o de negocios que faltando a la lealtad que debe a su principal, descubriere en perjuicio del mismo secretos del patrimonio, administración o cargo que tuviere confiado, o extraviando fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, o en otra manera se hubiere portado con dolo en su encargo o administración".

El Código Paraguayo, impone:

"ARTICULO. 404.

La pena (pecuniaria) será elevada al doble si en los casos de los tres artículos anteriores el delito fuera cometido sobre las cosas confiadas o entregadas al culpable por razón de su respectiva profesión, industria, oficio o servicio". Y en ocho incisos menciona al que está investido de un oficio, al que la ley le atribuye fe pública, depositarios necesarios, tutores, curadores, síndicos o administradores y otros.

Y por último, el Código de Venezuela, dice:

"ARTICULO. 470.

Cuando los delitos previstos en los artículos anteriores (apropiación indebida y abuso de firma en blanco) se hubiere cometido sobre objetos confiados o depositados en razón de la profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios del depositario o cuando sean por causa de depósito necesario, las penas serán aumentadas al doble de lo ahí estipulado".

6. EN MÉXICO.

Se dijo ya al inicio de este Capítulo, que en diversas legislaciones penales de Entidades Federativas, del Distrito Federal y en el Código Penal Federal se encuentra previsto el delito de Administración Fraudulenta, cuya adición es reciente, sin embargo los autores nacionales sobre el tema son escasos.

El Maestro Mariano Jiménez Huerta,¹³ antes de estas adiciones, decía que *"la necesidad de no dejar impunes determinadas conductas antijurídicas*

¹³ Ob Cit. Pág. 231.

insumibles en los delitos de apropiación indebida, de fraude o de abuso de confianza, planteaba de lege ferenda y con carácter de angustia urgente la creación del delito de "Infidelidad Administrativa" en nuestro ordenamiento punitivo". Consideración que fuera tomada en cuenta en la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal para la República Mexicana de 1963, en el que se puede leer: "Al elaborarse por separado la figura delictiva de Administración Fraudulenta, se viene a llenar un vacío en nuestra legislación punitiva, si entendemos... por una parte la proliferación de ésta conducta antisocial en el país que tanto daña de modo indirecto la buena fe de los negocios y la economía, al dar al traste no pocas fuentes de trabajo, cuya consolidación no se logra, y en otro aspecto... a que la peculiaridad de éste delito (verdadera mixtura, de fraude, abuso de confianza, falsificación, etcétera), hace difícil, considerando las disposiciones del artículo 14 Constitucional, incluirlo con exactitud en las actuales infracciones punibles".

El artículo 356 de dicho proyecto estatuye, inspirado en el proyecto argentino de Soler que ya comentamos, en los siguientes términos:

"ARTICULO 356:

Comete el delito de Administración Fraudulenta el que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, con engaño o aprovechamiento de error del ofendido perjudique a su titular o a un tercero con legítimo interés o altere en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o prestaciones, exagerando las que hubiere hecho, ocultando o reteniendo bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que le hubieren confiado".

A pesar de que sus observaciones fueron tomadas en cuenta por el legislador, el propio Jiménez Huerta hace notar que la descripción típica de la frase "...con engaño o aprovechamiento de error del ofendido..." desnaturaliza la autonomía del proyectado delito y engendra, no obstante que sí está la esencia de su creación, zonas comunes, o al menos equívocas, con la de fraude genérico del

artículo 386 del Código aplicable en el Fuero Común en el Distrito Federal. Más correcto resulta el precepto del proyecto de Soler que sirvió de modelo, pues en él no se hace alusión a dicha frase ambigua.

Actualmente el artículo 388 del Código Penal Federal, así como el mismo numeral del aplicable en el Distrito Federal, establecen:

“ARTICULO. 388.

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude”.

El tipo delictivo a que se refiere el diverso 388 mencionado, se originó en las modificaciones y adiciones a dicho ordenamiento penal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994. Delito que se equipara al fraude, ya que se encuentra comprendido en el Capítulo III, “FRAUDE”, del Título Vigésimosegundo “Delitos contra el Patrimonio de las Personas”.

A su debido tiempo, haremos notar las diferencias que consideramos existen, entre el delito de Administración Fraudulenta, y los delitos de Fraude y Abuso de Confianza, que constituye la esencia de éste trabajo de investigación.

En algunas legislaciones penales Estatales, el delito analizado se encuentra regulado en Capítulos especiales, pero todos del Título correspondiente a los “Delitos contra el Patrimonio”, reconociéndole su trascendencia e incluso

imponiéndole a los infractores, en algunos casos, sanciones diferentes a las propias del Fraude.

Tales son los casos de:

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Zacatecas, que en su Título Decimonoveno, Capítulo V "*Administración Fraudulenta*", dice:

"ARTICULO. 377.

Comete el delito de Administración Fraudulenta el que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, con engaño o aprovechamiento de error del ofendido, perjudique a su titular o a un tercero con legítimo interés, o altere en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o prestaciones o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que se le hubiere confiado".

"Las penas para éste delito - continua diciendo- serán las mismas que para el fraude establece el artículo 373 de éste Código".

Observamos en el precepto invocado, el mismo error de ambigüedad o mala redacción por uso de palabras, a que se refiere Jiménez Huerta en cuanto al similar contenido en el Proyecto del Código Penal para la República Mexicana de 1963.

Así mismo el Código Penal para el Estado de Tlaxcala, en su Título Decimonoveno, Capítulo V "*Administración Fraudulenta*", prevé la hipótesis exactamente igual a la comentada anteriormente en su artículo 372, a la cual le impone una sanción igual a la del fraude, a que alude su artículo 368.

Por su parte el artículo 396 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, del Capítulo Séptimo "*Administración Fraudulenta*", Título Decimonoveno, estipula:

“ARTICULO. 396.

Comete el delito de Administración Fraudulenta, el que teniendo una delegación parcial de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, perjudicare al titular de éstos o a tercero, en los casos siguientes: alterando la contabilidad, aparentando contratos, alterando precios, costos, suponiendo operaciones y gastos, o exagerando los que hubiere realizado; ocultando o reteniendo valores o bienes, o empleándolos indebidamente; proporcionando datos a la competencia, con perjuicio del negocio”.

“El delito de administración fraudulenta se sancionará con prisión de uno a seis años, y multa de hasta ciento cincuenta cuotas, cuando el activo no obtenga lucro, en caso de que lo hubiere, se impondrá pena de tres a doce años de prisión y multa hasta de doscientas cuotas”.

Se puede observar del artículo anterior algunas modalidades más como: alteración de la contabilidad y proporción de datos a la competencia, que se nos antoja constitutivos de otros delitos, independientes al que se estudia.

El Código Penal aplicable en Veracruz, en su Título IV, Capítulo V “Administración Fraudulenta”, reza:

“ARTICULO. 188.

Al que por cualquier razón, tuviere a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos y perjudicara al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y multa hasta de trescientas veces el salario”.

“Cuando el monto del perjuicio que se cause sea superior a quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa hasta de quinientas veces dicho salario”.

El Código Penal Local de Baja California Norte, en su Título Vigésimo, Capítulo IV "*Administración Fraudulenta*", prevé una conducta delictiva exactamente como las vistas en los Códigos Penales de Tlaxcala y Zacatecas, con el mismo error al incluir en su contenido las palabras "...*con engaño o aprovechamiento del error del ofendido...*"

Aunque también en varios Estados de la República, no se encuentra previsto el delito que nos ocupa, tal es el caso de nuestro Código Penal para el Estado de México.

CAPITULO II

EL DELITO DE FRAUDE EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO.

Las legislaciones penales han tomado diferentes criterios para tipificar este delito. Algunos códigos como el Francés, emplea el método casuístico y en forma cerrada enumera los diversos comportamientos reales que pueden integrar dicho ilícito. Por eso Jiménez Huerta,¹⁴ citando a Garraund nos dice: *"Que la impunidad era el premio que el código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en práctica un procedimiento para estafar, diverso de lo que la ley describía"*. Con lo anterior se delimitaron el fraude civil y el fraude penal, pues toda conducta fraudulenta que no estuviere casuísticamente comprendida en la numeración de la ley, sólo podía constituir un fraude de naturaleza civil.

Ya en anteriores legislaciones se llegó a la conclusión de que el delito mencionado no podía ser definido, por la complejidad y número de las conductas que el sujeto activo del delito podía hacer uso para su comisión; por lo que posteriormente se siguió el sistema de ejemplificar algunas formas del delito de fraude, pero los legisladores se vieron obligados a declarar genéricamente que también incurren en este delito *"el que sorprendiendo la buena fe ajena con artificios, maniobras o ardidés diversos de los específicamente mencionados,*

¹⁴ Jiménez Huerta, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". Tomo IV. 5a. De. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 134

obtiene una ganancia injusta en provecho de otro". Sistema que ha seguido el Código Penal Español entre otros, igual que el vigente en el Estado de México, aunque primeramente se nombre en el artículo 316 un concepto general de fraude y en el numeral siguiente, en sus XV fracciones, se describen otras conductas fraudulentas, también llamadas "*fraudes específicos*".

La tendencia actual en diversas legislaciones es formular una definición o concepto amplísimo del delito de fraude, en el que puedan subsumirse todos los casos que presente la realidad.

1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE FRAUDE.

Primeramente haremos referencia a conceptos que de éste delito dan estudiosos del derecho y continuaremos con la definición que nos da el propio Código Penal que invocamos.

Iniciamos con lo que nos dice Eduardo López Betancourt:¹⁵ "*Gramaticalmente, el fraude es una acción encaminada a eludir cualquier disposición legal, ya sea ésta fiscal, penal, civil, siempre que con ello se produzca perjuicio contra el Estado o contra terceros*".

Fraude¹⁶ proviene del latín *fraus, udis, fraudis*, que es el genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; *fraudulentus*, equivalente a fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso. *Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud*.

¹⁵ López Bentancourt, Eduardo. "DELITOS EN PARTICULAR". Tomo I, s/e. Edit. Porrúa, S.A.; México, 1994. Pág. 305.

¹⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Unam-Porrúa, S.A.

Francesco Carrara¹⁷ prefiere denominar al delito en estudio como "stelionato", al considerar que el fraude es una característica de varios delitos patrimoniales, diciendo que *"stelionato configura un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, por que abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, por que a ella se llega mediante engaños y mentiras"*.

Tomando en consideración los elementos que contiene el delito de fraude, aceptamos el concepto del mismo - nos dice Eduardo López Betancourt y Luis O. Porte Petit Moreno¹⁸- en los términos siguientes: *"existe el delito de fraude, cuando con ánimo de lucro y por medio de engaño o aprovechamiento del error, idóneos, se ignora en alguien un error, para que lleve a cabo un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o de un tercero y en provecho para el sujeto activo o de un tercero"*.

El Código Penal para el Estado de México, vigente a partir de marzo del año dos mil, vigente en la actualidad, en su artículo 316, Capítulo IV "FRAUDE", del Título Cuarto "Delitos contra el Patrimonio", nos da la noción legal del delito en comento:

"ARTICULO. 316.

Comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste de halla, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido".

Jiménez Huerta¹⁹ nos dice que: *"lo que constituye, en verdad, la esencia del delito de fraude, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia"*.

¹⁷ Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL". Parte Especial. Vol. IV. Edit. Temis Librería. Bogotá, 1987. Pág. 413.

¹⁸ "EL DELITO DE FRAUDE". (Reflexiones). s/e. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. Pág. 1.

¹⁹ Ob Cit. Pág. 134.

Es la apropiación ilícita de una cosa o la obtención de un lucro indebido, utilizando para ellos el engaño o el error.

Como se dijo, la esencia antijurídica de este delito radica en los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el agente para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial. Y esta genuina esencia del delito trasciende a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los códigos.

2. ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE.

Recordemos que los elementos de un delito son todos y cada uno de los aspectos de los que se constituye dicho delito; es todo componente indispensable para su existencia.

El artículo 119 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, estipula:

"ARTICULO. 128.

El del Ministerio Público, deberá procurar, ante todo, que se compruebe el tipo penal del delito como fundamento del ejercicio de la acción penal y del proceso penal. El Juez encaminara su actuación al análisis de los datos y pruebas respecto de la comprobación de sus elementos del tipo penal del delito".

"El tipo penal del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo, los casos en que tenga una comprobación especial".

"Varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito) y datos o circunstancias negativos (aspecto negativo del delito). Si aquellos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible, Empero, puede suceder que, habiendo delito, se haya extinguido la pretensión punitiva".²⁰

La llamada dogmática del Delito se debe presentar en principio como un conjunto de elementos disponibles para el ojo acucioso del investigador. El delito es por tanto una acción antijurídica, típica, imputable, culpable, punible y en ciertas cosas sujetas a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. De aquí numerosos han conservado, reducido o acomodado a su gusto tales elementos. Por ejemplo, la Teoría Heptagónica (siete elementos) del delito, o la Teoría Pentagónica (cinco elementos), o la Teoría Tetragónica (cuatro elementos).

De las teorías que se ocupan de este asunto, la más conocida entre nosotros es la Heptatómica, que sostiene la existencia de siete elementos que a saber son:

- Conducta o Hecho;
- Tipicidad;
- Antijuridicidad;
- Culpabilidad;
- Condiciones Objetivas de Punibilidad, y;
- Punibilidad.

Elementos que precisaremos en este trabajo de investigación, así como también precisaremos los llamados *elementos especiales del delito*, que son los

²⁰ García Ramírez, Sergio. "DERECHO PENAL". McGRAW-HILL Interamericana Editores, S.A. de C.V. México 1998. pág. 57.

llamados elementos objetivos, subjetivos y normativos, así como los descriptivos, que como se mencionó también deben acreditarse, según lo establece la Ley Adjetiva de la materia; esto a fin de precisar las diferencias existentes entre el Delito de Fraude y de Administración Fraudulenta, así como con el delito de Abuso de Confianza; siendo considerado el delito de Administración Fraudulenta como una conducta equiparada al primero, en algunas legislaciones.

Por lo que comenzaremos con los elementos generales del Delito.

2.1. LA CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos la llaman: *acción, hecho, acto o actividad*.

La conducta -recordemos- es un comportamiento humano voluntario (y como sabemos una conducta involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad culposa, que como es obvio, en el fraude no caven estas dos formas de comisión), activo o positivo (*acción o hacer positivo*), o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

Acción consiste en: actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleve a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

Así mismo, los elementos de la conducta son:

Voluntad.- es el querer, por parte del activo, de cometer el delito, es la intención.

Actividad.- consiste en el hacer o actuar.

Resultado.- es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

Nexo de causalidad.- ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual será material.

Considerando los elementos que anteceden y los contenidos en la definición legal dada, podemos decir:

Que la conducta en el delito de fraude, consiste en: *hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido.*

Varios de los autores consultados coinciden en indicar que la conducta en este ilícito estriba en *engañar a alguien o aprovecharse del error en que éste se encuentra*; sin embargo el engaño o el aprovecharse de un error, son los medios de los que se vale el sujeto activo para cometer la conducta sancionada por la ley.

El *hacerse ilícitamente de alguna cosa*, es adueñarse, apropiarse de una cosa o un objeto, a la que *no se tiene derecho*; una cosa entra en el patrimonio de una persona, en forma ilícita, contraria a derecho.

El *alcanzar un lucro indebido*, consiste en que el sujeto activo se allegue de una ganancia que no le correspondía, es decir, aumentará su patrimonio, al obtener un provecho indebido, ya que se daño o perjudico el patrimonio del sujeto pasivo por lo que se obtiene esa antijurídica ventaja patrimonial para el delincuente.

Por lo que al hacerse ilícitamente de alguna cosa, o alcanzar un lucro indebido resultará en una disminución apreciable en dinero del conjunto de valores económicos correspondientes al agraviado, cuya disminución puede ser una merma del activo o en un aumento del pasivo.

Ahora, bien, los medios comisivos de este delito son dos:

Efectivamente, en el fraude genérico los medios comisivos tiene dos modalidades, a) *engañar a alguien* o b) *aprovecharse del error de alguien*.

Engañar a alguien significa inducir a una persona a que tenga por cierto lo que no es, o sea, embaucarlo con mentiras para hacerle creer, como si fuera verdad, una falsa realidad; provocándole así el agente en su *psiquis* un error con objeto de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, de esta manera, el engaño es una acción *strictu sensu* como comportamiento activo para vencer la credulidad del pasivo, con fines lucrativos o de obtención de una cosa. La expresión típica "...engañando..." alude a la determinación, a la influencia anímica que produce el sujeto activo en la mente de la víctima haciéndola creer ficticia e ilusamente, mediante ofrecimientos, promesas o palabras (verbales o escritas) falsas, en un resultado de convencimiento erróneo en consecuencia. Significa dar apariencia de verdad a lo que es mentira.

Caracteriza al activo en este delito, su habilidad, astucia e ingenio, los cuales despliega sobre el pasivo quien voluntariamente accede a las pretensiones de aquel, bajo la falsa idea de lo que en realidad ocurre.

El tipo no establece la magnitud del engaño que debe emplear el sujeto activo, ni tampoco señala el mínimo o máximo respecto del error inducido. Basta con que aquel sea suficiente para producir el engaño a la víctima y darle una idea equivocada de la realidad. Por lo que carece de sentido penal la distinción entre error e ignorancia en que incurra el pasivo, pues ambas situaciones producen la misma condición subjetiva en la víctima, con independencia si sobre tal cuestión el pasivo tiene nociones o ignorancia totalmente de la misma.

Por su lado los vocablos "... *aprovecharse del error...*" equivalen, como conducta del agente, a valerse, a emplear o utilizar la falsa concepción de la realidad que ya tiene subjetivamente al pasivo sobre algún hecho o acto, con los

mismos fines ilícitos de hacerse de una cosa o de un lucro indebido; como resulta, implica mantener en la irreal creencia a la víctima, impidiéndole recapacitar sobre su equivocación de manera engañosa; creer como verdadero algo que es falso, sin rectificarle oportunamente para dirigir su conducta así a la lesión del bien jurídico tutelado.

De las consideraciones anteriores es irrelevante hacer un estudio para descartar la posibilidad de una conducta culposa.

Así también, puede concluirse, que el delito de fraude es cometido por *acción o comisión por omisión*, en virtud del engaño o aprovechamiento del error del pasivo, respectivamente.

En efecto, algunos autores como López Betancourt²¹ y Pavón Vasconcelos,²² clasifican al fraude, según la conducta del agente como: de *acción y de comisión por omisión*, agregando que esta omisión impropia se da debido a que : *"el fraude también se puede presentar mediante un no hacer, cuando éste produce un resultado material. Se podría presentar respecto al aprovechamiento del error"*. A esta *comisión por omisión* del delito que se analiza cabría hacerle algunas precisiones para dejarla en claro.

En el párrafo único del artículo 316 del Ordenamiento Punitivo invocado se menciona que es también medio idóneo de comisión del delito de fraude *"aprovecharse del error en que se halla el sujeto pasivo"*. Algunos viejos códigos penales, como el Alemán de 1871, ya consideraban como medio fraudulento el *mantenimiento* de un error, lo cual, en realidad encierra un comportamiento engañoso, habida cuenta de que el agente despliega sobre la víctima una actividad positiva de naturaleza capciosa o falaz para reforzar el error en que éste se halla inmerso e impedir que salga de la situación irreal en que se encuentra sumido. Por lo que podemos decir que el mantenimiento del error implica, pues,

²¹ Cfr. Ob. Cit. Pág. 314.

²² Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. "DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO". (Comentarios de Derecho Penal). 7a. ed. actualizada. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995. Pág. 151.

un comportamiento engañoso o bien en una inactividad para llegar al fin deseado por el activo. Pero la circunstancia de que el engaño no sea la única condición causativa del error, no despoja de su eficiencia causal a la conducta que le mantiene en la víctima. El artículo 316, bajo la frase "... aprovecharse del error..." en que el sujeto pasivo se halla, estructura expresamente un tipo de fraude con base en la infracción del deber jurídico que dicho artículo impone, de realizar la acción adecuada para remover el error en que se encuentra el pasivo. Y si esto causa el resultado deseado, o sea la obtención del lucro indebido o de la cosa ajena, configura un delito de fraude por *omisión comisiva* o mejor dicho de *comisión por omisión*, pero siempre será con dolo, toda vez que dicha inactividad es la voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el derecho.

Como se dijo, así como existen los elementos que integran el delito y los cuales son sus aspectos positivos, a cada uno de los cuales les corresponde uno negativo, su contraparte que llega a ser la negación de aquel; significa que anula o deja sin existencia al positivo, y por lo tanto, al delito.

En el caso concretos aquellos elementos o circunstancias cuya presencia causa la anulación del elementos subjetivo de la conducta (la voluntad) y que a su vez, no obstante la realización de la acción u omisión típicas, por encontrarse éstas con dicha afectación, provoca la ausencia o inexistencia de la conducta, lo que tiene como resultado final, la también inexistencia del delito.

Recordemos que existe ausencia de conducta en los casos de:

- Vis absoluta;
- Vis mayor;
- Actos reflejos;
- Sueño y sonambulismo, e:

- Hipnosis.

En relación a esta *ausencia de conducta* en el fraude, López Betancourt,²³ dice al respecto *"...se puede presentar como causa de ausencia de conducta, en un caso extremo, el hipnotismo..."*, lo que creemos poco probable, ya que estamos de acuerdo con algunos especialistas cuando afirman que una persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. Sin embargo, creemos posible que el agente del delito pudiera actuar bajo la *vis absoluta* obligado por alguien a cometer el ilícito bajo amenaza de algún daño físico o moral; conducta que encuadraría en el delito de extorsión, el cual actualmente se encuentra tipificado en el Código Penal Mexiquense en su numeral 272, circunstancia que sería contra la voluntad del agente, y por lo tanto afecta a la culpabilidad y no a la conducta.

Un jurista que no admite el aspecto negativo de la conducta en el fraude, es Zamora-Pierce, que estima: *"El fraude requiere de una especial elaboración intelectual, una dirección de la conducta, que no permite que se presente ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta"*.²⁴

Pero como ya precisamos, que el fraude se integra mediante la ilícita entrega que hace el dueño de la cosa o un tercero, en virtud de los medios engañosos empleados por el agente, o de la actividad negativa observada por éste al omitir hacer saber a la víctima el estado de error en que se encuentra y del cual se aprovecha para obtener la entrega de dicha cosa o cualquier lucro indebido, adquiere importancia en el hecho de la especial actividad intelectual que debe desarrollar el sujeto activo del delito para expresar la acción o conocer el estado de error del pasivo. Lo anterior significa que cualquier situación en que el sujeto actúe sin voluntad no es medio adecuado para llegar a la obtención de la cosa o del lucro, puesto que la actividad mentirosa supone *"plena conciencia"* de

²³ Ob. Cit. Pág. 319.

²⁴ Citado por López Betancourt, Eduardo y Luis O. Porte Petit Moreno. Ob. Cit. Pág. 44.

su parte, lo que no concurre en ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta, tales como la *vis mayor* y demás aspectos negativos de la conducta. De ahí que autores como Francisco Pavón Vasconcelos²⁵ y Zamora-Pierce²⁶, nieguen que en el fraude puedan presentarse casos en que den lugar al aspecto negativo de la conducta, sobre todo al considerar esa especial elaboración intelectual del autor; pero, repetimos, para nosotros cabría la *vis absoluta*.

En este delito desaparece la idea de violencia, sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad corporal es nulo, ya que ella misma, por engaño o error en que se encuentra, no resiste sino por el contrario, coopera para que el delito se perfeccione.

Diremos también que este delito se caracteriza por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño hace voluntaria entrega al estafador de la cosa objeto del delito. El contenido del numeral 316 invocado alude implícitamente a esta realidad, con la frase "... *se hace ilícitamente de una cosa...*" que en sí es un acto de disposición patrimonial que realiza el pasivo, bajo el influjo de los engaños provocados o del aprovechamiento de su error por parte del agente del delito.

El delito multimencionado tiene un resultado material y se consuma en el momento en que se engaña o se aprovecha del error en que se halla el pasivo, acompañado a que por virtud de esto el activo, ilícitamente se haga de alguna cosa o alcance algún lucro indebido, o sea, cuando motivado por la acción típica el pasivo realice el desprendimiento o disposición patrimonial que le perjudica a él o a otra persona, la cual debe transformarse en un lucro indebido o en allegarse alguna cosa también de manera indebida por parte del agente. Es decir, el resultado comprende se introduzca en la esfera patrimonial del activo cosa o lucro indebido, por lo que admite tentativa en aquellos casos donde se exterioriza

²⁵ Cfr. "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL". (Parte Especial). Robo, Abuso de Confianza y Fraude. 4a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, s/f. Pág. 152.

²⁶ Cfr. Zamora-Pierce, Jesús. "EL FRAUDE". 4a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. Pág. 51.

la conducta que debiera procurar el resultado típico, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Sin embargo, los elementos y el resultado ya precisados no son suficientes para conformar la conducta, pues además se requiere que entre una y otro exista un nexo de causalidad, de manera que si el resultado no es consecuencia de la acción o de la omisión del sujeto activo, no puede hablarse del hecho objetivo del fraude.

El nexo causal será que: a consecuencia del aprovechamiento del error o engaño, el activo se haga de una cosa u obtenga un lucro indebido que lesione el patrimonio del engañado, de quien se aproveche su error o de un tercero, dado que el tipo del artículo 316 no especifica que la lesión patrimonial deberá ser en perjuicio exclusivamente de quien fue engañado o se aprovechó su error.

2.2. TIPICIDAD.

La Tipicidad consiste en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal, esto es, a determinada descripción prevista y sancionada en la ley penal.

"Es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley".²⁷

Por lo tanto se tendrá por acreditada la *Tipicidad* en el delito de Fraude, cuando el comportamiento de una persona, consistente en obtener una cosa o un

²⁷ Amuchategui Requena, Irma Griselda. "DERECHO PENAL". Colección de Textos Jurídicos Universitarios. s/e. Edit. Harla, S.A. de C.V. México, 1996. Pág. 56.

lucro en forma ilícita, mediante engaños o aprovechamiento del error en que se encuentre el agraviado.

El aspecto negativo de la Tipicidad, es la ATIPICIDAD, que es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito. En efecto, cuando la conducta del agente no se adecua al tipo por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etcétera.

“Para la exclusión de tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de formula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito, no hay sanción.”²⁸

2.3. ANTIJURIDICIDAD.

La antijuricidad, es lo contrario al derecho; también llamada ilicitud. Al respecto García Ramírez nos indica: *“Significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir ‘disvalor’ de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinada. Existe, pues, una cultura -con sus componentes éticos - que exige cierta conducta; la valora como plausible; y rechaza otra: la califica de ilícita, injusta, delictiva.”²⁹*

Así pues, la antijuricidad en el delito de fraude se actualiza al momento de realizarse la conducta que encuadra en el tipo, ya que la misma va en contra de una disposición expresa que la reprime, es decir es contraria a la ley penal.

²⁸ García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. Pag. 59.

²⁹ Ob. Cit. Pag. 60.

El aspecto negativo de la antijuridicidad son factores que legitiman un comportamiento penalmente típico, son las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, las cuales se hayan estipuladas en la ley (en el Código Penal para el Estado de México, se contienen en el Capítulo IV, denominado DE LAS CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD, precisamente en su artículo 16 en donde encontramos la vis mayor y la vis absoluta, así como la defensa legítima, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho y otras), como eximentes específicas o como referencias que el tipo contiene: "injustamente", "ilícitamente", "indebidamente", etcétera (por ende, no se adecuara la conducta del agente a la figura descrita por la ley cuando aquel se conduzca en forma "justa" o "justificada", "lícita", "debida").

Estas causas de justificación son las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificada.

Los criterios que fundamentan a las causas de justificación son dos:

El consentimiento. Que significa permitir, autorizar, tolerar, que se cometa un acto, que en caso contrario sería considerado como delito. Si el tipo explícitamente invoca la ausencia del consentimiento para que se integre la conducta punible, hay exclusión de tipicidad si el consentimiento del agraviado se encontraba presente. Este consentimiento debe ser serio, voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del consiente. Además para ser eficaz se requiere que el titular del objeto de la acción y el objeto de protección, sea la misma persona.

El interés preponderante, es el segundo fundamento de las causas de justificación, y éste interés se da o surge, cuando existen dos bienes jurídicos y no pueden salvarse los dos, por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. Se justifica privar de la vida a otro.

Las causas de justificación contempladas en el derecho positivo mexicano

son:

- La Defensa Legítima;
- Estado de Necesidad;
- Ejercicio de un derecho;
- Cumplimiento de un deber;
- Obediencia Jerárquica, e:
- Impedimento Legítimo.

Éstas están contempladas en las fracciones II, III, IV, VII y VIII del artículo 16 del Código Penal de la Entidad.

Que en el caso concreto del fraude, se nos antojan remotas estas causas de justificación.

2.4. IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

La INIMPUTABILIDAD es el aspecto negativo de la imputabilidad, es la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito de derecho penal.

Causas de Inimputabilidad:

- Trastorno mental;
- Desarrollo Intelectual retardado;
- Miedo Grave, y:
- Minoría de Edad.

Causas que en lo particular, también serán remotas, ya que como se vio, del tipo se desprende la voluntad. Para cometer el delito.

2.5. CULPABILIDAD.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

“La culpabilidad constituye uno de los más complejos temas del derecho penal. Las caracterizaciones son diversas y afectan la estructura del delito y la ubicación, en esta, del dolo y la culpa. La concepción psicológica entiende que la culpabilidad estriba en el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho delictuoso. La concepción destaca la contradicción entre la voluntad del agente y la norma jurídica, contrariedad que genera un juicio de reproche. La teoría de la acción finalista, retira el dolo y la culpa de la culpabilidad, los ubica en la acción y entiende que aquella es un mal uso de las facultades del agente.”³⁰

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad, existen dos teorías: la Psicológica y la Normativa.

La primera de esas teorías, funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace el elemento volutivo.

La segunda teoría, indica que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

Los grados o tipos de culpabilidad, actualmente son dos: el dolo y la culpa; algunos autores también consideran a la preterintencionalidad.

El Dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

La Culpa ocurre, cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona sólo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución.

Como se dijo, algunos autores como el Maestro Mariano Jiménez Huerta,

³⁰ García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. Pág. 67.

indican que otro grado de culpabilidad es la *preterintencionalidad*, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor cantidad, por actuar con *imprudencia*.

En el delito analizado, únicamente cabe la posibilidad de que sea cometido por dolo, se excluye la culpa, pues como se indicó, el tipo conlleva una voluntad dirigida a obtener el lucro o la cosa, a los cuales no se tienen derecho.

El elemento negativo de la culpabilidad es la **INCUMPABILIDAD**, la cual es la ausencia de culpabilidad; en otras palabras la falta de voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Las causas de *Inculpabilidad*, son:

- Error esencial de hecho invencible;
- Eximentes Putativas;
- No exigibilidad de otra conducta;
- Temor Fundado, y;
- Caso Fortuito.

2.6. **PUNIBILIDAD.**

Penúltimo elemento del delito, de acuerdo a la teoría que nos ocupa, el cual es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma; es la consecuencia del delito, es la sancionabilidad legal penal del *comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable*.

También se denomina punibilidad a la sanción mismo aplicable a un delito, esto es, al tramo (mínimo y máximo) punitivo que estable el legislador.

Punición, significa determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

En el caso del fraude, la penal esta ligada al monto del quebranto patrimonial, tal como se plasma en el numeral 316 del Código Sustantivo de la

Materia.

El aspecto negativo de la punibilidad, con las llamadas EXCUSAS ABSOLUTORIAS, las cuales constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas, por ejemplo:

- Excusa por estado de necesidad;
- Excusa por Temibilidad mínima;
- Excusa por imprudencia;
- Excusa por ejercicio de un Derecho;
- Excusa por no exigibilidad de otra conducta, y;
- Excusa por incesariedad de la pena.

2.7. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Estas condiciones son requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito.

Por su naturaleza controvertida, la mayoría de los autores niegan que se trate de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la Punibilidad por su relación estrecha con ésta.

Las condiciones objetivas, son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la prosecución de ciertas figuras de delito. Estas condiciones objetivas son elementos del tipo; aveces tienen que ver con la

intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, etcétera.

El aspecto negativo de este último elemento, es la ausencia de condicionalidad objetivo.

2.8. ELEMENTOS NORMATIVOS.

Estos elementos normativos, más que elementos del delito, son elementos del tipo penal.

Recordemos que el tipo penal es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

Ahora bien, los elementos normativos se definen como: *“aquellos que requieren valoración por parte del interprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener como base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico”*, definición que nos da José María Rodríguez Devesa, citado por la Placencia Villanueva.³¹

Elementos normativos o necesitados de complementación, son aquellos en los cuales el Tribunal u órgano investigador no se satisfacen con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ven obligados a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho.

Debido a las exigencias de técnica legislativa, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican

³¹ Placencia Villanueva, Raúl. “TEORIA DEL DELITO”. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM. México, 1998. Pag. 103.

juicios normativos sobre el hecho y que obligan al interprete a efectuar una especial valoración de la ilícitud de la conducta tipificada.

Juristas como Beling indican que estos elementos normativos no existen ya que son puramente descriptivos, sin embargo otros como el Maestro Jiménez Huerta indica que Beling se equivoca ya que *"... no puede convensemos de que todos los elementos del tipo delictivo son puramente descriptivos. En primer término la 'pureza' descriptiva del tipo de delito aparece desvirtuada si se tiene en cuenta que el propio tipo ya contiene la valoración jurídica calificada de los antijurídico; en segundo lugar, aunque es exacto que algunos conceptos jurídicos contenidos en los tipos aparecen simplemente como objetos de reglamentación jurídica -cosa mueble ajena (artículo 367), bien mueble o derecho real (artículo 395 fracción I), servicio público (artículo 220)-, no es posible desconocer que las figura típicas contienen también conceptos jurídicos - indebidamente (artículo 173 fracción I), son causa legítima (artículo 214 fracción II), sin derecho - que solo puede ser determinados a través de verdaderas valoraciones normativas".*³²

Jiménez Huerta cita también a Mezguer, y dice: *"Este considera como elemento normativo del tipo a todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración. Mientras que los elementos típicos subjetivos y objetivos - escribe - se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijados por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos, y, en consecuencia, han de ser constatados caso por caso por el juez cognoscitivamente, en los elementos típicos 'normativos' se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinadas mediante una especial valoración de la situación de hecho".*³³

Podemos decir que para Mezger, los elementos normativos son aquellos que exigen una valoración jurídica o cultural.

³² Ob. Cit. Pág. 83.

³³ Ibidem. Pág. 84.

En el caso concreto del delito que se analiza, el elemento normativo sería “... se hace ilícitamente... lucro indebido...” Es decir, para que se actualice el delito de Fraude, el sujeto activo deberá hacerse de una cosa “*ilícitamente*”, o sea a lo que no tenía derecho, o alcance un lucro “*indebido*” que no le correspondía, lo cual deberá valorar previamente el Órgano Investigador o Jurisdiccional que conozca de tal hecho.

2.9. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

Los tipos penales delimitan y describen conductas antijurídicas, el legislador al realizar tales descripciones, en ocasiones, por razones técnicas hace una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que su autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o e estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, o bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estudio de conciencia, y así hacer constar y acreditar que la conducta que tipifica es solamente aquella que está precedida por dicha finalidad o estado, y evitar así interpretar como típico cualquier acto externo.

La combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos psicológicos, resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal. Hechos que objetivamente no interesan al Derecho penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor. Cuando el legislador tipifica conductas que solo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del agente del delito, ha de hacer referencia en forma explícita o implícita, a dichos *elementos subjetivos* que, desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la *tendencia interna trascendente* o del estado de conciencia del autor, u en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos que contienen los tipos penales, pues el método objetivo de descripción típica es insuficiente entre aquellas conductas cuya exclusiva significación penalista emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor.

Por lo que podemos decir que los elementos subjetivos del delito o del tipo penal, se constituyen con la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos) o bien, en una sola conducta (en los delitos imprudentes y en la mera actividad), ya que tales elementos pertenecen al mundo psíquico del agente o de un tercero. Son especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como es el caso de la voluntabilidad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso del dolo o la culpa, y en "*animus*" en el sujeto.

En el caso del Fraude, este elemento subjetivos será el "*animus*", la búsqueda por parte del delincuente, de hacerse de una cosa o de un lucro que no le corresponde.

Para Vela Treviño, citada por Amuchategui, "*... la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito, y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico en la subjetividad del actor de la conducta..*" , es decir se refiere al dolo y a la culpa.³⁴

³⁴ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob. Cit. Pág. 82.

2.10. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta.

Raúl Plascencia Villanueva³⁵, nos indica: *"Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, es decir tiene la característica de ser tangibles, externos o materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos, o situaciones del mundo circundante"*.

Entre estos elementos objetivos encontramos:

- Sujeto Activo del Delito;
- Sujeto Pasivo del Delito;
- Objeto Material del Delito, y;
- Objeto Jurídico del Delito.

2.10.1. SUJETO ACTIVO.

Recordemos que el sujeto activo del delito, es la persona física que lo comete, se llama también: *"delincuente, agente o criminal"*.³⁶

Dicho sujeto será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad (aunque si es menor de edad es inimputable), nacionalidad y otras características.

Una persona moral o jurídica, no puede ser sujeto activo de delito alguno; cabe mencionar que en ocasiones es la Institución la que aparentemente es la

³⁵ Ob. Cit. Pág. 106.

³⁶ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob. Cit. Pág. 35.

que cometió algún delito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y, en todo caso, ejecutó el delito.

Por supuesto, existen diferentes grados de intervención en la comisión de un delito, los cuales están precisados en las VII fracciones del artículo 11 del Código Penal de esta Entidad Federativa.

En el caso particular del delito que se comenta, el sujeto activo en la comisión del delito de fraude genérico y tal como se desprende de la propia norma, puede ser cualquier persona física, quien será el autor del engaño, astucia o artificio, mediante el cual induce al error a otro, a fin de obtener en perjuicio de éste un provecho patrimonial ilícito a su favor o para un tercero. Aunque en el propio texto de las hipótesis del numeral 317, se especifican en dos de ellas quien puede cometer el delito, siendo el caso de *abogados litigantes o persona que se ofrezca a encargarse de un asunto legal penal, civil, laboral o administrativo*, y no lo efectúe, de la fracción I; y el *fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra o instalación, en emplee en ellas materiales de menor calidad que la acordada*, de la fracción XII. Fuera de éstas dos hipótesis o mejor dicho, cualidades requeridas para el activo, en todas las restantes trece fracciones, podrá ser cualquier persona.

2.10.2. SUJETO PASIVO.

Recordemos que el sujeto pasivo es la persona física o la persona moral sobre quien recae el daño o lesión causada por la conducta del activo. También recibe el nombre de víctima u ofendido; señalándose que una persona jurídica puede ser sujeto pasivo en delitos como los patrimoniales, "*. . . pues tiene patrimonio propio e incluso una honorabilidad colectiva. . .*"³⁷

³⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III. 4a. De. Actualizada. Edit. Lozada, S.A.. Buenos Aires, 1977. Pág. 91.

Cabe también hacer mención, que existe sujeto pasivo *de la conducta* y el sujeto pasivo *del delito*. El primero de ellos será la persona que de manera directa recibe la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídico tutelado, es decir el segundo será el titular de bien afectado.

En el delito de fraude, el sujeto pasivo será cualquier persona física o moral, cuyo patrimonio resulta lesionado a consecuencia del engaño a que fue inducido o el aprovechamiento del error en que se encontraba por parte del sujeto activo, quien obtiene ventaja de dicha lesión patrimonial.

2.10.3. OBJETO MATERIAL.

Será la *cosa obtenida ilícitamente* por el agente o el *lucro indebido* que se procure. En relación a este tema, Zamora-Pierce, citado por López Betancurt,³⁸ nos dice que la cosa queda dentro del lucro indebido, expresando al respecto: *"Debemos entender por cosa cualquier objeto material susceptible de apreciación, esa cosa debe tener un valor económico, debe ser estimable en dinero, pues el Código hace depender la punibilidad del valor de lo defraudado. Entendemos así los conceptos de lucro y de cosa, la segunda nos parece una especie del primero, como género, y en consecuencia su mención en el tipo resulta inútil y redundante. Toda cosa que obtenga el delincuente consistirá un lucro, es decir, una ganancia o provecho patrimonial, luego entonces, nada perdería el tipo si elimináramos la mención de la cosa"*. Pero Rafael de Pina también nos da la diferencia entre la cosa al decir que ésta es: *"la realidad corpórea o incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico"*, y bien jurídico - nos sigue diciendo- es la *"cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial"*. Y lucro, nos dice es: *"ganancia o provecho que se saca de una cosa"*³⁹.

³⁸ Ob. Cit. pág. 318.

³⁹ Diccionario de Derecho. Porrúa, S.A. s/ed. 1970.

En el delito que se analiza, el objeto material lo es, indistintamente, la cosa mueble o inmueble; e inclusive derechos y demás cosas incorpóreas, como se desprende de los fraudes específicos (documentos nominativos, fracción III; cualquier cosa o servicio, fracción IV; contratos o convenios, fracción VIII; materiales de construcción, fracción XII; etcétera.).

Sobre el tema Antonio De P. Moreno nos dice que: *“seguramente la expresión de la ley obedece al deseo de explicar que la acción consumativa del delito se constituye no solamente con la obtención, mediante la entrega de la cosa material sino también por el alcance de ventajas patrimoniales que constituye el lucro indebido. Agregando que estima que la obtención ilícita de una cosa, redunde en alcanzar un lucro indebido”*.⁴⁰

Al referirse Pavón Vasconcelos sobre el tema, expresa que el fraude *“igualmente alternativo debe considerarse con referencia al resultado exigido en el tipo, pues éste lo hace consistir en la obtención de la entrega de la cosa ...se hace ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido..., es decir, que cualquiera de tales resultados integra el hecho. La ilícita obtención de la cosa mediante el acto de entrega subsume en la obtención de un lucro indebido”*.⁴¹

Por lo que podemos concluir que sólo hay un resultado en el fraude: la obtención de un lucro indebido. Si el que engaña o aprovecha del error, se hace ilícitamente de alguna cosa, el está alcanzando un lucro indebido. Consiguientemente el término *lucro* es como se sostiene, de mayor amplitud, abarcando al que se hace ilícitamente de una cosa.

2.10.4. OBJETO JURÍDICO.

Recordemos de éste es el interés jurídicamente tutelado o protegido por la ley.

⁴⁰ “CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO”. Parte Especial. Delitos en Particular. Edit. Porrúa, S.A. México, s/f. Pág. 97.

⁴¹ “DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO”. (Comentarios de Derecho Penal). 7a. ed. actualizada. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995. Pág. 116.

En este delito es el patrimonio de las personas, sean físicas o morales; o sea, queda plenamente identificado con el bien tutelado por la norma prohibitiva y no es otro que el patrimonio como todas las figuras de éste Título del Código Penal, pero concretamente la tutela es referible al ámbito de la libertad psicológica del sujeto, en materia patrimonial, ya que la víctima realiza un acto de disposición patrimonial que deriva de una voluntad viciada.

Los civilistas definen al patrimonio como: *un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituye una universalidad de derecho (universitas jure). Esto es: el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria*.⁴²

Por su parte los autores de Derecho Penal debaten si esta rama del derecho necesita elaborar un concepto propio del patrimonio, o bien pueden emplear el concepto de los civilistas. Debiéndose señalar - nos dice Zamora-Pierce- refiriéndose al tema. *"Al parecer nuestros tribunales nunca han tenido dificultades para que esta discusión meramente doctrinal, parece no tener consecuencias prácticas. No hemos logrado -continúa diciendo- encontrar ejecutorias que determinen si la conducta del activo lesiona el patrimonio del pasivo"*.

⁴² Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". Tomo II. 2a. ed. Edir. Porrúa, S.A. Pág. 7

2.11. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL DELITO.

Raúl Plascencia Villanueva⁴³ en relación al tema nos indica "... los elementos descriptivos podemos considerarlos conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, pero que necesariamente son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como 'descriptivos' aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia de una norma o manifiestan, así, un cierto grado de contenido jurídico..."

El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí, que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.

"Para que la ley penal moderna pueda reputarse correctamente confeccionada - ha escrito Soler- no será bastante que nos diga 'El ladrón sufrirá tal pena', sino que deberá definir la acción que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de las peculiaridades que constituyen la acción de robar." Nos dice Jiménez Huerta. ⁴⁴

Por lo que podemos decir, que el fraude se actualiza, cuando alguna persona, mediante engaños o por el aprovechamiento de un error en que se halla el perjudicado, obtiene una cosa o un lucro indebido. Por lo que deberá acreditarse el engaño o el error en que se encontraba el agraviado, por cualquier medio previsto por la ley.

⁴³ Ob. Cit. Pág. 107.

⁴⁴ Ob. Cit. Pág. 76.

2.12. DIFERENCIAS DEL FRAUDE CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.

Tomando en cuenta que el artículo 388 del Código Penal Federal, y su similar del aplicable en el Distrito Federal dice:

"Artículo 388.

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores, o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice una operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude".

Es como podemos llegar a indicar como diferencias entre el delito de Fraude y el de Administración Fraudulenta, los siguientes puntos

PRIMERO.- El delito de *FRAUDE* puede ser cometido por cualquier persona; mientras que el delito de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA* es "*especial o propio*" pues sólo lo puede cometer la persona que ha asumido una calidad jurídica, de hecho o de derecho, que le impone el deber de gobernar, administrar o conducir con probidad, los intereses patrimoniales ajenos bajo su cuidado;

SEGUNDA.- El beneficio obtenido en el primero es mediante engaños al titular del patrimonio y en el segundo se obtiene de la ejecución de órdenes recibidas;

TERCERO.- En el *FRAUDE* la entrega de la cosa, la realiza la víctima en virtud del error en que éste se sumerge mediante engaños, y en la

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA el agente se apropia mediante una abusiva ocultación realizada al abrigo de su actividad administrativa;

CUARTO.- Un gestor sin mandato que dispone para sí de los bienes que gestiona no comete **FRAUDE**, sino **ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA**, pues no hay entrega errónea de la cosa por parte de la víctima, y:

QUINTO.- En el primer delito únicamente se quiere obtener una cosa o un lucro indebido a favor del activo o de un tercero, y en el segundo, además de ese ánimo, cabe la posibilidad de cometer tal ilícito única y exclusivamente para perjudicar el patrimonio a cargo y por ende a su o sus titulares.

CAPITULO III

EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO Y SUS DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO.

El delito de Abuso de Confianza tiene su origen en Roma, en donde se tenía un gran respeto por la propiedad privada; era considerado dentro del delito de "*furtum*", hoy conocido como fraude, por atenderse a un mismo rasgo común: *apropiación injusta del bien ajeno*. Poco interesaba que este resultado ilícito se obtuviera por vía de la toma no consentida de la cosa, o por el abuso de la posesión material. Y si bien no se estableció exactamente el delito de abuso de confianza, si resulta un antecedente importante precisar que durante el Imperio Romano, al lado de la "*acción privada de dolo*" se creó un delito especial con el nombre de "*stellionato*", que comprendía todo atentado fraudulento contra el patrimonio ajeno.

En el derecho romano en materia de "*furtum*" se decía que además de que así se reputaba la apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguna de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla la correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debería hacer.

La antigua jurisprudencia francesa continuó la tradición romana diciendo que el robo no se comete solamente por la sustracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etcétera. Los robos de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena.

En 1791 en la ley francesa se estableció una sanción especial para las apropiaciones, que sin autorización se hacían los depositarios de bienes, a quienes se les sancionaba con la degradación cívica. Corresponde al Código Napoleónico de 1810 la verdadera creación del delito de "Abuso de Confianza", en su artículo 408, el que después de las reformas de 28 de abril de 1832 y de 13 de mayo de 1863, que le dieron mayor alcance, llegó a su definitiva redacción la cual es antecedente de nuestro precepto legal del mismo delito.

En México el Código de 1871 se refirió al Abuso de Confianza en los artículos 405 al 412, en donde el artículo 407 establecía: *"El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia"*.

En la Exposición de Motivos de los Trabajos de Revisión del Código de 1871, en relación al artículo 407 mencionado, decía: *"... dicho artículo reformado para entonces en dos ocasiones, debía comprender no sólo los contratos, sino también los simples actos, como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles sin transferir su dominio;*

por lo que la Comisión era de opinión de decir '...cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio...' expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga ...' cosa ajena mueble, de la que se haya transferido la tenencia y no el dominio...' expresión más genérica que comprende no sólo los contratos sino también cualquier acto...".

1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.

En el Diccionario de la Lengua, el abuso de confianza se define como: *"infidelidad que consiste en burlar o perjudicar a otro, que por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito".*

Abuso: del latín *abusus*, de usos a, desviación de uso.

Francesco Carrara⁴⁵ lo define como: *"La apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio, y para un uso determinado".*

Giuseppe Maggiore, citado por Eduardo López Betancourt⁴⁶ nos indica que en el Código Italiano, el Abuso de Confianza se encuentra regulado como "Apropiación Indevida" a la cual ha definido como: *"el hecho de quien, para obtener para sí o para otros un provecho injusto, se apropia dinero o cosas muebles ajenas, cuya posesión tiene por algún título".*

⁴⁵ Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL". Parte Especial. Vol. IV. Edit. Temis Librería, Bogotá, 1987. Pág. 364.

⁴⁶ López Betancourt, Eduardo. "DELITOS EN PARTICULAR" Tomo I, s.e. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. Pág. 280.

Francisco González de la Vega considera que la frase "Abuso de Confianza", puede tener en derecho penal un doble significado: como circunstancia agravadora concurrente en cualquier delito y como delito típico especial que lleva ese nombre.

*"Conforme a su primera significación - explica el mencionado jurista- la agravante de abuso de confianza consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito y en su significado restringido, el abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares".*⁴⁷

En el Derecho Penal Mexicano, el Abuso de Confianza es un delito autónomo y no una circunstancia agravante o una modalidad del robo, figura con la que en un principio estuvo confundida y posteriormente con el fraude.

Este delito es conocido en España e Italia como el de "Apropiación Indevida" pero en México se le denomina "Abuso de Confianza" siguiendo al Código Francés, y que de acuerdo a Jiménez Huerta⁴⁸ consiste en: " *La antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa ajena mueble que obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada. Trasciende de la anterior síntesis conceptual - continua diciéndonos - que la esencia del delito radica en la 'apropiación indebida' del objeto material sobre el que recae la conducta típica, y que el 'abuso de confianza' no es otra cosa que una circunstancia que el agente aprovecha para realizar la apropiación*". Agregando que: "aunque de las consideraciones anteriores se evidencia que es más correcta la denominación de 'apropiación indebida' que la de 'abuso de confianza', es para nosotros, imperativo el uso de esta última por ser la empleada en el vigente Código".

⁴⁷ González de la Vega, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO". Los Delitos. 26a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1993. Pág. 225.

⁴⁸ Jiménez Huerta, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". Tomo IV. 5a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 109.

Y el concepto o noción que nos da el propio Código Penal para el Estado de México, lo encontramos en el artículo 313, que a la letra dice:

"ARTICULO. 313.

Al que con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le hubiese transmitido la tenencia y no el dominio, se le impondrán las siguientes penas..."

Por lo que una vez precisadas las definiciones doctrinales y legal del delito en comento, continuaremos con el análisis de sus elementos.

2. ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.

2.1. LA CONDUCTA.

En el delito de Abuso de Confianza, el núcleo del tipo es el comportamiento efectuado por el activo para integrar el delito, de *disponer* para sí o para otro de una cosa ajena mueble, del cual se tiene la *tenencia* y no el *dominio*, término que sirve para diferenciar este delito del robo y del fraude.

Así es, el núcleo de la descripción típica del Abuso de Confianza es *disponer* que es equivalente a *apropiarse*, término usado comúnmente en legislaciones extranjeras. Pero dicho término en manera alguna puede entenderse en la estricta acepción gramatical que le otorga el Diccionario de la Lengua que es: "*ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas en vez de atenderse a la posesión y disfrute*", ya que quedaría fuera de la descripción típica de la *apropiación* no acompañada de *disposición*, sino en su

sentido afín o sinónimo más amplió, de *adueñarse* de ellas, esto es, de *apropiárselas*. Sería interpretar erróneamente la ley, considerar excluidos del ámbito del delito en comento, los casos de *apropiación* no acompañadas de *disposición*. Por otra parte, la frase "... *disponga para sí...*" contenida en el mencionado artículo 313 es conceptualmente sinónimo de las ideas que expresan las palabras *adueñamiento* o *apropiación*.

Empero, debemos aclarar que para que se actualice la conducta de este ilícito, se requiere de un "*presupuesto básico*", o sea, indispensable para la misma, el cual detallaremos a continuación.

El multicitado numeral 313 exige como presupuesto de la conducta típica que al sujeto activo "*se le haya transmitido la tenencia y no el dominio*" de la *cosa ajena mueble* objeto material del delito. Esta transmisión previa es presupuesto ontológico de la conducta delictiva y viene a ser el antecedente fáctico que abre paso y enmarca la posible realización de la subsecuente conducta ejecutiva. Por lo tanto es necesario establecer, con la debida precisión, cuando ha operado la transmisión de la *tenencia* al sujeto activo del delito.

Conforme al sentido del artículo 313 podemos decir que se ha *transmitido la tenencia* de una *cosa ajena mueble* cuando se ha trasladado o transferido a otro su posesión corporal, cualquiera que fuere, dado que el Código no hace especificación alguna en cuanto al título o acto jurídico que hubiere motivado la transmisión y siempre que ésta hubiere sido aceptada, tácita o expresamente por el agente del delito. Sin embargo, desde ahora se perfila con la debida claridad que "*transmitir la tenencia*" implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión, y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige como sujeto activo de éste delito. Sólo puede estimarse que se ha transmitido a éste dicha tenencia cuando el poder que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la transmitió.

Efectivamente, lo anterior significa que el tenedor de la cosa, al tenerla en forma autónoma, la posee por sí solo, no conjuntamente con el dueño, por lo que libremente decide sobre la cosa y ejerce un poder de hecho sobre la misma como si fuere el dueño. *"Dicha transmisión debe ser voluntaria en el sentido de que no puede ser consecuencia de la violencia física o moral, no determinado por error, hecho surgir por el activo o aprovechado por el, pues estaríamos en presencia del robo o fraude, respectivamente".*⁴⁹

Una persona puede transferir la posesión material de una cosa conservando o reservándose la posesión originaria (o como dice la ley, sin transmitir el dominio) en muy diversos casos, entre ellos: en virtud de un arrendamiento, prenda, comodato, depósito, compra-venta con reserva de dominio, mandato, comisión mercantil y prestación de servicios, tutela, albaceazgo, sindicatura y secuestro. En todo caso, deberá determinarse la relación surgida entre los sujetos del delito, para concluir si se da el presupuesto de la conducta; esto es, si hay un acto voluntario de transmisión material, que importe la creación de una nueva posesión material autónoma, independiente y sin vigilancia del poseedor originario.

Faltaría el presupuesto fáctico del delito de Abuso de Confianza en todos aquellos casos en que no se ha transmitido, aunque hubiere sido tan sólo por muy corto tiempo o para un breve encargo, la autónoma e independiente tenencia de la cosa, siempre y cuando se encuentre en manos de otro, pues el simple contacto físico que éste puede tener sobre la cosa, no presupone transmisión de tenencia. Quien se apodera de la cosa con la que mantiene un simple contacto físico no comete delito de abuso de confianza y si, en cambio, delito de robo.

Garraud, citado por González de la Vega⁵⁰, nos dice que: *"Se comete una confusión cuando se busca el delito en una simple violación del contrato (o acto*

⁴⁹ Cardona Arizmendi, Enrique. "APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL". Parte Especial. Delitos Patrimoniales. 2a. ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1976. Pág. 261.

⁵⁰ Ob. Cit.. Pág. 231.

transmisor de tenencia), por que el abuso no es sino una violación del derecho de propiedad". Nuestro Código usa la frase "... *disponer para sí o para otro...*" y las legislaciones extranjeras frases similares, pero cualquiera que sea el término utilizado, todas ellas se refieren a aquellas actividades atentadoras en que el tenedor provisional se adueña de hecho del bien, es decir, procede con él como si tuviera su dominio para enajenarlo en todo o en parte, gravarlo o retenerlo injustamente.

Las simples violaciones contractuales efectuadas por el que tiene la cosa, cuando *no da por resultado un movimiento de apropiación en la forma en que dejamos explicada, no constituyen el delito en análisis.* Verbigracia: un arrendatario de bien mueble, sin facultad de subarrendar dada por el arrendador, ejecuta esa operación; se ha extralimitado en sus derechos, ha violado el contrato, pero no es responsable del delito de abuso de confianza, por que su acto ilícito no implica el *adueñamiento* de la cosa; en cambio, si la oculta para quedarse con ella y se niega a restituirla obrando como si fuera su propietario, o la empeña, grava o enajena en cualquier forma, incurre en las sanciones penales del delito que comentamos.

Los problemas que en la práctica surgen en relación con éste delito, se deben precisamente a la imprecisión tanto del presupuesto básico con estas características, como la confusión de términos, en general tomados muy a la ligera como sinónimos. Por lo que creemos necesario precisar algunos términos como:

Propiedad, del latín *propietas- atis*. Es el dominio que se ejerce sobre la cosa poseída. Los romanos concibieron a la propiedad como la manera más completa de gozar de los beneficios de una cosa, entre ellas, de servirse de ella conforme a su naturaleza, de percibir el producto de la misma, de distribuirla, e incluso su reclamo de otros detentadores y poseedores. Según Rojina Villegas es: *"el poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa*

para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto".⁵¹ Y a interpretación del artículo 805 del Código Civil del Estado de México, es el dominio que se ejerce sobre una cosa.

Poseción, del latín *possessio-onis*, del verbo *possum, potes, posse, putoi*: poder ; para otros autores del verbo *sedere* y del prefijo *pos*, sentarse con fuerza. Poder físico que se ejerce sobre una cosa, con intención de portarse como verdadero propietario de ella. Hay dos clases de posesión, la originaria y la derivada. La *originaria* o que se adquiere a título de dueño, es la que tiene como efecto fundamental que dicha posesión se convierte en dominio por el transcurso del tiempo exigido por la ley para la *usucapión* o prescripción adquisitiva. Y la posesión *derivada* es aquella que se obtiene en virtud de un acto jurídico mediante el cual el propietario entrega la cosa por título que impone obligación de devolverla, concediendo a su contratante el derecho de retenerla temporalmente en su poder, en carácter de usufructuario, arrendatario, acreedor prendario, comodatario, depositario, etcétera.

Detentación, del latín *detentare*, retener sin derecho lo que no le pertenece. Posesión ilegítima con la conciencia más o menos clara del título ajeno. Se confunde comúnmente con la *Tenencia*, cuya diferencia es la ilegitimidad del detentador y la legitimidad del tenedor.

Retención, es el derecho que tiene el acreedor en las obligaciones recíprocas y en los casos expresamente previstos en la ley, para conservar la tenencia y rehusarse a la entrega de una cosa que pertenece a su deudor si éste no ejecuta la obligación que le incumbe. La retención no requiere la intervención de la autoridad para legitimar la negativa de la entrega. Se trata de una medida tutelar del crédito, para impedir que el acreedor sea víctima de un deudor

⁵¹ Rojina Villegas, Rafael "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". Tomo II. 2a. De. Edit. Porrúa, S.A., México, 1995. Pág. 123.

contumaz o de mala fe que pretende exigir la entrega sin que él a su vez cumpla con la obligación a su cargo.

Ahora bien, como ya se mencionó, el tenedor de la cosa, al tenerla en forma autónoma, la posee por sí solo, no conjuntamente con el dueño, por lo que libremente ejerce un poder de hecho sobre ella. Por lo que en consideración de lo anterior es que, cuando no se precisa bien, surgen los errores y las malas interpretaciones; de ahí que frecuentemente sean confundidos los delitos de robo y abuso de confianza, no sólo desde el punto de vista de su estudio, sino aun en casos prácticos donde no parecen distinguirse bien los linderos de uno y otro. Verbigracia: cuando un obrero se lleva el martillo que a diario utiliza en el taller donde trabaja, será robo y no abuso de confianza; no así el que vende el automóvil que se le dejó en custodia durante un mes, no comete robo sino abuso de confianza.

La separación establecida por las modernas legislaciones entre robo y abuso es justificada por varias razones. Si examinamos ambos delitos desde el punto de vista del momento de la posesión, observamos que el ladrón la adquiere en el instante preciso de la consumación de su delito, o sea al tomar la cosa; el robo es un atentado en que se desposee a la víctima. En cambio, el abusario, antes de que ejecute el delito, tiene lícitamente la posesión; su infracción consiste en el abuso que hace de esa previa tenencia, disponiendo del bien.

Por su parte, el abuso de confianza se distingue del fraude en que, el abusario obtiene la cosa sin emplear engaños, maquinaciones o artificios o aprovechar errores; su actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición. El autor del fraude recibe la cosa como resultado de su engañosa actitud, su dolo es anterior a la posesión y es causa de ésta.

Por lo que podemos concluir que la esencia de la conducta típica, en este delito, radica en que al agente *disponga* del objeto material del delito, del que se le transmitió la tenencia y no el dominio. *Disponer* de una cosa ajena mueble,

significa *apropiársela*, esto es, hacerse dueño de ella de propia autoridad, beneficiándose con su posesión o disfrute, cual si el propietario fuera, o enajenarla o gravarla mediante un acto jurídico que presupone la presencia de una previa apropiación o al menos, la coexistencia de una apropiación simultánea violando la finalidad de la tenencia. Esos casos consisten siempre en la *distracción* de la cosa del fin para que fue entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa. *"Y en verdad ha sido más correcto que la conducta típica del delito se hubiere claramente expresado con la frase '...se apropie...' - explica Jiménez Huerta⁵²- dado que la esencia fáctica del mismo consiste en hacerse dueño de ella de propia autoridad o comportarse en relación con la cosa como si fuere propia".* Lo que coincide con lo dicho por Crivellari al estimar que el sujeto se apropia de la cosa *"cuando la incorpora a su dominio, privando a su dueño y sin ánimo de restitución"*. Cuello Calón, considera que hay apropiación cuando el agente *"hace suya la cosa incorporándola a su patrimonio con ánimo de disponer de ella como dueño"*. Y después de citarlos Pavón Vasconcelos⁵³ asegura que *"disponer de una cosa es apropiarse de la misma con ánimo de dominio"*

No es necesario para la configuración típica del delito de abuso de confianza que el sujeto activo de apropie o disponga de la integridad de las cosas que se le transmitieron en tenencia, pues también se configura el delito cuando dispone o se apropia de parte de los objetos que obran en su poder, aunque, naturalmente, en este caso el delito se limite a la parte apropiada.

Agregaremos que no existe delito de abuso de confianza, cuando la persona a quien se le ha transmitido la tenencia de la cosa, prolonga dicha tenencia en ejercicio de un derecho de retención. Aunque debemos aclarar en qué casos se tiene una *legítima posesión de la cosa retenida que impide la*

⁵² Ob. Cit. Pág. 116.

⁵³ Pavón Vasconcelos, Francisco. "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL". (Parte Especial) Robo, Abuso de Confianza y Fraude. 4a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, s/f. Pág. 112.

configuración del delito en examen, y aquellos otros en que la retención es ilegítima y, por ende, puede dar lugar a este delito si concurren los demás especiales requisitos típicos que la ley establece. Y como ya se mencionó, tampoco las simples violaciones contractuales integran este delito cuando no dan por resultado un movimiento de apropiación.

Por cuanto hace al aspecto negativo de la conducta o la ausencia de ésta en el delito multimencionado, atendiendo fundamentalmente a la *disposición* o *apropiación* de la cosa requiere una necesaria actividad voluntaria para integrar la conducta como elemento objetivo del delito, habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de disposición sea involuntaria. En tal virtud y si se considera la posibilidad del acto dispositivo en aquellas situaciones en que el sujeto obra sin voluntad, sólo cabe considerar como factible la "sugestión hipnótica", nos dice Pavón Vasconcelos⁵⁴ lo cual nos aparece poco probable, no así que el actuar del activo sea bajo la *vis absoluta*, tal y como lo dijimos en el fraude, donde también se hizo la observación del delito de extorsión. Por lo que únicamente agregaremos que el delito en análisis se comete sólo por acción y siempre será doloso.

Ahora bien, en el artículo 314 del Código Penal invocado, se establecen dos figuras de Abuso de Confianza impropios o que se equiparan a dicho delito.

"ARTICULO. 314.

Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, al que:

I.- En perjuicio de otro, disponga de cosa mueble propia, que tenga en su poder de la cual no pueda disponer legalmente, y:

⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 114.

II.- Para hacerse del importe del depósito que garantice la libertad caucional de un inculpado, o de parte de él, cuando no le corresponda, o haga aparecer como de su propiedad dicho depósito”.

Mención especial merece la fracción I que se indica, ya que prevé un caso de delito especial, distinto del verdadero abuso de confianza, por que el dueño no ha perdido su *dominio* sobre los bienes de su propiedad, pero de los que no puede disponer libremente por algún impedimento jurídico; como por ejemplo: que le haya sido embargada la cosa que tenga en su poder con el carácter de depositario, o si la hubiere dado en prenda y la conserve en su poder como depositario en virtud de un contrato celebrado con algún Banco.

Efectivamente, observamos en dicha fracción primera, que la cosa será propiedad del sujeto activo y no ajena, como se menciona en el artículo 313; pero aunque sea suya y la tenga en posesión no puede disponer libremente de ella por alguna causa lícita y de acuerdo a la ley, toda vez que el legislador, a fin de proteger intereses de otras personas, como por ejemplo: acreedores, ha dispuesto se aplique la pena correspondiente al abuso si el sujeto activo o propietario, dispone de tal cosa mueble.

Y la fracción II también establece una conducta especial, ya que el hecho de hacer aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad provisional de un procesado, no corresponde a la disposición para sí del delito en estudio, sino al engaño de fraude en grado de tentativa con el propósito de hacerse ilícitamente del depósito de la caución (el engaño se hace al funcionario judicial a quien el agente hace creer que el depósito es suyo, así también a la persona que se lo hubiese entregado con el fin de otorgar la caución, a quien engaña haciéndole creer que lo entregará a la autoridad judicial, para después hacerlo aparecer como suyo) pues obviamente, en este caso no existe transmisión de *tenencia del depósito*, en el sentido de que el sujeto activo sea el destinatario o depositario del mismo, sino, sólo lo recibe "*longa manus*" sin autonomía y sin poder legal sobre el

mismo, en una posesión derivada para entregarla al juzgado. Dicha fracción trata de evitar desmanes con motivo de ocasiones de entregar sus fondos a tercero para la constitución del depósito.

Igualmente que en el fraude, en el delito de abuso de confianza no hay violencia, toda vez que al sujeto activo le fue entregada la cosa ajena mueble en tenencia, por parte del pasivo por algún medio legal.

Este delito tiene un resultado material y se consuma en el preciso instante de disponer del objeto material, es decir, cuando el activo logra apropiarse o disponer ilegalmente para sí o para otro de dicho objeto del que tiene la tenencia precaria y no el dominio.

El nexa causal será, que a consecuencia de dicha *disposición indebida* de la cosa ajena mueble, de la que se tiene la tenencia más no el dominio, se lesione el patrimonio del propietario de dicho objeto o de la persona que conforme a la ley pueda disponer de tal cosa.

2.2. TIPICIDAD.

Se acreditará este elemento, cuando la conducta desplegada por el agente del delito el delito encuadre perfectamente a la hipótesis prevista en el mencionado artículo 313 del Código Sustantivo en el Estado de México, y no le falta alguno de los elementos que integran el tipo pues, en su caso su conducta serie atípica.

2.3. ANTIJURIDICIDAD.

Se actualizara en la especie, al cometer la conducta sancionada por el mencionado numeral 313, ya que va en contra de la ley, es decir se realiza esta conducta que es castigada por la ley, y por lo tanto va en su contra. Actualización en la especie, sino existe en favor del agente del delito, alguna de las causas de justificación contenidas en los incisos del artículo 16 del mismo Código Punitivo.

2.4. IMPUTABILIDAD.

Se demostrará en este delito, cuando el sujeto activo, al momento de realizar la disposición del bien mueble ajeno, del que únicamente tenía la tenencia y no el dominio, tenía la capacidad plena para querer y entender la conducta realizada y el resultado producido; siempre y cuando no opere en su favor alguna las causas de inimputabilidad.

2.5. CULPABILIDAD.

Se acredita con el ánimo de perjudicar a alguien por parte de agente del delito, ya que es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho, con la conducta realizada. Es el dolo y la culpa, por parte del sujeto activo.

2.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Esta se actualiza al acreditar que al activo se le entregó la cosa mueble, del que únicamente se le transmitió la tenencia y no el dominio, es el presupuesto básico para que la conducta de disponer de ese bien sea punible.

2.7. PUNIBILIDAD.

En la especie es la amenaza de imponer a cualquier persona, las penas contenidas en el mismo artículo 313 del Código Penal Mexiquense, cuando realice la conducta que la ley define como el delito de Abuso de Confianza.

2.8. ELEMENTOS NORMATIVOS.

El elemento normativo en el delito que nos ocupa es el “... *el que con perjuicio de alguien...*” Es decir, el Agente del Ministerio Público o el Juez, en sus respectivas competentes, deberá acreditar que la disposición de la cosa, por parte del delincuente, resultó en perjuicio de la persona propietaria de la cosa dispuesta o de la que con arreglo a la ley podía disponer de ella.

2.9. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

En este caso la finalidad buscada por el sujeto activo, al disponer de la cosa, será perjudicar al propietario de la cosa que tiene a su disposición, o a quien podía disponer de ella de acuerdo a la ley, es decir será doloso.

2.10. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Estos elementos se acreditan con la cosa mueble ajena, y otro medio tangible para acreditar la existencia del delito en análisis, tales como:

2.10.1. SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo en la comisión del delito de abuso de confianza tal y como se desprende del propio artículo 313 y 314 fracción II es o puede ser cualquier persona física, por que el tipo penal no especifica alguna calidad personal, para de que disponga para sí o para otro de la cosa ajena mueble de la que le fuera transmitida la tenencia y no el dominio, y ello sea con perjuicio para alguien.

Este delito sólo lo podrá cometer quien tiene legítima tenencia del objeto material sobre que recae la conducta, en virtud de un título o acto jurídico traslativo de dicha tenencia y realizar la actividad dispositiva de la misma. Efectivamente, en este delito la cosa se encuentra "*ad initio*" legítimamente entre las manos del agente por un acto que implica convenio y obligación de restituir; el agente no se hace de las cosas por astucia o la violencia; y si más tarde las distrae es cediendo a la ocasión propiciada por la víctima.

Y en la conducta prevista en la fracción I, del artículo 314, lo será cualquier persona física, que disponga de una cosa mueble de su propiedad, que tenga en su poder, pero de la cual no puede disponer libremente conforme a la ley.

2.10.2. SUJETO PASIVO.

En el delito en comento, el sujeto pasivo, víctima o perjudicado podrá ser cualquier persona física o moral, cuyo patrimonio resulte lesionado a consecuencia de la *disposición* que realiza el agente del delito de la cosa afecta. Y al igual que los demás delitos contra el patrimonio, se perseguirá a petición de la parte agraviada; lógicamente con excepción del delito de robo que se persigue de oficio.

Cierto es que en la mayoría de los casos el propietario resulta dañado, pero también lo es que en otros el sujeto pasivo es el arrendatario, el usufructuario o el comodatario que *transmitió la tenencia de lo cosa al activo, sin perjuicio de que el propietario ejerza las correspondientes acciones civiles contra el usufructuario, arrendatario, etcétera que perdió la cosa.*

2.10.3. OBJETO MATERIAL.

En este delito, el objeto material del delito será: cualquier cosa *ajena mueble* tal y como se desprende de la hipótesis prevista en el artículo 313 indicado.

Primeramente el vocablo "cosa" tiene un significado distinto de acuerdo a la disciplina en la que se este hablando, ya sea en filosofía, física, economía o derecho. En sentido filosófico cosa es todo lo que abstractamente existe; todo lo que puede ser concebido por la mente; toda entidad, incluso imaginaria, como la *idea*. En sentido físico, denota lo que tiene existencia corpórea y puede ser percibida por nuestros sentidos. En economía, indica todo lo delimitable exteriormente, que puede quedar sometido al señorío del hombre por ser susceptible de satisfacer sus necesidades. La cosa físicamente delimitada y

potencialmente útil al hombre se utiliza en el lenguaje jurídico en cuanto que sirve para satisfacer sus necesidades, esto es, los intereses de un sujeto determinado. Todo *bien* es por consiguiente, una cosa, pero no toda cosa es un *bien*. De esta correlación resulta claro que en el mundo jurídico se labora sobre el concepto de cosa. Sin embargo, se sobre entiende que cuando la ley penal habla de cosa emplea el vocablo no sólo en su sentido material, sino también jurídico, esto es, provisto de los atributos necesarios para indicar un *bien*. De ahí la equivalencia entre *cosa* y *bien* en el texto de la mayor parte de las normas.

Por cuanto hace a la calidad de ser "*mueble*", nos remitimos al derecho civil que distingue entre *muebles e inmuebles*. Y dice que los "*bienes muebles por su naturaleza*" son los que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya que se mueven por sí mismos o por efecto de una fuerza exterior y de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 730 del Código Civil para el Estado de México; y los "*bienes muebles por determinación de la ley*" son las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal conforme al artículo 731 del ordenamiento civil invocado.

Posteriormente la ley civil hace una extensa clasificación, aunque estas ideas sean las centrales, y son las que nos ayudan a entender las normas penales en estos aspectos que ya analizamos. En forma muy general la ley civil expresa que los bienes *muebles* son todos aquellos que no están considerados como *inmuebles* en el artículo 727 en que se menciona: el suelo, las construcciones adheridas a él, plantas y arboles unidos a la tierra; manantiales, diques y construcciones, etcétera. Finalmente el artículo 724, del mismo ordenamiento, estipula que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Cuando se afirma que puede ser objeto material del delito de abuso de confianza toda *cosa corporal* susceptible de ser removidas materialmente del lugar en que se encuentran, se hace conceptual referencia a una calidad que la

cosa ha de tener o ha de adquirir en el momento de realizar la acción ejecutiva, esto es, a su movilidad, es decir, que pueda desplazarse de un lugar a otro sin afectar su naturaleza e integridad.

Por último la cosa será *ajena*, es decir, no perteneciente al sujeto activo, sino a una persona quien a afectará en su patrimonio. Ha de ser *ajena*, es decir ha de pertenecer a un patrimonio de que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito. Empero, recordemos que en la fracción I del artículo 314, el propietario de la cosa puede perpetrar este delito, si dispone de ella libremente, cuando para ello esté impedido por la ley.

2.10.4. OBJETO JURÍDICO.

Lógicamente será la integridad del patrimonio de las personas físicas o morales, incluso algunos autores precisan el elemento patrimonial protegido. Así Jiménez Huerta⁵⁵ nos dice: *"El objeto de la tutela penal en el delito en estudio es el interés jurídico patrimonial que tiene la persona que transfiere a otra la simple tenencia de una cosa, en que sea restituida llegado el instante de la devolución. Es por tanto un derecho subjetivo de naturaleza obligacional - elemento activo del patrimonio- el interés patrimonial tutelado en el delito de abuso de confianza"*. Dicho autor también manifiesta que *"no sólo se protege la propiedad, pues afirma, quedarían extramuros del tipo, todas aquellas cosas en que la transmisión de la tenencia la efectúa persona diversa del propietario, por ejemplo: el usufructuario, el arrendatario, el comodatario, etcétera"*.

Cardona Arizmendi⁵⁶, al respecto dice: *"Que siguiendo a Olga Islas de González Mariscal, considera que el bien tutelado es la posesión originaria, ya que el delito puede consumarse en momentos anteriores a aquel en que debe devolverse la cosa, o bien puede haberla aunque no exista obligación de devolverla y en todo los casos la posesión originaria se afecta. Posesión*

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 111.

⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 260.

originaria - agrega- debe entenderse como en su concepción civilista, o sea el poder que se tiene a título de dueño. El bien se afecta cuando se dispone patrimonialmente y se hace mudar la posesión derivada u originaria”.

2.11. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS.

Estos elementos, en el delito de abuso de confianza, estarán presentes cuando una persona *disponga* con perjuicio de alguien, un bien mueble ajeno, es decir se acrediten el acto de disposición y el resultado del perjuicio, tal y como lo menciona el referido artículo 313 en comento.

2.12. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y EL DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO.

PRIMERA.- La conducta lesiva del patrimonio ajeno, en el delito de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO*, puede tener por objeto, bienes muebles, que por no existir con anterioridad, no pudo su tenencia ser transmitida al sujeto activo, pues éste los obtuvo en virtud de las adquisiciones hechas en su gestión administrativa; circunstancia ésta que imposibilita, la configuración del delito de *ABUSO DE CONFIANZA*.

SEGUNDA.- El delito de *ABUSO DE CONFIANZA* recae en una cosa ajena mueble; el de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO*, recae en un conjunto de bienes, incluso inmuebles.

TERCERA.- El primero de los delitos, arriba mencionados, consiste en *apropiarse una cosa mueble ajena*, y el de administración fraudulenta en *operar fraudulentamente* en contra de una persona, cuyos intereses le han sido confiados.

CUARTA.- El sujeto activo en el delito de *ABUSO DE CONFIANZA* podrá ser cualquier persona; y en el de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO* será el que, tenga bajo su administración o cuidado el conjunto de bienes de otro.

QUINTA.- En la *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO* se confía el cuidado de los intereses y en la fidelidad en que serán manejados; y en el *ABUSO DE CONFIANZA*, en cambio, en el cumplimiento del deber nacido del negocio o acto jurídico que motivo la entrega.

SEXTA.- El activo en la *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO* a no comete delito al *disponer* del objeto material, como en el *ABUSO DE CONFIANZA*, sino hasta que termine de rendir cuentas, pues el administrador es deudor de cantidades y no de especies.

CAPITULO IV.

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

En el primer capítulo de este trabajo de investigación nos hemos referido ya a los antecedentes extranjeros y nacionales del delito que ahora analizaremos en detalle.

Por lo que únicamente recordaremos que el artículo 388 del Código Penal Federal, y hasta el momento de la realización de este trabajo, también aplicable en el Distrito Federal, en materia del Fuero Común; prevé:

“Art. 388.

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de estos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude”.

Así entonces continuaremos inmediatamente con la definición de este delito:

1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.

Como el nombre del delito "*Administración Fraudulenta*" es una frase compuesta por dos términos, creemos necesario definir a ambos, con lo que nos dice el diccionario de la lengua:

ADMINISTRACIÓN. Acción de administrar; y administrar proviene del latín *ad*, a y *ministrare*, servir, gobernar, regir.

FRAUDULENTA. Engañosa, falaz, mentirosa, dolosa.

Por lo que conjugando ambos términos, podemos concluir también, que: "*Administración Fraudulenta*" es la acción de cuidar o gobernar en forma engañosa o mentirosa de alguna cosa o patrimonio ajeno.

Guillermo Cabañellas⁵⁷ nos lo define como: "*Delito consistente en abusar de la confianza particular depositada o de aquellas posibilidades que las ocasiones presenten, para apropiarse de productos, de los bienes o de estos mismos, utilizarlos contra el interés de los propietarios o interesados, exagerando los gastos, simulándolos, usando cosas que no deban hacerse, obteniendo prestaciones personales de quienes no las deban, negándose a rendir cuentas u ofreciendo liquidaciones inexactas.*"

Por su parte Carrara⁵⁸ nos dice que es "*El delito del individuo que habiendo sido (con estipendio o sin él, o con participación en las ganancias), gestor fiduciario para llevar a cabo una actividad administrativa en interés de otras personas y por lo tanto consignatario, para ese uso determinado, de cosas*

⁵⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo I, 21a. de. Edit. Heliastra, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. s/f.

⁵⁸ Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL". Parte Especial. Vol. IV. Reimpresión de la 4a. Ed. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1987. Pág. 388.

de pertenencia ajena, abusa de la confianza que se le otorga, al convertir indebidamente en provecho propio las cosas mismas que se le entregaron para administrarlas, o las ganancias que de su administración obtienen.”

Ya la noción legal la comentamos al inicio de este capítulo; por lo que continuaremos con el análisis de los elementos de este delito.

2. ELEMENTOS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.

2.1. CONDUCTA.

La acción típica consiste en perjudicar al titular de los bienes o de una administración, que se hayan puesto al cuidado de la gente, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos aparentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, siempre y cuando se hubiera realizado como animo de lucro. Perjudicar implica causar perjuicio, lesionar, dañar, disminuir el patrimonio ajeno, mediante cualquiera de las acciones señaladas. Alterar las cuentas o condiciones de los contratos, significa falsificarlos, variar sus condiciones o contenidos para aparentar las variaciones como si fueran ciertas siendo falsas y producto de la adulteración efectuada. Hacer aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, significa aparentar que se realizaron dichos actos, en tratándose de operaciones o gastos, o bien aumentando ficticiamente los costos verdaderos realizados con motivo del encargo, de la administración o cuidado desempeñado por el sujeto activo.

La ilicitud del comportamiento del administrador infiel, surge claramente a la valoración jurídica si se tiene en cuenta que emplea los poderes, facultades y funciones de que esta investido para servir a los intereses patrimoniales de un tercero en una dirección totalmente diversa y en contraste con los intereses que le han sido encomendados, como los intereses patrimoniales propios. Este delito se caracteriza por estar integrado por un comportamiento que, si bien no es externo o formalmente contrario al derecho, se hace antijurídico por la dirección interna transcendente que le preside: acrecentar el patrimonio propio a costa del de otro, valiéndose el agente de su posición privilegiada de gestar este último.

Carlos Creuz⁵⁹ nos dice: *"La acción es la de perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de ellos, violando los deberes que se originan en el ejercicio del poder que el agente ejerce."*

"Se advierte, por consiguiente - continua diciéndonos - que es presupuesto del delito que el agente ejerza un poder sobre los bienes e intereses de otro, por disposición de la ley (como ocurre con los representantes legales), de una autoridad (como los tutores o curadores designados judicialmente), o por cualquier otro acto jurídico (como los mandatarios), la elección de representantes y directores de una sociedad o la concesión de cualquier facultad de administración, aunque fuere específica."

Efectivamente, el tipo presupone que el sujeto activo tiene la disponibilidad de realizar *legítimamente* actos de disposición de interés ajenos o de obligar a otro, facultad dada, tácita o expresamente, por el que será sujeto pasivo; lo que trae consigo la existencia de una obligación previamente aceptada

⁵⁹ "DERECHO PENAL", Parte Especial. Tomo I, 5a. ed. 1a. reimpresión. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, 1996. Pág. 521.

consistente en gobernar, regir o cuidar providamente intereses privados patrimoniales ajenos durante un periodo más o menos largo.

Dicho presupuesto será indispensable para que se actualice la conducta típica; incluso el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en dicho sentido y en los siguientes términos:

“ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA NO CONFIGURADA. AUSENCIA DE DELEGACIÓN PARCIAL DE FACULTADES PARA EL MANEJO, CUIDADO O ADMINISTRACIÓN DE BIENES AJENOS.- La delegación parcial de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, constituye uno de los elementos esenciales integradores del delito de Administración Fraudulenta, previsto por el artículo 396 del Código Penal para el Estado de Nuevo León. Dicho elemento no se materializa con un poder para pleitos y cobranzas que, atento a su naturaleza jurídica, sólo autoriza a la apoderado a ejercer ese tipo de actos, pues en manera alguna tiene el alcance de delegar facultades para manejar, cuidar o administrar bienes del poderdante; y lo mismo sucede si en un mandato se autoriza al mandatario para que en nombre y representación del mandante celebre contratos de compraventa de materias primas, porque a través de ese acto jurídico no se le está confiriendo ninguna facultad relacionada con el manejo, cuidado o administración de bienes, en tanto el mandato se limita a la celebración de contratos”. (Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la federación, Tomo XII-Agosto, página 325)

“ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).- En terminas del artículo 173 del Código penal del estado de Guerrero, comete el delito de administración fraudulenta, “al que teniendo a su cargo la administración o el cuidado de

bienes ajenos, por cualquier motivo y con animo de lucro perjudique al titular de estos alterando las cuentas o condiciones de contrato, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude". De tal modo, no se integra el ilícito en cuestión si el activo desempeñaba el cargo de *auxiliar de contabilidad*, pues sus funciones únicamente eran de apoyo, ya que este debe tener a su cargo la delegación de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos; es decir que tenga la obligación previamente aceptada de gobernar, regir y cuidar con probidad los intereses privados patrimoniales ajenos, y esto es necesario tomando en cuenta que la existencia del delito surge precisamente del exceso de atribuciones en que incurre el administrador o cuidador de esos bienes, pues de él dependen directamente la iniciativa y discrecionalidad para la administración de los intereses patrimoniales ajenos, y la comisión del acto punible representa el abuso de su posición o la violación de sus propios deberes, ocasionando daños a esos intereses a través de cualquiera de las formas que previene el tipo penal del antijurídico; de lo anterior se sigue que, el delito es propio o especial, y sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, de administrar bienes o cuidar de ellos, debiendo entenderse que su posición frente a los intereses ajenos no es de mero detentador, sino que su función es más amplia y de su gestión, decisión y determinación, dependen los movimientos de los bienes objeto de administración o cuidado". (Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, Tesis XXI. 1°. 7P, página 872.)

El poder o facultad ejercido sobre los bienes puede provenir de la ley, autoridad o un acto jurídico, puesto que la hipótesis penal no especifica, al decir "*Al que por cualquier motivo ...* ". Se trata entonces del manejo, administración, el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos.

Cabe aquí definir cada uno de los términos anteriores:

MANEJO. Dirección o gobierno de un negocio.

ADMINISTRACIÓN. Gobernar, regir, cuidar.

CUIDADO. Atención, y atención para cuidar algo.

Para mayor ilustración Alberto S. Millán⁶⁰, nos indica: *“La acción supone necesariamente y como presupuesto de la misma que el sujeto esté investido de facultades de administración y aún de disposición por cuenta ajena (generalmente de bienes muebles y semovientes)”*.

Agregando - el mismo jurista- que: *“1. Toda ADMINISTRACIÓN formalmente conferida por la ley y por acuerdo de voluntades está comprendida, pero con esto no se agotan las hipótesis por que es suficiente con que el sujeto activo tenga el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos. 2. EL MANEJO da la idea de un patrimonio común, por condominio, sociedad, etcétera, habiéndose encomendado a uno o más de los comunitarios la administración, la regencia, la gerencia, el contralor de la marcha de los intereses, la formación del ente societario o su liquidación. 3. EL CUIDADO de los intereses cabe en los supuestos de la administración o del manejo, si bien da la idea de una situación de hecho, no formalizada. Tal sería el de los bienes de incapaces a los que todavía no se ha provisto de representación legal, de los bienes de una sucesión vacante y, en general, de cualquier gestión de negocios ajenos”*.

Diferenciación que se nos hace acertada, ya que por lo general manejamos indistintamente dichos términos.

⁶⁰ Millan, Alberto S. “LOS DELITOS DE ADMINISTRACION FRAUDULENTA Y DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS”. 2a. Ed. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. Pág. 33

Ahora bien, el asumir legal o contractualmente la calidad de gestor, administrador, etc. impone jurídicamente al agente un *especifico deber de fidelidad administrativa*, como nos dice Jiménez Huerta⁶¹: *"Este especifico deber es oriundo de la posición especial que asume en virtud de su aceptación y de la protesta que otorga de desempeñar fielmente la gestión conferida. Dicho deber de fidelidad puede ser violado mediante abuso de los poderes de disposición del patrimonio ajeno de que esta investido el sujeto activo"*.

Hay abuso de poder cuando el activo obra dentro de los límites de sus propios poderes, para obtener un beneficio personal en perjuicio de su representado.

El deber de *fidelidad* puede también ser violado mediante una omisión en el cumplimiento a las funciones administrativas.

Un deber de *fidelidad* se crea también en virtud de determinados hechos manifestativos de una voluntad individual a la que el derecho acuerda efectos jurídicos. El Artículo 1,897 del Código Civil aplicable en el Distrito Federal, y su similar diverso 1,725 del Estado de México, dicen:

"ARTICULO. 1,897.

El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio".

Y los artículos 1,898 y 1,726 de los Códigos Civiles mencionados, dicen:

⁶¹ Jiménez Huerta, Mariano "DERECHO PENAL MEXICANO". TomoIV. 5a. De. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 239.

"ARTICULO: 1,898.-

El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes que gestione".

Se deduce de lo antes expuesto, un *deber de fidelidad administrativa* en el gestor de negocios, lo suficientemente perfilado y claro para fundamentar una responsabilidad penal cuando el gestor, con fines de lucro, viola dicho deber.

Ahora bien, recordemos que en Argentina, la hipótesis de este delito, lleva insertas las palabras "*...violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.*"

Lo cual también, si no expresamente, sí consideramos que está implícito o se desprende del ya mencionado contenido del artículo 388. En cuanto al primero nos adherimos a lo dicho por el Maestro Mariano Jiménez Huerta y ya asentado anteriormente; y en cuanto al segundo aspecto, es decir *obligar abusivamente al pasivo* consideramos que así es, ya que al "*...alterar las cuentas o condiciones de los contratos... exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores.*" puede causar obligaciones innecesarios a cargo de la víctima u obligarlo abusivamente.

En este sentido, el argentino Sebastián Soler⁶² nos dice: "*La acción objetivamente se integra con dos extremos: a) La violación de deberes, que en el ámbito de competencia está determinado en concreto por cada situación, según resulte de las disposiciones de la ley, de la autoridad o del acto jurídico en virtud del cual es conferido el poder; y b) Perjuicio o creación abusiva de obligaciones. La existencia del perjuicio resulta de la comparación de los estados patrimoniales de antes y después de la operación. Puede consistir el hecho en una abusiva*

⁶² Soler, Sebastian. "DERECHO PENAL ARGENTINO". Tomo IV. s/e. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1978. Pág 391.

creación de obligaciones, caso en el cual puede existir no ya un efectivo desequilibrio meramente financiero. Para que esta última clase de resultados sea imputable, el hecho, además de la violación de deberes, debe consistir en la imposición de obligaciones abusivas, no ya el administrador que vende un bien del administrado y acaso lo perjudique con ello, sino también el que compra al fiado cosas que no le hacen falta y que harán necesaria la liquidación de bienes que no se entendía enajenar”.

Sobre el tema, Millán⁶³ nos dice: “La violación de deberes es el caso tradicional de la infidelidad. Significaría infringirlos, apartarse de los mismos, tal y como le han sido marcados por la ley, el contrato o por la función voluntariamente asumida. Entendemos que los deberes y las facultades tienen un punto de convergencia que es la buena, recta y leal administración. El obligar abusivamente presupone que se tenga la facultad del uso, en este caso la facultad de obligar al administrado. Si no se la tuviere habría violación de deberes. Obliga abusivamente el que compromete los intereses a él confiados más allá de sus posibilidades económico-financieras, igualmente, el que en el caso de una situación floreciente lo hace innecesariamente”.

Y por último Damianovich de Cerredo⁶⁴, nos dice que la acción de obligar abusivamente es “comprometer los intereses confiados más allá de la necesidad, de la conveniencia o de la posibilidad real”.

A esta acción OBJETIVA debe ir acompañada por una SUBJETIVA, es decir el ánimo o intención de esa acción; es decir la noción de propósito de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o en su caso un perjuicio.

⁶³ Ob. Cit. Pág. 35.

⁶⁴ Dimianovich de Cerredo, Laura T.A. “DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD”, 2a. ed. Edit. Universidad. Buenos Aires, s/f. Pág. 327.

En el multimencionado numeral 388, se prevé: "... con ánimo de lucro... o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero..."

Este delito, por tratarse de un delito doloso contra el patrimonio, para eliminar la posible confusión entre actos maliciosos y culposos, se requiere que el agente obre con un fin de lucro para sí o para un tercero, o para causar daño, lógicamente a la persona, titular del patrimonio administrado.

Millán⁶⁵ nos precisa: "Fin de lucro es la ventaja patrimonial que se propone obtener, no siendo necesario que se materialice, pues puede suceder que a la postre no obtenga ninguna ventaja por haber resultado ruinosa la maniobra. Fin de lucro no es lucro efectivo. De otra parte, si el hecho está aprehendido por causar daño, lo que excluye el beneficio, se advierte que el enriquecimiento no es necesario."

"La causación de daño --agrega-- es otra forma de infidelidad, repitiéndose que no debe requerirse la producción de un daño efectivo, sino que lo procure, se busque causarlo perjudicando los intereses u obligando abusivamente a la víctima".

Soler⁶⁶ a este último aspecto señala: "El propósito de causar daño; caso que podrá parecer raro, pero que no puede descartarse, sobre todo en la administración de sociedades, cuando se apela a medios fraudulentos para doblegar la voluntad de determinados grupos de accionistas".

No es necesario insistir en la intención trascendentalmente fraudulenta que se enseña del comportamiento en el presente delito. "Precisamente reside aquí -- nos enseña Jiménez Huerta⁶⁷ -- la pared divisoria entre la conducta antijurídica que constituye su propia esencia y el

⁶⁵ Ob. Cit. Pág. 52.

⁶⁶ Ob. Cit. Pág. 391.

⁶⁷ Ob. Cit. Pág. 242.

comportamiento (incluso imprudente o audaz) del que sin estar guiado por la intención interna de obtener un lucro personal a costa del capital que administra, realice operaciones comerciales que arrojan pérdidas para los intereses que gobierna”.

En páginas anteriores⁶⁸ al tocar el tema de los antecedentes del delito de Administración Fraudulenta, dijimos que la segunda hipótesis del artículo 266 del Código Alemán que dice: B).- *Quien infrinja el deber que le incumbe de cuidar de los intereses patrimoniales ajenos, en virtud de la ley, de un encargo de la autoridad o, de un negocio jurídico o de otra concreta relación de fidelidad, y de ésta manera cause un daño en la persona cuyos intereses patrimoniales tiene la obligación de cuidar”,* es altamente peligrosa y no debe de servir como modelo para nuestra Legislación punitiva Local.

Así es, el simple quebrantamiento del deber de cuidar de intereses patrimoniales ajenos no puede fundamentar la responsabilidad penal por *Infidelidad Patrimonial* pues conduciría a lo que Maurach, citado por Jiménez Huerta⁶⁹, acertadamente denominó la *“penalización de todo hecho contractual”*. Agregando el autor mexicano que : *“La incertidumbre de los límites conceptuales de la citada hipótesis típica, se pone bien en relieve si se tiene en cuenta que no son determinados con la suficiente claridad y fijeza los casos en que una persona tiene, en virtud de una relación de fidelidad, el deber de cuidar de los intereses patrimoniales ajenos”*.

El criterio jurisprudencial de que basta para afirmar la realidad de dicho deber, el que el mismo tenga cierta importancia y constituya, no una obligación secundaria, sino aquella principal que deriva del contrato, encierra una fuerte dosis de inseguridad jurídica, como se pone de manifiesto en aquellas declaraciones jurisprudenciales que en tanto niegan que la compra-venta a plazos por un particular se pueda hablar de la obligación de cuidar de los intereses

⁶⁸ Supra Pág. 4.

⁶⁹ Ob. Cit. Pág. 234.

patrimoniales ajenos, dado que el comprador sólo tiene el deber de pagar cada plazo a su respectivo vencimiento, en aquellos otros relativos a las relaciones mercantiles habidas entre un comerciante y su proveedor se afirma la existencia de este deber, pues dada la permanencia de estas relaciones mercantiles incumbe al comerciante la obligación contractual de cuidar de los intereses patrimoniales del proveedor, y por lo tanto, si no cumple con este deber contractual -- por ejemplo, vende una parte del objeto y no entrega al proveedor la parte del precio que corresponda a dicha parte vendida -- comete el delito de *Infidelidad Patrimonial*. Y lo mismo sucede en otras clases de negocios jurídicos nacidos del desenvolvimiento de la vida económica moderna, como por ejemplo, en el pacto de reserva de dominio adicionado a los contratos de compra-venta y en la transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía de un crédito.

Como ya se anotó, este delito, por su concepto subjetivo, será *siempre doloso*, por que requiere que el agente del delito determine hacer o dejar de hacer los actos inherentes a su administración patrimonial, en perjuicio de su administrado, con el ánimo o buscando un lucro para sí o para un tercero, o en su caso, esperando con su conducta perjudicar al sujeto pasivo. Aunque nuevamente, como en los dos delitos anteriormente analizados, cabe la posibilidad, de que el delincuente actúe bajo la presión de alguna o de algunas personas, dándose por tanto el delito de extorsión, pero al final de cuentas el agente actuará conocedor del fin deseado.

Igualmente, este delito es *de acción, o de comisión por omisión*. Será de *acción* cuando el activo realice alguna de las conductas enumeradas en el tipo, tal como: alterar las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular...; Y en éste último aspecto, es decir "... o a sabiendas realice operaciones perjudiciales..." entra el que el sujeto activo no realice en forma voluntaria y conocedor de las consecuencias de su

omisión, los actos para su buen gobierno en la administración, para su beneficio o de un tercero o buscando perjudicar al administrado, en otras palabras, aquí el delito se cometerá por *comisión por omisión*.

Ejemplos de ésta conducta ilícita nos los da Carrara⁷⁰ al señalarnos que: *"El gestor o gerente comete el delito de Administración Fraudulenta: 1. Si después de haber obtenido el precio de las cosas administradas, las sustrae y huye; 2. si, llamado a su debido tiempo a rendir cuentas, se niega a dadas, o se obstina en obtener para sí el conjunto que se le confió, a su precio respectivo; 3. si al rendir cuentas las hace sin honradez, fingiendo aumento de gastos, de pérdidas o de daños, u ocultando las ganancias o los productos, o engañando de otras maneras al dueño, para hacerse aparecer como deudor de menor suma"*.

En esta tercera forma de administración fraudulenta se mezcla frecuentemente el delito de *Falsificación de Documentos* en libros y papeles de la administración, para hacer que aparezcan, desaparezcan o se cambien las constancias de los hechos y las cifras de las sumas, según convengan al fin de lucro o perjuicio, que se buscan; empero, debemos dejar claro que el tipo previsto en el artículo 388 del Código Punitivo, hasta esta fecha aplicable en el Distrito Federal en Materia del Fuero Común se prevé: *"... alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales..."* términos que también utiliza el artículo 188 del similar aplicable en el Estado de Veracruz y que al tratar de constituir un caso de concurso real de delitos, en esta última Entidad Federativa, con los delitos de Administración Fraudulenta y Falsificación de Documentos, el Poder Judicial de la Federación se pronunció en la siguiente jurisprudencia:

"ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE Y FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. NO PUEDEN COEXISTIR. Una interpretación armónica de los artículos 188 y 223 del Código Penal para el Estado de Veracruz, que prevén los delitos de administración

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 384.

fraudulenta y falsificación de documentos, respectivamente, lleva a concluir válidamente que ambos preceptos sancionan la alteración o falsificación de documentos en perjuicio de terceros, con la única salvedad de que el primer supuesto el activo debe tener el cargo de administrador de bienes ajenos y el segundo no requiere de tal requisito. Por tanto, si la presumible conducta desplegada por el procesado encuadra dentro de la primera de las normas legales referidas, porque como presidente de la asociación pasiva tenía a su cargo la administración de los bienes de la misma, es incuestionable que no puede estimarse también como probable responsable del otro delito al que se refiere el segundo de los preceptos citados, por que sería tanto como permitir que se le enjuiciara dos veces por la misma conducta, recalificándola en su perjuicio". (Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIII-Febrero, página 259).

Igualmente el Poder Judicial de la Federación ha determinado que el delito de Administración Fraudulenta es Permanente y no Continuo, precisando que:

"ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE, ES PERMANENTE Y NO CONTINUADO EL DELITO DE. Es incorrecto considerar que el delito de administración fraudulenta es continuado, conforme a la fracción III del artículo 7o. del Código Penal del Distrito Federal, argumentando que los hechos criminosos ocurrieron en un lapso en que los acusados fungieron como empleados de la empresa ofendida, a través de diversas operaciones de administración que tenían, por que no debe perderse de vista que en el caso del delito de administración fraudulenta, previsto en el artículo 388 del citado Código punitivo, la función de administrar es una encomienda que recibe una persona para que a través de diversos actos lleve a cabo las tareas que le son asignadas; en esa virtud, si los quejosos tuvieron a su cargo esa función, es evidente que su conducta estuvo constituida por una

serie de actos consecutivos realizados durante el tiempo que laboraron para la ofendida y los hechos delictivos son, aunque en diversos en el tiempo, integrantes de la conducta de cada uno de los activos, luego entonces, debe considerarse el resultado como una sola conducta, y que los efectos del ilícito mencionado se prolongan en el tiempo, y no en el sentido de que se trató de diversas conductas que violaron un mismo precepto legal de propósito delictivo". (Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Agosto de 1997, Tesis 1.3o. P. 25 P, página 650).

Ahora bien, nos parece importante precisar el momento en que este delito se consuma, aunque no haya un criterio unificado para ello.

Por una parte Carrara⁷¹ nos dice: *"Es regla tan racional como universal y constante, que contra la administración fraudulenta no puede entablarse querrela a la mitad de camino, por así decirlo; como el momento consumativo de éste delito no es la 'sustracción' de la cosa, por ajena que sea, generalmente se dice que no se puede promover acusación mientras no se termine de rendir cuentas, pues el administrador es deudor de cantidades, no de especies. Por eso digo que el momento consumativo del delito puede situarse en tres puntos 1.- en la fuga con sustracción; 2.- en la negativa de rendir cuentas; 3.- en las cuentas dolosamente alteradas. Y esto demuestra precisamente que el sustrato de la acusación es siempre la presentación de cuentas, pues sin ellas nunca podrá afirmarse que el gestor, al huir, al negarse o al alterar las cifras, se ha enriquecido indebida y maliciosamente"*.

Sebastián Soler⁷² nos indica: *"Con respecto al momento consumativo de este delito pueden presentarse algunas dificultades por la diversidad de relaciones y situaciones abarcadas. Desde luego - nos continua*

⁷¹ Ob. Cit. Pág. 390.

⁷² Ob. Cit. Pág. 392.

diciendo *-que cuando una rendición de cuentas ofrece un falso saldo, se había consumado el delito. El problema propiamente no radica en ese extremo indudable, sino mas bien en determinar los casos de consumación anticipada con respecto a aquel momento, en los cuales el administrador habrá ejecutado hechos que obviamente serán o bien un impedimento de toda rendición de cuentas o bien la necesaria preparación de una cuenta falsa*".

La necesidad del perjuicio no requiere un paralelo enriquecimiento del sujeto activo del delito, que bien puede defraudar sin apoderarse de nada. Así pues basta con el perjuicio intencionalmente causado, es decir cuando se ha producido la disposición económica que reduce el patrimonio; y es en el momento de causarlo cuando tiene lugar la consumación. sin necesidad como paso previo, del debate sobre rendición de cuentas, si es que el perjuicio surge de otros elementos. Por cuanto hace a la consumación de este delito en obligar aburridamente al titular de la administración, bastará con que se haya "obligado", es decir, con que se haya hecho nacer la posibilidad del perjuicio que puede materializarse en el correspondiente pago o cumplimiento de la obligación contraída por el administrado a través del administrador o encargado del patrimonio.

Jiménez Huerta⁷³, al respecto, nos indica estar en desacuerdo con el criterio de consumación de este delito de Carrara, aduciendo que *"no es aceptable, pues la esencia del delito no consiste en la falta de rendición de cuentas, sino en la comprobada realidad de un provecho injusto obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que al administrador hace de sus facultades o de su posición. Y en el mismo instante en que el acto acontece, el delito queda consumado. La rendición de cuentas puede tener un valor instrumental en cuanto media para probar la esencia del delito, aunque no en forma exclusiva y*

⁷³ Ob. Cit. Pág 243.

monopolizadora sino en concurso con todos los demás elementos de prueba que entran en juego en el enjuiciamiento penal”.

Por lo que podemos concluir que la rendición de cuentas en este delito sin duda es un elemento importantísimo para acreditar la existencia del mismo, pero que este se consumará cuando se haya obtenido un lucro indebido por el activo o un tercero en perjuicio del administrado, o cuando se haya realizado un acto u omisión en forma dolosa, en perjuicio del mismo. El activo en este delito que analizamos no comete el delito al disponer del objeto material, como en el aboso de confianza, sino hasta que termine de rendir cuentas, pues el administrador es deudor de cantidades y no de especies.

Incluso el Poder Judicial de la Federación, se ha pronunciado en los siguientes sentidos.

“ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE. DELITO DE. (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA). NATURALEZA JURÍDICA. SUS DIFERENCIAS CON EL ABUSO DE CONFIANZA. En el delito de administración fraudulenta previsto en el artículo 282 del Código Penal del Estado de Chihuahua, la conducta lesiva del patrimonio ajeno puede tener por objeto bienes inmuebles, que por no existir con anterioridad no pudo su tenencia ser transmitida al sujeto activo, pues es dable adquirirlos en virtud de las adquisiciones hechas durante su gestión administrativa, circunstancia ésta que imposibilita la aplicación del delito de apropiación indebida o abuso de confianza, que describe el artículo 275 del Código Penal de Estado; y aunque el delito de administración fraudulenta pertenece a la familia de los abusos de confianza o apropiaciones indebidas, se singulariza por las siguientes particularidades: primero por que no recae sobre un objeto determinado, sino sobre un conjunto; y segundo, que en tanto en la apropiación o el abuso, ordinariamente tiene por objeto una cosa que antes estuvo en posesión del propietario y éste entregó al acusado para un fin determinado, el delito de administración fraudulenta recae casi siempre en cosas que el ofendido nunca había tenido

en posesión material, por lo que debe concluirse que el administrador actúa sobre el capital que le ha sido confiado con libre disponibilidad, según la índole de cada negocio, es decir dispone en suma, libremente sin que la empresa ofendida conozca su gestión; además, el delito de que se trata, no se limita a la lesión de intereses mobiliarios, sino que abarca también los inmobiliarios que no consisten necesariamente en una apropiación, sino que también comprende cualquier otra acción ejecutada, en daño de los intereses patrimoniales ajenos; lo que implica que éste ilícito es propio o especial pues sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, como el de ser administrador, que impone al agente un específico deber de fidelidad administrativa, dicho deber puede ser violado mediante abusos en los poderes de disposición del patrimonio ajeno de que está investido el sujeto activo; luego, todo aquello que en mayor o en menor escala y con poderes más o menos amplios, gobierna, rige o cuida de intereses patrimoniales ajenos perpetra el delito de administración fraudulenta, si en beneficio propio o de otro ocasiona un perjuicio en los intereses patrimoniales que están a su cargo cualquiera que fuese el medio que emplease; además en el administrador de una empresa hay, por una parte, algo más que una simple tenencia de las cosas, él es el órgano de la sociedad, no ejecuta una voluntad de otra, sino expresa o concurre a expresar una sola voluntad que se puede atribuir a la persona jurídica". (Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Tomo X-Julio, página 333).

"ABUSO DE CONFIANZA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE; SUS DIFERENCIAS. Aún cuando ambos son delitos patrimoniales previstos, respectivamente, por los artículos 382 y 388 del Código Penal para el Distrito Federal, difieren en que el primero el activo puede serlo cualquier persona física y la disposición indebida que realiza recae en una cosa ajena, mueble y determinada, de la que previamente se le transmite sólo la tenencia más no el dominio; en el segundo el agente únicamente lo es el administrador o cuidador de bienes muebles y/o inmuebles ajenos,

además de determinados o un conjunto de ellos, corpóreos o incorpóreos, mismo que pudieron o no estar en posesión material del sujeto pasivo y de los que el activo tiene completo manejo. En el abuso de confianza la condicionante consiste en la previa rendición de cuentas por el infractor, en cambio, en la administración fraudulenta no lo es tal, sino en la demostración plena de un provecho injusto, obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que el administrador hace de sus facultades o posesión, tanto que en el mismo instante en que esto acontece, el delito queda consumado". (Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo 80, Agosto de 1994. Página 31).

La tentativa es perfectamente configurable, igual que acontece en todos los delitos materiales o de resultado, cuando el probable responsable practica todos los actos de ejecución que deberían arrojar como resultado el menoscabo del patrimonio bajo su responsabilidad, el cual sin embargo no lo produce por causas ajenas a su voluntad.

El nexos causal en el delito analizado será que por la acción u omisión dolosa el agente se ha procurado un lucro indebido para sí o para un tercero, en perjuicio de su administrado, o bien se ha causado únicamente un perjuicio en forma voluntaria, ya sea alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente. Es decir, la consumación del delito de Administración Fraudulenta depende de la producción del resultado típico, que fuera de los casos autorizados por el orden jurídico, el agente del delito haya ocasionado un detrimento en cualquiera de las formas enunciadas a la víctima y las condiciones de prohibición establecidas en la norma, que da contenido al tipo penal 388 en estudio. De esta manera la conducta y el resultado típicos no se hayan desvinculados sin conexión de

causalidad, sino, han de tener una cierta yuxtaposición recíproca para que el resultado pueda ser imputado a su autor como consecuencia de su acción u omisión. Así el nexo causal es el producto entre la realización de alguna o algunas de las conductas señaladas que ha cometido el sujeto activo en congruencia con los elementos establecidos en el mencionado numeral 388 y el resultado típico, debidamente comprobado en el proceso penal. El hecho a probar consiste en establecer en qué condiciones una conducta de las antes señaladas puede ser causa de perjuicio o lesión del patrimonio, como bien jurídicamente tutelado del pasivo; aquí la causalidad es el antecedente del resultado unida a él por la relación de necesidad, derivada de una norma jurídico-cultural, conocida por el agente que provoca la consecuencia aludida.

El nexo causal se considera plenamente demostrado donde existe prueba de la idoneidad de los medios empleados así como de que el resultado es consecuencia, natural y razonable, de la conducta desplegada por el sujeto activo. Significa que el perjuicio patrimonial al sujeto pasivo, debe corresponder a una consecuencia derivada de la acción del probable responsable y a la causalidad adecuada al resultado.

2.2. TIPICIDAD.

Elemento del tipo o del delito que se acreditará cuando el comportamiento de una persona, que tiene el deber de administrar el patrimonio o parte del mismo, de otra persona, encuadre exactamente a la hipótesis prevista en el artículo 388 mencionado, y no falte alguno de los elementos integrantes del mismo, evitando así la atipicidad.

2.3. ANTIJURIDICIDAD.

Este elemento se actualizará al realizarse la conducta que es calificada como delito por la ley penal, por ir en contravención a una prohibición expresada en ella, y no exista en favor del inculcado alguna de las causas de justificación, previstas en la misma ley.

2.4. IMPUTABILIDAD.

Si el sujeto que comete el delito de Administración Fraudulenta, al realizarlo, tiene la capacidad plena para querer y entender la misma, así como el resultado producido, se actualizará la *imputabilidad* en la especie. Sin embargo cabe recordar que para ser administrador de un patrimonio o parte de este, de otra persona, deberá tenerse capacidad legal por parte de quien se hará cargo de esa administración.

2.5. CULPABILIDAD.

Se comprobará con el *ánimo de lucro* por parte del sujeto activo, perjudicando así al sujeto pasivo, ya que esta es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho desarrollado y el efecto o resultado producido por tal conducta. Es el dolo, ya que la culpa no cabe en la especie como se comentó.⁷⁴

⁷⁴ Supra. Pág. 84.

2.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Se acredita al comprobar que el sujeto activo tenía la calidad de administrador del patrimonio, o parte de éste, del que es titular del sujeto pasivo.

2.7. PUNIBILIDAD.

En el caso concreto, es la amenaza de imponer a la persona que cometa el delito denominado "*Administración Fraudulenta*", las sanciones que estipule la ley. En el caso del Distrito federal, las que se imponen de acuerdo al monto del perjuicio o del lucro en la comisión del delito de fraude.

2.8. ELEMENTOS NORMATIVOS.

En la especie este elemento es "*... perjudique al titular de éstos...*" es decir el Ministerio o el Juez, deben acreditar que las actividades realizadas por el delincuente, tuvieron como resultado un perjuicio para el Titular de los bienes administrados.

2.9. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

El referido artículo 388, dice "... con ánimo de lucro...", es decir el delincuente tiene la voluntad o el "animus" de lucrar, de allegarse de una ganancia a la cual no tiene derecho, en perjuicio del Titular del patrimonio que administra, busca ese resultado. Es un delito doloso, pues en caso de no existir este ánimo, podría no ser punible.

2.10. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Se acreditan con las cosas, documentos, estados de cuenta, libros, etcétera, elementos tangibles para comprobar la comisión del delito. Además de los siguientes:

2.10.1. EL SUJETO ACTIVO.

El delito de Administración Fraudulenta es un delito especial, propio, según así lo indica el mismo tipo penal, dado que sólo puede cometerlo por *definitionem* aquellos que tengan el poder de disposición y de decisión sobre un patrimonio ajeno del que se encuentre a cargo, en al que deberá estar implícita la facultad de poder obligar al titular de dicho patrimonio.

Será sujeto activo de esta conducta antijurídica todo aquel que en mayor o menor escala y con poderes más o menos amplios, gobierna, rige o cuida de intereses patrimoniales ajenos, y en beneficio propio o de un tercero, y en ocasiones únicamente buscando un perjuicio económico, valiéndose de su posición y facultades, ocasiona un detrimento económico en los intereses patrimoniales que están a su cargo, empleando algunos de los medios señalados

en el artículo 388 ya mencionado. La posibilidad fáctica de comisión del delito está en razón directa con los márgenes de iniciativa y discrecionalidad con que cuenta el probable responsable. El simple depósito o custodia de bienes ajenos de los cuales se apropia el indiciado, implica la comisión de un delito de abuso de confianza y no el de administración fraudulenta.

Díaz de León⁷⁵ nos precisa que será: *La persona que ha adquirido la calidad exigida por la ley al haber aceptado o protestado el deber de cuidar, gobernar o administrar los bienes, intereses patrimoniales, empresa o entidad jurídica de que se trate, y que se han conferido a su encargo y responsabilidad. Pueden corresponder, por ejemplo, a personas que llevan el manejo total de una negociación o parte de ésta, quienes ejercen una patria potestad, los albaceas, síndicos, interventores, administradores de personas morales, etcétera. En general, las personas que con cualquiera de dichas cualidades han contraído el deber concreto de fidelidad administrativa en la conducción de los intereses patrimoniales ajenos encomendados a su cuidado”.*

El Código Civil, tanto del Distrito Federal (CCDF), como del Estado de México (CEM), contienen numerosos supuestos en que podrían actualizarse esta conducta antijurídica, como por ejemplo: El Albaceazgo de los artículos 1,722 del CCDF, y 1,535 y 1,551 CEM; la Tutela que se menciona en los artículos 449 y 537 fracciones III, IV y VI CCDF, y 431 y 518 fracciones II, III, IV y VI del CEM; el Mandato indicado en los numerales 2,546 y 2,569 del CCDF y 2,400 y 2,423 del CEM; Administración de Sociedades de los artículos 2,709 y 2,712 del CCDF y los artículos 2562 y 2,565 del CEM entre otros.

También la Ley General de Quiebras y Suspensión de Pagos lo prevé, pero no se estima necesario detallar sobre el tema por que tal como se desprende de su Artículo 13, es competencia de la Autoridad Federal, por lo que en todo caso se aplicaría el multicitado numeral 388, que se aplica en toda la

⁷⁵ Díaz de León, Marco Antonio. "CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS". s.e. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. Pág. 590.

República por ser materia federal, en tal legislación especial están inmersos los interventores, síndicos, etc. Pero siempre será un particular o civil, no un servidor público pues entonces estaríamos frente al delito de peculado.

Los administradores de las sociedades son los mandatarios según el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, también son los representantes conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 146 de la mencionada ley, y en tal virtud y en cuanto gozan dentro de su órbita de sus atribuciones de las más amplias facultades de representación, devienen en un órgano social.

La calidad de órgano de la empresa engendra el deber de administrarla fielmente; pero a su vez brinda al administrador innumerables posibilidades, modos y formas de abusar de dicha calidad en provecho propio y en daño del patrimonio social. El administrador no necesita disponer materialmente del dinero de la caja o de las mercancías en el almacén. Como le corresponde corporeizar y manifestar dentro de sus facultades la voluntad social basta que tome una resolución que externamente no contradiga sus propias atribuciones, para que la operación asuma un aspecto de regularidad y legalidad, aunque salvadas dichas apariencias externas, substancialmente resulte insidiosa. La posición del administrador le permite enriquecerse o enriquecer a otro a expensas de la sociedad. Muy frecuentes son los casos en que el administrador procura con su gestión el beneficio de un tercero (prestanombre) o de otra empresa de la que es socio, concediéndoles préstamos sin garantías, totalmente injustificados y que el prestatario esta en imposibilidad de restituir, etc. En el delito de administración fraudulenta no se imputa al administrador social haber realizado un acto que rebase sus atribuciones o inspirado en finalidades extrasociales, sino en ocasionar, con abuso de sus funciones un perjuicio patrimonial a la sociedad.

La sociedad puede invalidar, con base en las normas del derecho privado artículos 1,816 y 2,182 del CCDF y 1,645 y 2009 del CCEM - los dolosos o

simulados contratos concertados entre los administradores infieles y sus cómplices, e incluso responsabilizarlos civilmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 22, 47, 76, 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Empero, esta responsabilidad no es en manera alguna incompatible con la pena que deberá exigirse a los administradores que abusen de sus facultades, en beneficio propio o de un tercero, y simplemente buscando un daño al patrimonio social, en tanto existan en el ordenamiento positivo los adecuados tipos de administración fraudulenta.

2.10.2. SUJETO PASIVO.

La víctima será cualquier persona física, incluso menor de edad e incapaz, o moral, que dé en encargo, cuidado o administración sus bienes o empresa, con arreglo a la ley a otra persona.

Será cualquier particular y cualquier asociación o sociedad civil o mercantil, los incapaces, los herederos, los mandantes, los socios, sociedades, etc.

2.10.3. OBJETO MATERIAL.

Como el objeto material de delito es la cosa u objeto sobre el cual recae directamente el daño causado por el delito cometido, en este caso en particular podría variar.

Dependiendo del caso particular será los libros o documentos donde el sujeto activo altere las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales. Serán los valores ocultados o retenidos, o en su caso, los empleados indebidamente sean muebles o inmuebles, mediante los cuales el agente pretenda conseguir un beneficio propio o de un tercero, o buscando un perjuicio a su administrado.

2.10.4. OBJETO JURÍDICO.

Al igual que los dos delitos analizados en capítulos anteriores, lo será en, la administración fraudulenta, el patrimonio de las personas físicas o morales.

2.11. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS.

Estos elementos se demuestran cuando una persona *“quien tiene a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos”* teniendo un *“ánimo de lucro”* perjudique al titular de estos, por cualquier medio comisivo previsto en la ley, tal y como se describe en el mencionado artículo 388.

Concluimos este último capítulo, recalcando que es necesario incluir el delito de *Administración Fraudulenta*, en el Código penal para el Estado de México, precisamente para sancionar las conductas antijurídicas como las que se han mencionado a lo largo de este trabajo de investigación.

Proponemos, por lo tanto, sea agregado un Capítulo especial en el ordenamiento legal invocado, así como se adicione un artículo en donde se prevea y sancione el multimencionado ilícito, en donde, en virtud de todos los comentarios de los juristas citados, nos atrevemos a proponer que el texto del artículo que se propone se adicione, sea el siguiente:

“Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, conferido expresa o tácitamente por quien resultará agraviado, con ánimo de lucro para sí o para algún tercero, o buscando perjudicar al titular de éstos, en ejercicio de sus facultades altere documentos, oculte, retenga o emplee indebidamente valores, obligue abusivamente, revele secretos o realice cualquier operación, en busca de

dicho lucro o perjuicio, se le impondrán las penas que para el delito de Fraude, se estipulan en este Código”.

Lógicamente, y como los delitos de Fraude y Abuso de Confianza, este delito que se estudia deberá perseguirse a solicitud de la parte agraviada, es decir por querrela.

En el texto propuesto se anota “... conferido expresa o tácitamente por quien resulte agraviado...”, a fin de imprimir en dicha hipótesis penal el deber de fidelidad administrativa que hacen notar los estudiosos del derecho que se invocan.

Igualmente se anota “... en ejercicio de sus facultades...” para hacer notar esa disponibilidad de realizar legítimamente actos de disposición que es uno de los elementos esenciales para integrar este antisocial que nos ha ocupado.

Es así como se llega a la conclusión de este trabajo de investigación, en donde esperamos nuestra propuesta sea tomada en cuenta por los motivos y fundamentos ya expresados.

CONCLUSIONES.

Para finalizar este trabajo de investigación anotaremos las conclusiones a las que se hemos llegado:

PRIMERA.- La aplicación de penas en el Derecho Penal Mexicano, no puede ser por simple analogía o por mayoría de razón; sino debe ser una prevista en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, como principio rector del sistema jurídico;

SEGUNDA.- El antecedente más antiguo del delito de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA*, se encuentra en Alemania, en la ordenanza de la Policía Imperial de año 1577;

TERCERA.- El delito de Administración Fraudulenta, si se encuentra previsto en Códigos Penales de Varias Entidades Federativas, así como en el aplicable en el Fuero Federal;

CUARTA.- El delito mencionado y objeto de análisis, no se encuentra regulado por el Derecho Penal del Estado de México, en su ley respectiva;

QUINTA.- El delito de *FRAUDE* puede ser cometido por cualquier persona; mientras que el delito de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA* es "especial o propio" pues sólo lo puede cometer la persona que ha asumido una calidad jurídica, de hecho o de derecho, que le impone el deber de gobernar, administrar o conducir con probidad, los intereses patrimoniales ajenos bajo su cuidado;

SEXTA.- El beneficio obtenido en el primero es mediante engaños al titular del patrimonio y en el segundo se obtiene de la ejecución de órdenes recibidas;

SÉPTIMA.- En el *FRAUDE* la entrega de la cosa, la realiza la víctima en virtud del error en que éste se sumerge mediante engaños, y en la *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA* el agente se apropia mediante una abusiva ocultación realizada al abrigo de su actividad administrativa;

OCTAVA.- Un gestor sin mandato que dispone para sí de los bienes que gestiona no comete *FRAUDE*, sino *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA*, pues no hay entrega errónea de la cosa por parte de la víctima, y:

NOVENA.- En el primer delito únicamente se quiere obtener una cosa o un lucro indebido a favor del activo o de un tercero, y en el segundo, además de ese ánimo, cabe la posibilidad de cometer tal ilícito única y exclusivamente para perjudicar el patrimonio a cargo y por ende a su o sus titulares.

DÉCIMA.- La conducta lesiva del patrimonio ajeno, en el delito de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA*, puede tener por objeto, bienes muebles, que por no existir con anterioridad, no pudo su tenencia ser transmitida al sujeto activo, pues éste los obtuvo en virtud de las adquisiciones hechas en su gestión administrativa; circunstancia ésta que imposibilita, la configuración del delito de *ABUSO DE CONFIANZA*.

UNDÉCIMA.- El delito de *ABUSO DE CONFIANZA* recae en una cosa ajena mueble; el de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA*, recae en un conjunto de bienes, incluso inmuebles.

DÉCIMA SEGUNDA.- El primero de los delitos, arriba mencionados, consiste en *apropiarse una cosa mueble ajena*, y el de administración fraudulenta en *operar fraudulentamente* en contra de una persona, cuyos intereses le han sido confiados.

DÉCIMA TERCERA.- El sujeto activo en el delito de *ABUSO DE CONFIANZA* podrá ser cualquier persona; y en el de *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE* será el que, tenga bajo su administración o cuidado el conjunto de bienes de otro.

DÉCIMA CUARTA.- En la *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE* se confía el cuidado de los intereses y en la fidelidad en que serán manejados; y en el *ABUSO DE CONFIANZA*, en cambio, en el cumplimiento del deber nacido del negocio o acto jurídico que motivo la entrega.

DÉCIMA QUINTA.- El activo en la *ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE* a no comete delito al *disponer* del objeto material, como en el *ABUSO DE CONFIANZA*, sino hasta que termine de rendir cuentas, pues el administrador es deudor de cantidades y no de especies.

DÉCIMA SEXTA.- Se propone que se adicione o agregue un Capítulo y un artículo especial en el Código Penal para el Estado de México, en donde se prevea y sancione el delito de "**ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE**".

DÉCIMO SÉPTIMA.- Se propone que el texto del artículo que se solicita se adicione, sea el siguiente: "*Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, conferido expresa o tácitamente por quien resultará agraviado, con ánimo de lucro para sí o para algún tercero, o buscando perjudicar al titular de éstos, en ejercicio de sus facultades altere documentos, oculte, retenga o emplee indebidamente valores, obligue abusivamente, revele secretos o realice cualquier operación, en busca de dicho lucro o perjuicio, se le impondrán las penas que para el delito de Fraude, se estipulan en este Código*".

- - González de la Vega, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO". *Los Delitos*. 26a. ed. Actualizada. Edit. Porrúa, S.A. México, 1993. 417 pp.
- - Jiménez de Asúa, Luis. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo II *El Delito*. 4a. ed. actualizada. Edit. Lozada, S.A. Buenos Aires, 1977. 1102 pp.
- - Jiménez Huerta, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". Tomo IV. *La Tutela Penal de Patrimonio*. 5a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. 441 pp.
- - López Betancourt, Eduardo. "DELITOS EN PARTICULAR". Tomo I. s/e. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. 564 pp.
- - López Betancourt, Eduardo y Luis O. Porte Petit Moreno. "EL DELITO DE FRAUDE". (Reflexiones). 1a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. 138 pp.
- - Millán, Alberto S. "LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO Y DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS". 2a. ed. actualizada. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. 142 pp.
- - Moreno, Antonio de P. "CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO". *Parte Especial. Delitos en Particular*. s/e. Edit. Porrúa, S.A. México. s/f. 170 pp.
- - Pavón Vasconcelos, Francisco. "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL". (Parte Especial) *Robo, Abuso de Confianza y Fraude*. 4a. ed. Edit. Porrúa, S.A. s/f. 210 pp.
- - Pavón Vasconcelos, Francisco. "DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO" (Comentarios de Derecho Penal). 7a. ed. Actualizada. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995. 484 pp.
- - Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". Tomo II: *Bienes, Derecho Reales y Sucesiones*. 26a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995. 505 pp.
- - Plascencia Villanueva, Raúl. "TEORÍA DEL DELITO". Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1998. 196 pp.

- - Sánchez Alvarez, Manuel Ma. *"LOS DELITOS SOCIETARIOS"*. s/e. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996. 222 pp.
- - Soler, Sebastián. *"DERECHO PENAL ARGENTINO"*. Tomo IV. s/e. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1978. 623 pp.
- - Zamora-Pierce, Jesús. *"EL FRAUDE"*. 4a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994. 383 pp.

LESGISLACION.

- - *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.* 115 ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
- - *CÓDIGO PENAL FEDERAL.* S/e. Edit. Sista, S.A. de C.V. México, 1999.
- - *CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.* 14a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
- - *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.* 14a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
- - *SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.*

OTRAS FUENTES.

- - *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL*. Tomo I. 21a. ed. Edit. Heliastra, S.R.L. Buenos Aires. S/f.
- - *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Tomo A-CH. 8a. De. Edit. Porrúa, S.A. -UNAM. México, 1995.