

EL ABUSO DE CONFIANZA

LIC. RAÚL F. CÁRDENAS
*Profesor de Derecho Penal
en la Escuela Libre de Derecho*

GENERALIDADES

Capítulo I

1º) El artículo 382 del Código Penal vigente, define el abuso de confianza en los siguientes términos:

“Art. 382. Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará...”.

Esta disposición, varias veces reformada durante la vigencia del Código, encabeza el Capítulo Segundo, denominado “Abuso de Confianza”, del Título Vigésimo Segundo del Código Penal, en el que se agrupan los delitos cuyo interés jurídico protegido es el patrimonio, concepto que hemos estudiado en el volumen que dedicamos al robo.

Además de esta descripción, en el Capítulo Segundo se tipifican como abuso de confianza en el artículo 383:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;

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

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

Finalmente, en el citado capítulo se establece en el artículo 384 que “se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley”.

El delito de abuso de confianza, que en otras legislaciones se conoce con el nombre de apropiación indebida, retención indebida, truffa, etc.,

y que regula nuestro Código, es de reciente creación, pues en el viejo derecho no se le concedía autonomía y se le confundía con otros delitos.

2º) El profesor Angelotti señala cuatro períodos en relación a la evolución de esta figura, que abarca desde los más remotos tiempos de la prehistoria, hasta nuestros días, indagación histórica que, desde luego, se encarga de aclarar el autor, no debe considerarse como un fin, sino como un medio para conseguir la certeza en cuanto a los criterios a seguir para la recta aplicación e inteligencia de la figura.

Estos cuatro períodos son:

- I) El delito de apropiación indebida se equiparó al *furtum*.
- II) El *furtum impropium*, fue la primera forma de separación del *furtum proprium* y en el mismo se incorporó el tipo que estamos estudiando.
- III) La apropiación indebida fue asimilada a la *truffa* (*stellionato*).
- IV) La última fase de la evolución legislativa de los delitos de apropiación indebida, fue su autonomía.

I. El primer período comprende la época prehistórica, griega y romana; al decir de Angelotti, en los más antiguos códigos que la humanidad recuerda, el de Hammurabi y de Manú, la venta de las cosas depositadas, así como el aprovechamiento de las cosas perdidas y los tesoros encontrados, se reputaba hurto.

“En el derecho penal griego, del cual tenemos noticias a través de la obra de los oradores, bajo la denominación de la palabra *κλοπή*, se comprenden las varias subtracciones de las cosas de otro, así como la apropiación de las cosas de otro”.

En el viejo derecho romano, así como en la Ley de las XII Tablas, el moderno concepto de apropiación indebida se comprendió en el amplio campo atribuido al *furtum*; cualquier atentado en contra del patrimonio, tanto si se cumplía con violación de la posesión, con violación contractual, con engaño o con astucia, asumía la figura de *furtum*.

El caso de apropiación de las cosas del tutelado por su tutor, o por el depositario, en el caso de existir depósito, se reputaban en las XII Tablas como *furtum*.

“Tal fue, sostiene Angelotti, la dirección seguida por la jurisprudencia romana, que comprendía en el *furtum* los casos de inversión de la posesión, y esto especialmente por obra de los jurisconsultos M. Gennio y Q. Muzio Scevola. Tal teoría fue recogida por Labeona, Paolo, Ulpiano y Gaio”.

En el derecho justinianiano, en la Edad Media, y aún en las últimas legislaciones de la época contemporánea, como en la Teresiana, el Código Josefino y en las Constituciones Modenesa de 1771 y Piemontesa de 1770, consideraban hurto los casos de apropiación indebida.

De acuerdo con la legislación, los juristas siguieron en las distintas

épocas, los criterios en boga. Según Julio Claro, citado por Angelotti: “*si familus, vel nuntius cui per dominum tradita fuit pecunia, ut illum Titio de fenet et illiam nom debit furtum comittit*”, criterio que compartieron, entre otros, De Angelis en su *Tractus Criminalis de Delictis*, Anton Matteo y otros.

II. En virtud de la gravedad con que se persiguió el hurto en el derecho romano, en el cual, como en todos los pueblos medioevales que lo siguieron, en los casos en que se cometían varios hurtos, se aplicaba la pena extraordinaria, más severa a veces que el homicidio, resultaba necesario precisar su noción.

De aquí que, para graduar la pena proporcionalmente a la gravedad del hecho, se estableció una distinción sobre la preexistencia o no de la posesión, y se reelaboró primero en el derecho germano, la distinción apuntada ya en el derecho romano, entre el *furtum proprium* y el *furtum impropium*.

“Se reconoció *furtum* (*Diebsthal, diebliches Nehmen*) cuando había violación de la *Were* o *Gewere*, concepto no equivalente a la posesión del derecho romano, que es más extenso, ni a la posesión de nuestro derecho privado: pero indicativo de una especie de posesión”.

“Para los casos, en los que la apropiación se ejecutaba sin violación de la *Gewere*, se daba una figura diversa del hurto, o sea una retención furtiva, por cuanto la apropiación se reducía a una retención, o sea a la falta de restitución de la cosa, encontrándose la misma ya en posesión del delincuente”.

“Por tanto, los casos de hurto propio se consideraban únicamente aquellos en los cuales se violaba la *Gewere* y los de hurto impropio, aquellos en los cuales no se violaba la posesión por estar ya detentada por el culpable”.

Así fue, concluye Angelotti, que bajo la influencia de la doctrina tedesca del siglo xvi, la distinción del hurto impropio sirvió, a partir de entonces, de base para atenuar la pena de robo y para iniciar la tendencia hacia la autonomía del delito de apropiación indebida.

III. Sin embargo, otra corriente de opinión sostiene que tanto la estafa, como la apropiación indebida, debían comprenderse en esta última figura, como lo afirmaron Cremani y Renazzi, citados por Angelotti.

Esta corriente doctrinal fue acogida por la doctrina y la legislación italiana; Carrara sostiene que los romanos no hicieron la distinción entre el hurto propio e impropio. “Ellos refirieron, dice, y equipararon al título de hurto muchos hechos que hoy especializamos como títulos diferentes y designaron confusamente con el nombre de *estellionato* a muchos otros hechos en los cuales encontraron entremezclada la falsedad”.

Sin embargo, en la práctica, la pena del robo resultó siempre excesiva y los juristas encontraron que el delito, como todo ente, debe tener determinados elementos que lo constituyen.

Cuando todos esos elementos concurren en el delito, se dice propio, y si falta alguno, se dice que la noción es impropia, valga el término, incompleta y la pena lógicamente debe ser menor.

Aplicando este principio, los prácticos, afirma el maestro italiano, considerando que el objetivo del hurto consistía en la violación de la propiedad y de la posesión, concluyeron, que cuando se violaba únicamente la propiedad, pero sin violar la posesión, le faltaba al hurto uno de sus objetivos y debía regularse el hecho como hurto impropio y castigarse más benignamente.

Para Carrara, el concepto general que vuelve impropio el hurto, es la violación de la propiedad no acompañado de la violación de la posesión (porque el propietario ya estaba en ese momento privado de ella) y por lo tanto, de las diversas causas que pueden dar lugar a la separación de la posesión, de la propiedad, derivan las distintas formas de hurto impropio y su partición y clasificación.

La posesión, al decir del maestro de Pisa, puede estar separada de la propiedad por causas distintas, que nos permiten agrupar los delitos de hurto impropio en cuatro grupos:

1º) Porque el propietario espontáneamente se haya despojado de la posesión de una cosa a favor de otros, reservándose su dominio.

Esta forma da origen a los títulos de truffa, administración fraudulenta y baratería.

2º) El propietario puede haberse despojado de la posesión por engaño.

Esta segunda forma da origen al título de estelionato, de falsedad privada y de usura ilícita.

3º) El propietario puede encontrarse sin la posesión de su cosa, por haberla perdido involuntariamente.

Esta tercera forma da lugar al título de hurto de cosa encontrada.

4º) Finalmente, el propietario puede no encontrarse en la posesión de la cosa por no haberla conseguido nunca, sea con el cuerpo, sea con el ánimo.

De aquí se origina el título de expoliación de herencia y de hurto de tesoro.

Siguiendo la doctrina auspiciada por Carmignani, Carrara y los juristas italianos de la primera mitad del siglo pasado, consideraron, al igual que la legislación italiana, el delito de apropiación indebida como fraude.

El Código Penal de las dos Sicilias de 10. de octubre de 1819, consideró el delito de apropiación indebida como fraude, y el artículo 430 precisó que podía cometerse esa conducta ilícita:

a) Después de haber recibido la cosa de otro en depósito voluntario o para cualquier otro uso determinado, si con fines de lucro se negara la entrega o alegando un falso motivo para liberarse de la obligación de efectuar la restitución.

b) Después de haber recibido la cosa de otro en depósito necesario, se retenga, se emplee en uso propio, se distraiga o deteriore, con el fin de obtener un lucro, contra la voluntad del dueño.

En el artículo 400, se consigna que, por razones de su profesión, a los domésticos, huéspedes, posaderos, taberneros, transportistas, aprendices, empleados, etc., se les considera como depositarios para los efectos de ley.

Al igual que el Código de las dos Sicilias, el Código Gregoriano, el Toscano, el Español de 1848, el de 1870, el de 1928 y 1932, y con ellos la mayoría de los códigos iberoamericanos, encuadran el abuso de confianza o la apropiación indebida, dentro de la estafa.

IV. En el último período a que alude Angelotti, el delito de apropiación indebida logra su autonomía, y en los diversos códigos modernos se le tipifica y diferencia, tanto del hurto como del fraude, precisándose en todos ellos sus elementos constitutivos.

Sin embargo, existen divergencias importantes en la legislación comparada, como lo señalaremos a continuación, y aún quedan restos en muchas legislaciones de la difícil separación a resultas del peso de la tradición jurídica entre el abuso de confianza y el fraude.

3º) Como lo indicamos ya, algunos códigos iberoamericanos consideran el delito, entre nosotros conocido con el nombre de abuso de confianza, como fraude o estafa.

El artículo 173 del Código Penal Argentino señala que "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideraran como casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que en él se establece:

2º) El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

Al referirse a esta fracción, el doctor Ernesto J. Ure, autor de una clásica monografía sobre el "Delito de Apropiación Indebida", afirma: "En nuestro Código Penal el delito aparece incorporado al artículo 173, bajo el rubro de defraudaciones y agrupado con otras nueve hipótesis delictuosas heterogéneas, que el legislador, por lo visto, también considera defraudaciones, pese a que varias de ellas constituyen casos comunes de estafa. Tal criterio, mantenido a través de códigos y proyectos, con excepción del recentísimo de Peco —al que me referiré en cada oportunidad— sólo se explica, aunque no se justifica, por apego a la tradición hispánica".

"Son conocidas las censuras que, desde la cátedra y el libro, se han hecho a la estructuración del artículo 173 en cuanto a sus defectos de técnica legislativa. No los repetiré ahora".

"En la clasificación de los delitos, el artículo distingue a una figura delictiva de otra y le da su fisonomía propia dentro del Título y del

Capítulo. Cada artículo puede, sin embargo, contemplar varias figuras, pero siempre que sean de la misma especie, identificadas en cuanto al objeto jurídico substancial específico y en sus elementos fundamentales, y diferenciado sólo en cuanto a las modalidades relativas a la forma y medio de ejecución. No se justifica, pues, de modo alguno, la falla técnica que consiste en amalgamar arbitrariamente diez tipos delictuosos desemejantes".

El Código Chileno ubica también el abuso de confianza entre las estafas y otros engaños; en el artículo 470 fracción I, dispone que las penas del artículo anterior (defraudaciones) se aplicarán también:

"I) A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren, dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla".

Alfredo Etcheberry, al comentar este artículo en el Tomo III de su Derecho Penal, afirma: "Entre nosotros (Chile), se considera sólo una hipótesis más de "estafa" (denominación, según se ha visto, absolutamente impropia), sin siquiera denominación especial. Así lo hacía también el Código Español, que ha sido reformado en este punto y sistematiza ahora la apropiación indebida como una sección separada dentro de las defraudaciones, en paralelo con las estafas".

Ecuador, aun cuando le da cierta autonomía al delito que estamos considerando, lo incluye en el Capítulo V del Título Décimo "Delitos Contra la Propiedad", denominándolo "De las Estafas y Otras Defraudaciones", postura que tiene cierta similitud con el Código Colombiano, sólo que éste denomina al Capítulo V, del Título XVI, "Del Abuso de Confianza y Otras Defraudaciones"; sin embargo, en el anteproyecto de Código Penal Colombiano de 1974, la apropiación indebida adquiere plena autonomía y en el Capítulo IV del Título XV, "Delitos Contra el Patrimonio Económico", se denomina "De la Apropiación Indebida", en tanto que el Capítulo V se refiere a las defraudaciones; también en el anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano, de Jorge Hugo Rengel, se independiza el "Abuso de Confianza" en el Capítulo V, del Título XI "De las Estafas y Otras Defraudaciones".

Al igual que los Códigos antes mencionados, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Puerto Rico y El Salvador, siguen el mismo sistema de considerar el tipo en cuestión como fraude o estafa, por lo que lo ubican entre las fracciones de artículos que contemplan tipologías fraudulentas.

De los Códigos europeos, sólo los de San Marino y de la U.R.S.S., reputan la conducta que estamos analizando como fraude. El primero, en el artículo 513, y el segundo en el artículo 147, ubicado en el Capítulo V, que comprende las infracciones contra la propiedad personal de los ciudadanos, pues en el Capítulo II de la Parte Especial, se describen las infracciones contra "La propiedad socialista".

Por su parte, el anteproyecto de Código cubano, deja de considerar como delito el abuso de confianza o apropiación indebida, confirmando la poca técnica con que se ha redactado.

4º) En los demás países que han dado autonomía al tipo que estamos estudiando, se siguen sistemas y denominaciones, que podemos reunir en los siguientes grupos:

a) Sistema francés. El delito se denomina abuso de confianza, y en el Capítulo II "Crímenes y Delitos Contra las Propiedades", Sección II, que encuadra los llamados delitos de "Bancarrotas, fraudes y otras especies de fraudes", en el apartado 2 se tipifican como abuso de confianza, los cometidos en contra de menores, abusando de su debilidad, sus necesidades y pasiones, el aprovechamiento de una firma en blanco, la distracción de los objetos confiados a título de alquiler, de depósito o de mandato y ciertas subtracciones de piezas judiciales.

Este sistema, que si bien sigue ligado al fraude, concede autonomía al tipo y describe otras conductas que se reputan como abusos de confianza, se sigue en parte, entre otros, en los Códigos de Bélgica, España, Grecia, que define el abuso de confianza en el artículo 390, Suiza, Liechtenstein, que ubica el robo y abuso de confianza en el Capítulo XXI, Luxemburgo, Mónaco, Portugal, Turquía, y entre los países latinoamericanos, Haití y México, en los que el sistema francés es seguido fielmente por el primero, y en el segundo, si bien se acepta con bastante similitud la definición del código francés del abuso de confianza, hasta la reforma de 46, se le libera de su liga con el fraude y se comprenden otros tipos dentro del Capítulo respectivo, totalmente distintos a los considerados en el Código Francés.

b) Sistema Italiano. El Código Italiano, aun cuando concede también autonomía al tipo que estamos considerando, lo define con el nombre de apropiación indebida, y lo ubica en el Capítulo II, Título XIII, que comprende "Los Delitos Contra el Patrimonio", pero aún, como en el derecho francés, el Capítulo II se denomina "De los Delitos Contra el Patrimonio Cometidos por Fraude", y en el artículo 646 lo define en los términos siguientes: (Apropiación Indebida) "El que para obtener para sí o para otro algún provecho injusto se apropia el dinero o las cosas muebles ajenas cuya posesión tenga, por algún título, será castigado, por querrela de la persona ofendida, con reclusión hasta por tres años y multa hasta por diez mil liras.

Si el hecho se cometiere sobre cosas poseídas a título de depósito necesario, se aumentará la pena.

Se procederá de oficio, si ocurriere la circunstancia indicada en el número 11 del artículo 61".

Se refuta igualmente apropiación indebida, la apropiación de cosas

extraviadas, de tesoros o de cosas obtenidas por error o caso fortuito, así como la receptación.

Con la misma denominación, abarcando los mismos tipos u otros diversos, y con más o menos autonomía del fraude, siguen dicho sistema los Códigos de Brasil, que en el Capítulo V del Título II de la Parte Especial, denominada "De la Apropiación Indevida", comprende la apropiación de cosa mueble recibida en depósito (Art. 180), de la habida accidentalmente (Art. 181), del tesoro (Art. 182), de la cosa perdida (Art. 183) y de la cosa común (Art. 184); Costa Rica, que con buena técnica distingue la administración fraudulenta, de la apropiación indevida, en la Sección V del Título VIII, del Libro Segundo del Código (Artículos 222 a 224), comprendiendo en la última la apropiación de tesoros, cosas perdidas o recibidas por error; Perú, Uruguay y Venezuela, que en los artículos 240 y siguientes, 351 y 468, respectivamente, siguen el modelo italiano.

c) Sistema Alemán. En el Código Alemán se distingue la distracción de la cosa ajena mueble, recibida en depósito o guarda, que se describe en el artículo 246 y se agrupa en la Sección XIX, denominada "Del Robo y la Distracción", del abuso de confianza definido en otros ordenamientos legales, como administración fraudulenta y que ubica en la Sección XXII, denominada "Del Fraude y Abuso de Confianza", artículo 266, que a la letra dice: "Será penado, bajo la inculpação de abuso de confianza con pena de prisión y multa, todo individuo que abuse voluntariamente de los poderes que ejercite por ley, otorgados por la autoridad o por cualquier acto jurídico, para disponer de bienes pertenecientes a otro u obligar a terceros, o haya quebrantado voluntariamente las obligaciones que se le hayan impuesto por la ley, la autoridad o el acto jurídico o fiduciario para obrar en interés pecuniario de algún tercero y haya con ese hecho, perjudicado a la persona que le hubiese encargado sus intereses. Podrá pronunciarse en su contra, la pérdida de derechos cívicos".

En la parte final del artículo, se contemplan circunstancias agravantes. Aun cuando en el código alemán se da cierta autonomía a los delitos descritos, siguiendo la vieja tradición, los ubica todavía entre los robos y fraudes.

De este sistema, Quintano Ripollés nos comenta:

"La bipolar estructura alemana de la apropiación indevida que, a pesar de sus complicaciones fue saludada por Binding como una gran conquista de la ciencia jurídico-penal moderna, ha gozado de sumo predicamento en los sistemas de Derecho del mundo germánico. No sólo en Alemania, donde subsiste en los proyectos de 1930 y 1960, sino en los Códigos de Holanda, Suecia, Finlandia, Hungría (incluso en el po-

pular de 1961 en parágrafo 292 y 294) expandiéndose en la postguerra al de Grecia, tan influido por las doctrinas alemanas y al checo de 1961 que recoge la dualidad en sus artículos 248 y 255."

Por lo que se refiere a Finlandia, si bien acepta la bipolar estructura alemana, y en el Capítulo XXXVIII la amplía a conductas no registradas en otros códigos y que agrupa bajo la denominación de provechos ilícitos, como lo son la del abogado, que en el proceso que se le confió, en perjuicio de su mandante, presta asistencia a su adversario o le presta consejo o pruebas, etc., o al abogado, médico, cirujano, enfermera, farmacéutico, asistentes, que divulguen secretos privados o de familia que hayan conocido con motivo de su profesión, y otras más descritas en los párrafos 4 a 16 de dicho Capítulo; en el XIX describe abusos de confianza, considerados en el derecho francés, razón por la que, además del nombre, lo hemos considerado más cercano al sistema francés, que al alemán.

El Código Suizo, además de emplear la misma denominación del Código Francés, en el artículo 140, describe el delito base de abuso de confianza, como la apropiación de una cosa mueble perteneciente a otro que se la hubiese confiado, delito que se agrava en el inciso 2, si se obra en calidad de miembro de una sociedad, funcionario, tutor, curador, gerente, en ejercicio de una profesión, industria, comercio. Las cosas perdidas, tesoros, las obtenidas por error, etc., se describen en el artículo 141, denominado "De las Distracciones".

d) Sistema Socialista. En los países socialistas, en los que se adopta indistintamente el sistema unitario o el bipolar que hemos mencionado, o la varia denominación de distracción o abuso de confianza, se distingue, como en el Código Soviético, del resto de las legislaciones europeas, por cuanto diferencian los delitos contra la propiedad socialista, de los delitos contra la propiedad de los particulares.

En Checoslovaquia, por ejemplo, el abuso de confianza se denomina distracción (Art. 248), y la administración fraudulenta, gestión de bienes de otro (Art. 255), pero se distinguen de los delitos contra el patrimonio socialista (Sección III del Capítulo II de la Parte Especial); en Rumanía, el abuso de confianza contra la propiedad social, se define en el artículo 257, y el abuso contra los particulares en el 213, y la gestión fraudulenta contra la propiedad social en el 228 y contra los particulares en el 214; Yugoslavia, en el Capítulo XX, que denomina "Infracciones Contra el Patrimonio Social y Contra el Patrimonio Privado", distingue en el artículo 254, la distracción, siguiendo el sistema alemán del abuso de confianza, administración fraudulenta en otros ordenamientos, en el artículo 260.

Por lo que se refiere a Bulgaria, el sistema es parecido al yugoslavo,

distinguiendo al ejemplo alemán, la distracción del abuso de confianza, de los delitos patrimoniales en contra del Estado, previsto en los artículos 113 y siguientes del Código respectivo.

Cuba, como ya vimos, se aparta, en su proyecto de todos los sistemas.

5º) México, que como apuntamos, sigue en parte el modelo francés, definió el abuso de confianza en el artículo 407 del Código de 1871, en los siguientes términos:

“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 o depósito, alquiler, comodato u otro de los que no confieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia”.

La influencia del código francés es evidente, y así se reconoce en la Exposición de Motivos de dicho código, que a la letra dice: “Abuso de Confianza. El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante y la Comisión lo ha considerado bajo este aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código Francés y todos los posteriores, porque realmente son dos delitos diversos, el de apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo y el de disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio”.

La definición y la descripción del tipo de nuestro Código de 71, es similar a la contenida en el artículo 408 del Código francés, reformado, por cierto, en 1935, para describir conductas que nosotros consideramos fraudulentas; en el artículo 408 del Código Francés, el delito de abuso de confianza se define, según vimos, en los siguientes términos: “Quienquiera que haya distraído o disipado, en perjuicio de los propietarios, poseedores o detentadores, de efectos, dinero, mercancías, billetes, recibos u otros documentos que importen obligación o liberación y que se hayan recibido a título de alquiler, de depósito, de mandato, prenda, uso o por trabajo asalariado o no asalariado...”.

Sin embargo, a pesar de la similitud en las definiciones, las diferencias son manifiestas, por cuanto nuestro Código ubica el delito de abuso de confianza en un capítulo especial (el IV), así denominado “Abuso de Confianza”, y distingue en el artículo 405, el abuso de confianza, circuns-

tancia agravante del delito de abuso de confianza definido, según vimos, en el artículo 407.

En el artículo 406, nuestro viejo Código precisa: “El abuso de confianza constituye un delito especial que lleva ese nombre, y se comete en los casos expresados en el artículo siguiente. En cualquier otro, sólo tendrá el carácter de circunstancia agravante”.

Por otra parte, nuestro Código no acepta las otras figuras del Código Francés, definidas como abusos, o sea la de la firma en blanco, el abuso de la ignorancia o condiciones de los menores, la receptación, etc., y en cambio, en el artículo 409 dispone que no se castigará como abuso de confianza:

I. El hecho de apropiarse o distraer de su objeto un funcionario público, los caudales o cualquier otra cosa que tenga a su cargo, pues entonces comete un verdadero peculado y se le aplicará la pena de este delito.

II. La simple retención de la cosa recibida por alguno de los contratos de que habla el artículo 407, cuando la retención no se haga con el fin de apropiarse de la cosa o de disponer de ella como dueño: pues el que lo sea, sólo tendrá entonces la acción civil que nazca de la falta de cumplimiento del contrato; y

III. El hecho de disponer alguno, de buena fe, de una cantidad de dinero en numerario o valores al portador, que haya recibido en confianza: si lo hace en los casos en que el derecho civil lo permite, y paga cuando se le reclama o acredita plenamente que se halla insolvente por acontecimientos imprevistos, posteriores al hecho de que se trate.

El Código de 71 equipara además, en dicho Capítulo, al abuso de confianza, atento lo dispuesto en el artículo 408, “el hecho de destruir una cosa o de disponer de ella su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial”.

El artículo 407 sufrió las reformas de 26 de mayo de 1884 y septiembre de 1896 y quedó definitivamente concebido en los siguientes términos: “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...”.

El Código de 29 siguió el mismo sistema del Código de 71, reformado y además, aceptando las críticas que se hicieron a la definición del abuso de confianza en los trabajos de revisión de 1912, suprimió la frase “fraudulentamente”, y cambió la expresión “en perjuicio de otro”, en forma equivocada por la de “en perjuicio de tercero”, quizá para evitar la repe-

tición a que daría lugar al agregar también la frase "disponga para sí o para otro".

El Código de 29 aceptó en sus términos lo previsto en el artículo 409 del Código de 71, pero agregó una fracción más al artículo 1147, que corresponde al 408, fracción que a la letra dice: "II. El hecho de disponer o destruir la cosa depositada el depositario judicial que no sea dueño de ella".

El Código de 31 introdujo aún mayor confusión en la definición del abuso de confianza, al apartarse de lo previsto en los Códigos de 71 y 29, y suprimir la frase "para sí o para otro", substituyéndola por la frase "para sí", de donde resultaba que si la cosa se había dispuesto para otro, no quedaba tipificado el delito; sin embargo en el Código de 31 se suprimieron acertadamente las disposiciones que transcribimos en los artículos 405, 406 y 409 del Código de 71, inexplicablemente repetidas en un código de factura positivista, como pretendió serlo el de 29, y agregó una fracción más a los delitos considerados como abuso de confianza, y aceptó que la simple retención de la cosa no debía reputarse delictuosa.

En el año de 1946 se reformaron los artículos 382, 383 y 384; en el primero, además de reformarse en cuanto a la pena, se agregó la frase, indebidamente suprimida en el texto primitivo del Código de 31, "para otro" después de la frase "disponer para sí" y además se cambió también la expresión "de tercero" del Código de 29, por la palabra "de otro"; en el artículo 383, en la fracción II, se agregó la frase "o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo" después de "depositario judicial".

El artículo 384 sufrió una reforma substancial, por cuanto se consideró que la retención sí configura el delito de abuso de confianza en los supuestos señalados en dicho artículo.

Las disposiciones reformadas en el año de 46, quedaron como sigue:

"Art. 382. Se aplicarán prisión de tres días a nueve años y multa de cinco a dos mil pesos, al que con perjuicio de otro, disponga para sí o para otro, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco, en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio".

"Art. 383. Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;

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

III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depó-

sito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad".

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

A reserva de volver sobre el tema, al estudiar cada uno de estos artículos, la reforma estaba justificada, pues la redacción del artículo 382 daba lugar a graves equívocos, tanto más que el Código en cuestión aceptó la errónea expresión del Código de 29, "en perjuicio de tercero", en vez de "en perjuicio de otro", como establecía el Código de 71, y además alteró la frase "para sí o para otro", reduciéndola a "para sí", de donde resultaba, que se alegó ante los jueces que el perjuicio debía resentirlo persona ajena a la que entregaba la cosa, o a su propietario, lo que no dejaba de inquietar a los intérpretes del Código de 31, y también fue alegado, que si la cosa se obtenía para otro, no se cometía delito alguno, razón por la que la Comisión de 45 estimó conveniente volver a la redacción del Código de 71, sólo que al modificarse el texto, se repetía la palabra "otro", lo que no resultaba del todo correcto.

En la reforma de 1950 se corrigió esta defectuosa redacción y además se simplificó la definición, para quedar en la forma y términos que aparece al principio de este Capítulo, o sea: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio".

Se puede apreciar que esta nueva definición, simplificada, no perdió ninguno de sus elementos característicos, ni sufrió en cuanto a su interpretación.

En el año de 1975, el artículo 382 fue objeto de una última reforma, que comentaremos en su oportunidad, por cuanto ésta se refiere únicamente a la penalidad.

En los proyectos de reforma al Código vigente, en el del año de 1950 se suprime inexplicablemente la definición, la frase para sí o para otro, no obstante haber sido modificado este texto en 46 y en 50.

En el anteproyecto de reforma de 1958, se define el abuso de confianza en los siguientes términos: "Comete el delito de abuso de confianza el que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro, con ánimo de dominio o de uso de una cosa ajena, mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio", definición que se modificó en el anteproyecto del Código Penal Tipo de 1961.

En relación con los Códigos Penales vigentes en la República, unos siguen el texto no reformado del Código de 31, otros aceptan la reforma de 46 y, finalmente, unos más, han definido el delito de abuso de confianza en los mismos términos que el texto vigente en la actualidad, excepción hecha de la pena.

Sólo se apartan de las definiciones que hemos mencionado, el Código

de Guerrero, que describe el abuso de confianza en los siguientes términos:

"Art. 351. Se aplicará prisión de dos meses a siete años y multa de diez a diez mil pesos al que con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, o que tenga la obligación de entregar o devolver".

El Código de Michoacán, que inexplicablemente en la definición, igual a la vigente en el Código de 31, cambia la frase "con perjuicio de otro", por la ya rebasada y desechada de "perjuicio de terceros"; Tamaulipas, que lo define en el artículo 375, expresando: "Al que retenga o disponga para sí o para otro 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, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le sancionará...", y el Código de Sonora, que de acuerdo con lo previsto en el anteproyecto de reformas de....., lo define en los siguientes términos: "Se aplicará prisión de dos meses a siete años y multa de cinco a diez mil pesos, al que con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio."

6º) En la evolución que el abuso de confianza ha sufrido en la legislación extranjera y en nuestra legislación, se van destacando los elementos que le son propios y lo distinguen de los demás tipos agrupados bajo el Título que protege el patrimonio.

El concepto de patrimonio, a los efectos del Derecho Penal, lo hemos estudiado ya en el volumen que dedicamos al robo, y sobre el particular señalamos que, como aceptábamos, en parte, el concepto de De Marsico, para el que "a los fines del derecho penal, se entiende por patrimonio el complejo de las cosas que interesan a un sujeto de derecho para la actuación de sus necesidades económicamente valubles, o de los bienes pertenecientes a un sujeto, comprendidos entre ellos, los derechos de contenido económico".

A esta definición agregaríamos, decía, o de cosas de valor afectivo, aun cuando no pudieran ser valubles en dinero, o de aquellas que están fuera del comercio, pero necesarias para la satisfacción de las necesidades de un sujeto.

Así entendido el patrimonio, comprende cosas, bienes muebles o inmuebles, derechos reales, obligaciones, servicios y derechos personales, que pudieran ser violados o puestos en peligro por las distintas conductas que se expresan en el verbo que sirve de núcleo a las figuras descritas en los códigos penales: apoderarse, substraer, tomar, disponer, engañar, amenazar, chantajear, ocupar, despojar, destruir, deteriorar etc.

El verbo que rige la conducta en el abuso de confianza, es disponer, cuya naturaleza jurídica reservamos para ser posteriormente tratada, pero

que en todo caso presupone, para poder realizarse, el que la cosa esté previamente en manos del abusario.

De este hecho surgen las más acentuadas diferencias con otros tipos, afines al abuso de confianza, que violan o ponen en peligro el interés jurídico, patrimonio, y explica el lento despegue de la figura, de aquellas que durante siglos la absorbieron y las similitudes que presenta con ellas, diferencia y similitudes a las que nos iremos refiriendo en el cuerpo de este estudio.

7º) Confundido el abuso de confianza con el robo, la circunstancia de la previa entrega o transmisión fiduciaria de la cosa, determinó la necesidad de establecer una primera e importante diferencia; no se podía robar lo que ya se tenía. El apoderamiento, la substracción, la toma de la cosa, no era posible por quien ya la tenía en su poder.

Por ello fue, como vimos, que faltando un elemento esencial para reputar robo, la disposición de la cosa que se había recibido previamente, se hubiese tratado de adecuar dicha conducta a lo que se llamó primero hurto impropio, y después se destacara este elemento base para distinguir, el hurto o robo, del tipo que se denomina abuso de confianza o apropiación indebida, de acuerdo a la evolución a que nos referimos en páginas anteriores.

En el robo, el activo no tiene la posesión de la cosa; en el abuso de confianza o en el hurto impropio, se reconocía el hecho de que la cosa estaba en su poder, la había recibido antes de que el delito se consumara.

En el robo, el delito queda consumado cuando el actor hace entrar la cosa en su esfera de poder; en el abuso de confianza, la cosa se ha entregado al abusario, éste la tiene antes de consumarse el delito, a resultas de un acto jurídico que trasmite la posesión, pero no el dominio; el pasivo la ha entregado voluntariamente. Es por lo tanto la entrega de la cosa, su posesión o tenencia, el presupuesto lógico del delito; en el robo, el activo se apodera, obtiene la posesión de la cosa, posesión o tenencia que en el abuso de confianza ya tiene el abusario, cuya acción se hace consistir en la inversión del título por el cual se posee.

"La figura jurídica de la apropiación indebida, presenta una notable afinidad con el hurto, las dos figuras son similares y se complementan entre ellas. Ambas se refieren a la cosa mueble ajena, pero mientras que el hurto, como se ha visto, implica en el autor la falta de la posesión, consistiendo en el hecho de procurárselo (apoderamiento), la apropiación indebida presume que el agente ya esté en posesión de la misma cosa. Cuando el reo no tiene la posesión, él no podrá jamás cometer apropiación indebida; cuando posee la cosa no puede hacerse responsable de robo".

Oportunamente, analizaremos el concepto de posesión y tenencia en el Derecho Penal, frente a los casos límites, en que la cosa puede tener relación material con el activo, y que, sin embargo no se da tenencia

ni la posesión, lo que explica a través de los modernos conceptos de esfera de actividad y esfera de custodia, la existencia del robo y de las circunstancias agravantes del robo de domésticos, huéspedes, obreros, etc.

Al rechazar, después de una larga evolución, que el abuso o la apropiación indebida se pudieran reputar robo, o robo impropio, la incertidumbre persistió en cuanto a la autonomía del tipo, que presentaba similitud a su vez con el fraude, por cuanto en éste, la cosa se obtiene también, en la mayoría de los casos, por el activo, voluntariamente del pasivo, esto nos explica el porqué, en algunas legislaciones se le englobó dentro de las figuras fraudulentas y el que aún en los Códigos que le otorgaron autonomía, como el francés, el italiano y sus seguidores, persistan en clasificarlo en capítulos o secciones reservadas al fraude.

Ciertamente, en el fraude la cosa se entrega voluntariamente al activo; sin embargo, esa entrega es motivada por el engaño, el ardid, la falsedad o el error, y en cambio, en el abuso, la entrega se hace a resultas de un contrato, convenio o cualquier otro acto jurídico.

De aquí que en el fraude, el dolo es previo a la obtención de la cosa, en tanto que en el abuso, es posterior; surge precisamente por el hecho de tener ya la cosa en su poder; en el fraude, el delito se consuma al obtener la cosa; en el abuso de confianza, en el momento de invertir la posesión, o sea al violar el título por el cual se posee.

Resumiendo pues, las diferencias fundamentales entre el abuso y los tipos que le son afines, robo y fraude, destacamos el hecho de que, en el abuso, la cosa está en poder del abusario a resultas de un contrato o un acto jurídico, posesión que se obtiene lícitamente sin engaño ni error, como en el fraude, y sin que se logre mediante el apoderamiento, o sea la movilización de la cosa para hacerla entrar dentro de la esfera de poder del activo.

CAPITULO II

DE LOS PRESUPUESTOS DEL ABUSO DE CONFIANZA

1) Nos hemos referido y estudiado, en el volumen dedicado al Robo, a los presupuestos lógicos de los delitos en contra del patrimonio, que siguiendo a Vannini, dijimos eran: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico y objeto material.

A dicho estudio nos remitimos, por cuanto lo dicho en él tiene cabal aplicación al delito de abuso de confianza, clasificado, según vimos, como el delito en contra del patrimonio; sin embargo, existen situaciones especiales por cuanto atañe a este tipo, que nos obligan a insistir sobre dichos presupuestos.

Reiteramos, que sujeto activo de la infracción es el hombre, ya que no se contempla en nuestra legislación la posibilidad de que las perso-

nas morales o jurídicas respondan de la comisión de un delito, pero en el abuso de confianza se requiere además, que en el activo, como señala Angelotti, se den los siguientes supuestos:

a) Que tenga legítimamente la tenencia o posesión de la cosa; y

b) Que la tenencia o posesión de la cosa la tenga precisamente en el momento de la disposición.

A un tercer supuesto se refiere Angelotti, que no estimamos útil recoger, dados los términos de nuestra legislación penal.

Sin embargo, de los dos primeros que hemos mencionado, deduce Quintano Ripollés que lo hace afín a los denominados "delitos de propia mano", siquiera sea para reafirmar su autonomía.

En estas condiciones, pudieran surgir problemas de participación en el abuso, "como se acostumbra hacer en los casos de malversación para el extraneus, situación que no encaja, sin embargo, en la definición del código, en el que el delito puede cometerse disponiendo de la cosa para sí o para otro".

Aparte del antedicho problema de incomunicabilidad, ajeno, repetimos, entre nosotros, nos dice Quintano, "que no siempre es mantenido con el rigor que queda expresado por cuanto a las cuestiones de participación plural, no suelen determinar en este delito particularidades dignas de mención. La coautoría no ofrece dificultad alguna cuando a la igualdad de participación se añade la coincidencia de titularidades equivalentes, como la de Director-Gerente en uno de los reos y la de Secretario en otro (S. 21-VI-1955). La de encubrir se ha apreciado en quien, con posterioridad a la apropiación de barras de oro, se limita a gestionar su venta (S. I-VII-1947)".

No hace mención Quintano a los cómplices y auxiliadores, cuya responsabilidad en el abuso es indiscutible, aun cuando la posesión no la tengan ellos, sino el autor; y en relación a éste puede ser coautor, nunca autor, el que se beneficia, a sabiendas, de la disposición.

En un cuantiosísimo delito cometido hace varios años en una ciudad fronteriza, los funcionarios de una gran empresa giraban cheques a cargo de una institución de crédito, que los pagaba, de acuerdo con el Gerente, el Cajero y otros empleados de la misma, los que disponían indebidamente del dinero de la institución en beneficio de la empresa giradora.

Se dictó formal prisión, previa querrela, en contra de los Gerentes de la institución de crédito, cajero, empleados, así como en contra de funcionarios de la empresa, en beneficio de la cual se disponía de los fondos.

Se sostuvo la tesis, que el gerente de la institución de crédito disponía de fondos de la misma en favor de la empresa, en combinación con cajeros y empleados, y que el procedimiento seguido para disponer de dichos fondos, era el de expedir cheques, a sabiendas de que no existían fondos, pero que, no obstante, se cubrían por órdenes expresas del gerente.

Para ocultar la disposición de fondos, se hacían, con posterioridad, maniobras en contabilidad para ocultar dicha disposición.

De lo antes expuesto, encontramos que los problemas que pueden surgir respecto a coautoría y participación, serán no tanto en función de los inherentes a los denominados "delitos propios", sino más bien en función de la naturaleza de la querrela, que tiene, respecto al abuso de confianza, relevancia, ya que como lo veremos posteriormente, es un delito que se persigue a petición de parte ofendida.

Es también observación de Angelotti, por lo demás sugerente, el destacar el doble carácter del abusario, pues además de ser sujeto activo de la infracción, es sujeto pasivo del vínculo jurídico nacido con la tradición, la entrega de la cosa, traslación que es de naturaleza receptiva y por lo tanto ligada y estrechamente conectada con la aceptación expresa o tácito del accipiens, o sea del eventual sujeto del derecho, de tal suerte que si no coexiste la entrega y la aceptación, sino tan sólo una relación física con la cosa, no puede cometerse abuso, sino robo, como lo hemos de precisar.

SUJETO PASIVO. También el sujeto pasivo, objeto de anterior estudio en el Capítulo Primero, del volumen que dedicamos al robo, presenta aspectos de relevante interés por lo que toca al abuso de confianza.

En el capítulo a que nos hemos referido, explicamos el porqué, tratándose del sujeto pasivo, podía serlo tanto una persona física, como una persona moral, y apuntamos criterios para determinar a quien debía reputarse sujeto pasivo en los delitos patrimoniales.

Sin embargo, respecto de la figura que estamos estudiando, y teniendo en cuenta que el artículo 385 del Código Penal dispone que es un delito que solamente se puede perseguir a petición de parte ofendida, consideramos oportuno insistir en el tema, tanto más que, como ya vimos, la doctrina no es uniforme en cuanto a la determinación genérica del sujeto pasivo.

Don Ernesto J. Ure sintetiza criterios al respecto, apuntando en su monografía, a la que ya nos hemos referido y seguiremos refiriendo frecuentemente:

a) Que para algunos, persona ofendida es aquella sobre la cual recae la acción del sujeto activo.

b) Para otros, la expresión tiene un sentido más amplio, comprendiendo dentro del mismo no solamente la persona, sino también la cosa sobre la que materialmente recae la acción delictuosa.

Este criterio, enunciado por Carrara, ha sido sostenido por tratadistas como Florián, para el cual "sólo merced a un perjuicio metafísico se puede rechazar la parificación de la persona con la cosa".

c) En un sentido más extenso aún, se ha entendido que sujeto pasivo

primario, es el estado en que se produce el delito, porque es el titular de todo ordenamiento jurídico.

Esta teoría "coloca demasiado alta y demasiado lejana a la víctima del delito, y se corre el peligro de dejarla muy imprecisa" (además es inaceptable en nuestro derecho, por cuanto el abuso es delito que sólo se persigue a petición de parte).

d) Finalmente, la teoría más aceptada y racional, es la que reserva la designación de sujeto pasivo al titular del bien o interés jurídicamente protegido por la ley, y que es agredido por el agente, lesionándolo o exponiéndolo a peligro".

De acuerdo con nuestro código, es indudable que sujeto pasivo de la infracción es quien resiente el perjuicio, que bien puede ser el dueño, quien entregó la cosa o un tercero; el artículo 382 es claro al respecto, al acuñar la siguiente frase: "al que con perjuicio de alguien", ¿pero quién es ese "alguien"?

El problema no es sencillo; dejando de lado opiniones de juristas extranjeros, es indudable que de acuerdo con nuestra legislación existen casos, y numerosos por cierto, en que el que sufre el perjuicio no es el que entregó la cosa, sino un tercero, en los términos del artículo 32 del Código Penal. ¿Corresponde la facultad de querellarse a las personas mencionadas en el artículo 32? Me parece que sería aventurado hacer dicha afirmación, pero también el negarla.

Varios casos nos pueden ejemplificar la gravedad del problema y la incertidumbre derivada de la circunstancia, de que la querrela sólo puede presentarla el ofendido por el delito.

¿El chofer de un camión que recibe mercancías para transportarlas y dispone de ellas, causa perjuicio al propietario del producto transportado o a la empresa transportista? ¿Quién debe formular la querrela? ¿Quién es el ofendido por la infracción? Sostenemos que es el transportista quien debe pagar el importe de la mercancía, y no el propietario de la misma, ¿y si la mercancía está asegurada o existe fianza de fidelidad?

En nuestra práctica judicial se sigue el criterio de que la querrela debe formularse por la empresa cuyo empleado ha cometido el delito, ya que el pago del seguro o de la fianza debe cubrirse hasta que se dicte sentencia, o condicionalmente después del auto de formal prisión.

Si un empleado recibe valores y tiene facultades para su manejo, o sea su venta y compra de otros, ¿quién debe querellarse si dispone el empleado del importe de la venta de los valores o de éstos mismos? Indudablemente la casa de valores, y no los propietarios de los mismos.

Pero si un alumno de un internado recibe un libro de un compañero y dispone de él, ¿responderá el director del internado de ese hecho? Nos parece contrario al sentido común, pues la finalidad de la fracción III del artículo 32, no se compadece con esa conducta.

Hay, sin embargo, casos en que manifiestamente no es posible, o re-

sulta difícil, concretar quién es el que resiente el perjuicio y por lo tanto quién debe formular, en su caso, la querrela respectiva.

El Comité Ejecutivo de un sindicato solicita de la empresa, con la cual tiene celebrado contrato de trabajo, que le dé instrucciones a su cajero para que haga los descuentos convenidos con la misma, para su caja de ahorros, y reciba las aportaciones fijadas en el contrato de trabajo con la empresa. El sindicato, una vez accedida por la empresa que el cajero los auxilie, le da instrucciones para la compra de valores, el descuento de las cuotas, el pago y el cobro de los créditos autorizados a los trabajadores, etc.; en por lo menos dos de los varios casos en que intervine, se dieron situaciones distintas, pues en una, el sindicato, con anuencia de la empresa, le daba una compensación al cajero por el trabajo extra que desempeñaba, y en la otra, por acuerdo con el sindicato, era la empresa la que pagaba esa cantidad extra al cajero, por su trabajo extra.

En los dos casos, el cajero dispuso tanto de cantidades propiedad de la empresa, como de los sindicatos. Estos sostuvieron que a la empresa correspondía formular la querrela, no sólo por el faltante en bienes de la misma, sino del sindicato en los términos del artículo 32 del Código Penal, ya que estaba obligada a cubrir al sindicato las cantidades dispuestas por su empleado; las empresas sostuvieron, y creo que era fundada la posición de éstas en el primer caso, que como quien que había accedido, como un servicio al sindicato, a que el cajero realizara actividades que no le correspondían, por lo que el faltante era sin duda a cargo del sindicato, y en último caso, los obreros debían reputarse sujetos pasivos del delito; en este caso, indudablemente, la empresa sólo dio la autorización para que su cajero realizara ese trabajo por cuenta del sindicato, el cual le pagaba, como dijimos, una cantidad extra. Pero en el segundo caso, en que la empresa cubría la cantidad extra al cajero, entiendo que el problema no presentaba la misma claridad y podía discutirse si el perjuicio fué resentido por la empresa o por el sindicato, y que a quien correspondía por tanto, formular la querrela, era a la primera.

Como éstos son muchos los casos que presentan duda, entre otros, cuando son varios sujetos pasivos y no es posible determinar la cantidad dispuesta en perjuicio de cada uno; por ejemplo, el depositario de una cosecha de varios agricultores, que dispusiera de parte de la misma, no permite saber, generalmente, qué parte digamos, del maíz, del trigo, de la fruta, etc., corresponda al agricultor A, al B o al C, si toda la cosecha la guarda en un solo silo. Perjudicados serían todos, ante la imposibilidad de precisar de quién fue precisamente el maíz, el trigo o la fruta de que se dispuso, y desde luego, la facultad de presentar la querrela corresponde a todos o a cualquiera de los que sufrieron el perjuicio.

INTERES JURIDICO PROTEGIDO. El interés jurídico protegido en

el abuso de confianza, es el patrimonio en general, pero en concreto, ¿qué derechos patrimoniales son los afectados?

En el robo afirmamos que era la posesión, ¿pero en el abuso de confianza? Quintano Ripollés hace una afirmación categórica al respecto. "El objeto jurídico del delito de apropiación indebida (entre nosotros abuso de confianza), en el sentido de bien específicamente tutelado, es inequívocamente la propiedad como tal y aisladamente considerada, no conjuntamente con la posesión, al modo de las demás infracciones de apoderamiento lucrativo".

Acordes con este criterio están, entre otros, en España, Ferrer Sama y Don José María Rodríguez Devesa, tanto más que este último reputa que la propiedad es igualmente el interés jurídico protegido en el robo.

De los latinoamericanos, en Argentina, Soler, Gómez, Fontán Balestra, Ernesto J. Ure, partiendo de la definición que el código da al delito denominado en ese país de "retención indebida", consideran que el interés jurídico protegido consiste, precisamente, en la negativa a restituir o a no restituir a su debido tiempo, la cosa recibida, en perjuicio de otro; el último de los citados, en su tantas veces mencionada monografía sobre la apropiación indebida, después de reconocer que en la doctrina es variable la postura de los autores por cuanto al interés jurídico protegido, en expresa referencia al código argentino, sostiene lo siguiente: "El examen del precepto contenido en el artículo 173, inciso c), suministra, en efecto, ese elemento invariable de la apropiación indebida en cualquiera de sus manifestaciones, y que aporta, al propio tiempo, el elemento fundamental para la determinación deseada: la obligación de entregar o devolver constante e invariable, sea quien fuere el titular del derecho a la restitución, consecuente a la mencionada obligación; es decir, del derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena. Con el hecho de la apropiación, se lesiona ese derecho del sujeto pasivo de la relación jurídica, y ese derecho es el tutelado en la incriminación del delito del artículo 173, inciso 2 del Código Penal".

En Brasil y Colombia se sostienen las dos tesis expuestas, o sea, que el interés jurídico protegido es la propiedad, en atención a la definición del artículo 180 del nuevo Código de Brasil, que describe el delito de apropiación indebida, en los siguientes términos: "Apropiarse, en provecho propio o de otro, de cosa ajena mueble, que se tenga en posesión o detentación".

Para el profesor Edevaldo Alvez da Silva, es indudable que el interés jurídico protegido es la propiedad; en Colombia, en los trabajos de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal, el profesor Darío Velázquez, parece inclinado a sostener los criterios apuntados en la doctrina argentina, tanto más que el texto recoge la idea de la apropiación de la

cosa que se haya confiado o entregado por título que implique obligación de "entregarla o restituirla".

Para el profesor Etcheberry, de Chile, "la figura de la apropiación indebida tiene dos verbos fundamentales, o sea dos modos posibles de comisión: apropiarse o distraer. El concepto de apropiarse es el mismo que vimos tratándose del hurto: comprende un elemento material, el ejercicio de actos de dominio sobre la cosa (ordinariamente la disposición de la misma) y uno psicológico, el ánimo de señor y dueño. El elemento material en este delito, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, no consistirá en una acción física de apoderamiento, puesto que la cosa, por voluntaria decisión de su titular, ya se encuentra dentro de la esfera de resguardo y custodia del apropiante. Empero, algún elemento material debe existir, que ponga externamente de manifiesto la apropiación, pues el solo ánimo de señor y dueño no es suficiente para tener por consumada esta última. El elemento material se manifestará mediante la ejecución de actos propios del dominio y a los cuales el título no da derecho, o bien mediante la negativa a entregar cuando llegue el momento de la restitución o entrega, y ésta es exigida (la negativa no necesita ser expresada: puede consistir en una mera omisión o pasividad ante el requerimiento).

La otra modalidad de la apropiación indebida, es la distracción. El significado de este término suscita algunas dudas. En términos generales, se refiere al hecho de dar a la cosa un uso o destino diferente de los que le están asignados. Ordinariamente el simple uso de la cosa, aunque el título no lo permita, no ocasionará perjuicio al propietario, y por lo tanto no habrá delito. Pero si excepcionalmente, el uso indebido acarrea perjuicio, habrá distracción indebida punible. Entre nosotros, Labatut y Politoff, opinan que la distracción, al igual que la apropiación, supone el ánimo de señor y dueño".

Roy de Perú, Febres Cordero y el maestro Mendoza de Venezuela, sostienen que el interés jurídico protegido en el delito en cuestión, es la propiedad, aun cuando este último, menos terminante, sostiene que: "A primera vista, el comportamiento delictivo no ofrece dudas respecto al verbo usado por el legislador, que es apropiarse, cuyo significado castizo es hacer propia una cosa, tomarla para sí haciéndose dueño de ella, o convertirla en su beneficio o de un tercero, o como el profesor Ferrer Sama dice: "incorporarla a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla". Pero a poco que se profundice el núcleo del delito se hallará que muchos conceptos, que el penalista argentino reduce a tres solamente, pueden darse en la acción de apoderarse".

De estos conceptos haremos posterior referencia, al tratar de hacer valer nuestro criterio.

En la doctrina europea, en Italia y Francia, la mayoría de los autores señalan como bien jurídico tutelado, la propiedad, en concreto, y así lo

sostienen, entre otros, Maggiore, Antolisei, Marciano, Saltelli y Romano di Falco, etc., y Rousselet, Patin, Chauveau Helie Garraud Garçon; los primeros italianos y los segundos franceses.

Para Garçon, "El hecho material de inversión de la posesión consistirá fundamentalmente en un acto jurídico de disposición: venta o entrega en prenda de la cosa confiada, por ejemplo. En cumplimiento de tales actos, el deudor fiduciario manifiesta de la manera más enérgica su intención de conducirse como sólo un propietario lo puede hacer".

Sin embargo, en estos países existen criterios divergentes; Petrocelli, por ejemplo, sostiene, al decir de Ure, que la esencia del delito "reposa en la violación de la confianza y la confianza constituye el objeto específico del delito y de la tutela penal, entendida la confianza en su sentido objetivo, vale decir implícita en la naturaleza del vínculo y no referida a una relación que reconozca como origen una elección especial. En otras palabras, que no se requiere la existencia de un vínculo de confianza, directo o inmediato, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

La simple violación del derecho emergente de la obligación, no es suficiente, al decir del autor citado —y en esto no puede discreparse— para justificar la tutela penal.

"La ley penal no toma en consideración el incumplimiento de la obligación en cuanto tal, puesto que para ello sería bastante la tutela del derecho privado, y el orden jurídico no tendría razón ni interés en hacer algo más". Considera algo especial que se manifiesta en ciertos incumplimientos; una particularidad que motiva la inejecución, un *quid* que la tutela del derecho privado no tiene razón ni manera de considerar, pero que, en cambio, interesa al derecho penal, y que, al par que caracteriza la ofensa al particular, refleja una ofensa al interés público. En la obligación de restituir, el *quid* especial que constituye la razón y la finalidad de la tutela penal, es la violación de la confianza; se encuentra, en la historia de la apropiación indebida, como nota general y constante, en todas las legislaciones. Sin necesidad de remontarse a las más lejanas fuentes legislativas, y partiendo de la época en que, por primera vez, aparece una configuración jurídica autónoma del delito, vemos destacada la esencia de la apropiación indebida en la violación de la confianza.

Los razonamientos de Petrocelli son impecables, salvo que la confianza no es elemento del patrimonio y, por lo tanto, no es motivo de la tutela penal que se otorga en el abuso de confianza.

Ciertamente, como lo señalan quienes han estudiado esta figura, existe una estrecha similitud entre el abuso de confianza, apropiación indebida, retención o como se le llame a este delito, con actos o contratos de naturaleza civil, cuyo incumplimiento sólo dan lugar al pago de daños y perjuicios, pero el delito no es sólo el incumplimiento de una obligación de entregar o devolver, sino que implica además una ofensa al interés público, ya que se violan otros intereses que no son únicamente el incumplimiento

BIBLIOTECA
LA LEY DE DERECHO

de un contrato o la confianza que puede existir o no, y que en una época, por lo menos entre nosotros, fue considerada como una circunstancia agravante en todos los delitos, sino un interés más concreto, más grave, más relevante de una conducta ilícita, o sea la inversión de la posesión concedida y la actuación como dueño en relación con la cosa.

Estos elementos son también una constante en todas las definiciones del delito, en todas las descripciones del tipo, que presuponen la posterior negativa, tácita o expresa, a entregar o a devolver la cosa, conductas que sí tienen relación con la noción de patrimonio, en los términos que lo hemos definido, del cual es totalmente ajena la simple violación de la confianza.

Quienes rechazan que la propiedad sea el objeto jurídico que protege la figura que estamos estudiando, sostienen que ello no se compadece con el hecho de que sujetos pasivos de la infracción no sean exclusivamente los propietarios, sino también los poseedores y aún los simples tenedores de la cosa, y además destacan que el Código Civil no señala entre los medios de adquirir la propiedad, el delito.

Estos argumentos no son exactos, pues si bien sujeto pasivo de la infracción puede ser cualquiera que haya entregado la cosa y además el que nuestra ley ha reconocido que el delito no da, en ningún caso el carácter de propietario al que lo comete para hacer suya una cosa, lo cierto es que el activo en este delito no viola derechos posesorios que ya tiene, sino que dispone, es decir, que actúa como dueño sobre una cosa que ya tiene, invirtiendo la posesión que se le dió, desviándola de su finalidad jurídica y económica.

En el robo, el activo no puede actuar como dueño de una cosa que no tiene, que debe tomar ilícitamente, que necesita movilizar, desplazar, para hacerla entrar dentro de su esfera de poder; en el abuso de confianza la cosa ya la tiene el abusario, sólo que para integrar el tipo debe disponer, lo que significa, como veremos oportunamente, realizar actos de señorío sobre la cosa, actuar como si fuera dueño de ella, aun cuando no logre convertirse en propietario por expresa disposición de la ley.

Al rehusarse a devolver la cosa indebidamente, es decir, sin fundamento legal y después de ser requerido para ello, se actúa también como dueño, y se realiza un acto de disposición, teoría sobre la que insistiremos al estudiar los elementos del tipo y precisar el concepto de acto de disposición.

A reserva también de insistir sobre el particular, expresamos en forma categórica, que el requerimiento para la devolución de la cosa, no es necesario cuando existe prueba de que el abusario ha dispuesto de la cosa, o datos que hagan suponer dicha disposición.

Entre nuestros autores patrios, el maestro González de la Vega conviene en que el interés jurídico protegido en el abuso de confianza, es la propiedad, y así afirma que "cualesquiera que sean los términos usados por las diversas legislaciones, todas ellas se refieren a aquellas acti-

vidades atentatorias 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 injustificadamente".

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

Igual criterio acepta don Antonio de P. Moreno, en tanto que don Mariano Jiménez Huerta se inclina por el punto de vista aceptado en el derecho argentino, totalmente distinto al sistema que sigue nuestro Código. "El objeto de la tutela penal, nos dice don Mariano en el delito en estudio—, es el interés jurídico patrimonial que tiene la persona que transfiera a otra la simple tenencia de una cosa, que le sea restituida llegado el momento de la devolución", y agrega, en crítica a quienes sostienen que el interés jurídico protegido es la propiedad, que "este concepto no puede aceptarse, pues tanto implicaría como concluir que el delito sólo se integra cuando quien trasmite la tenencia de la cosa es su propietario, con lo cual quedaría a extramuros del tipo todos aquellos casos en que la transmisión de la tenencia la efectúa persona diversa del propietario".

Vimos ya que este argumento carece de consistencia, pero lo más serio es que la opinión de don Mariano peca de incompleta, pues se limita a la obligación de devolver, cuando el delito se comete, en la mayoría de las veces, al desviar la cosa de la finalidad jurídica y económica, para la que se entregó, al disponer de la misma como si fuera dueño, y poco importa al respecto que la entrega se haya hecho por el propietario, por el poseedor o por el simple tenedor de la cosa.

El Dr. Pavón Vasconcelos sigue a don Mariano, al afirmar que la definición legal "no individualizó al propietario como la persona que sufre el perjuicio patrimonial y, por otra parte, el acto de transmisión de la tenencia puede realizarlo, además del dueño, la persona que ejerce su poder sobre la cosa mueble, esto es, el usuario o usufructuario de ella, por lo que carece de validez el criterio que señala a la propiedad como el bien tutelado en el abuso de confianza".

De aquí que, siguiendo el criterio de Manzini, apunte que el interés jurídico tutelado es el patrimonio. ¿Pero qué parte del patrimonio? ¿Qué derechos patrimoniales? Considerar como lo hacen Jiménez Huerta y Pavón el problema únicamente en función de quien resiente el perjuicio o

entrega la cosa, es limitarlo, pues debe estudiarse este problema en su conjunto y precisar cual es la acción que se ejecuta, para deducir qué bien se lesiona o qué elemento del patrimonio con dicha conducta.

La acción en el abuso de confianza se centra, de acuerdo con la definición de nuestro Código, en el verbo "disponer", y disponer es actuar como dueño, ejercer sobre la cosa actos de dominio, de señorío, o como sostienen los civilistas, excluir la puesta en valor de un patrimonio o ejecutar actos de puesta anormal por lo que se refiere al mismo, criterio sobre el que insistiremos al estudiar los elementos constitutivos del abuso de confianza.

OBJETO MATERIAL. El objeto material en el delito de abuso de confianza, es la cosa mueble sobre la que recae la acción del sujeto activo de la infracción.

En la definición de la figura, nuestro código hace referencia expresa a cosas muebles, por lo que la acción sólo puede recaer sobre objetos corporales y no sobre derechos, y además se requiere que estos objetos sean muebles, o dicho en otros términos, que se puedan desplazar de un lugar a otro.

Sobre el concepto de cosa mueble, hicimos ya comentarios al estudiar el delito de robo, y hemos de concretar ideas al estudiar los elementos del tipo que analizamos, pero, desde luego, es oportuno reiterar que la cosa debe ser mueble, no en el momento de la comisión del ilícito, como sucede en el robo, sino en el momento que se entregue la cosa o se le otorgue el derecho para recibirla, punto sobre el que insiste Angelotti, y con el cual estamos de acuerdo, pues no deja de presentar dificultades en función del acto concreto que da origen a la relación entre los sujetos del delito y sus consecuencias jurídicas.

Para Angelotti, la cosa debe ser mueble en el momento de la entrega por parte del pasivo, de tal suerte que si el culpable moviliza la cosa que recibió, no como mueble, sino como inmueble, será responsable de hurto y no de apropiación.

Es el caso del administrador que recibe un bien inmueble en el que existan, digamos, figuras artísticas empotradas dentro del mismo; si las moviliza cometerá robo, y no abuso de confianza, puesto que la cosa que recibió no fue mueble, sino inmueble.

Sin embargo, esta regla no abarca todos los casos, pues depende de la naturaleza del hecho.

Don Ernesto J. Ure, afirma: "En materia de apropiación indebida, la movilización de la cosa plantea un problema muy discutido en doctrina y en la práctica. Cuando la cosa ha sido separada del inmueble por acto del derecho-habiente y en esas condiciones se recibiera por el agente para guardarla, entregarla a un tercero o cualquier otro título no traslativo de dominio y se lo apropie, no puede surgir duda alguna sobre la calificativa del delito. El problema nace cuando la cosa ha sido separada por

obra del agente que se hallaba en legítima tenencia del inmueble, pues se sustenta que, en tal supuesto, no aparece como acertada la calificación de apropiación indebida, sino que el hecho debe encuadrarse en los artículos que definen el hurto o el robo".

En cambio, si se trata de un predio rústico y el encargado o administrador, levanta la cosecha o corta los frutales de los árboles y dispone de la primera o de los segundos en su provecho o de un tercero, cometerá abuso de confianza y no robo, dada la naturaleza jurídica que dio origen a las relaciones contractuales entre el activo y el pasivo.

Al estudiar los elementos del delito definido en el artículo 382 de nuestro Código Penal, hemos de insistir sobre este aspecto, que por razón de método, hemos apuntado en esta ocasión, al hacer mención del objeto material del delito.

CAPITULO III

ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO

Señalados los presupuestos del delito de abuso de confianza, hemos de tratar lo referente a su estructura jurídica, referida a la genérica definición de delito como acción típica, antijurídica y culpable.

Así, el primer elemento a considerar es la acción que una buena parte de la doctrina, sobre todo entre nuestros juristas, se acoge sobre la genérica denominación de conducta, que comprende tanto el hacer como el omitir.

Como quiera que nuestro Código define el delito, tautológicamente, en el artículo 7º. como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, hemos de referirnos en primer término a esta distinción, tanto más que la doctrina, si bien acepta indistintamente la palabra conducta o acción, como un concepto superior, distingue, en todo caso, el hacer, del omitir.

"La acción, al decir de Juan del Rosal, como concepto superior, es decir gens, abarca las dos formas que se presentan tanto en la doctrina como en la legislación, o como un hacer activo, cifrado en los delitos de acción positiva, o como una conducta de omisión. Ambas formas se entienden dentro de un concepto amplio de la acción y han adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo".

En todos los delitos patrimoniales, la conducta supone un hacer positivo, excepción hecha, claro está, del delito de daño, y los autores, al tratar del delito de apropiación indebida, consideran que este delito sólo puede consumarse, ejecutarse, mediante un acto positivo, es decir mediante un hacer, y no mediante un omitir.

Esto podría ser discutible respecto a la retención, pues retener, ¿es un hacer o es un omitir?

En nuestra legislación el acto típico, el núcleo de la figura que estamos considerando, es el disponer, y nos preguntamos, si el disponer supone siempre un hacer, un actuar como dueño, el desviar de su naturaleza jurídica y económica la cosa recibida, o si el acto de disposición ha de suponer también una posible omisión.

El acto de disposición supone también omitir, y una de las distinciones que se establecen doctrinalmente entre el acto de disposición y el acto de administración es, precisamente, que el primero presupone una omisión, en tanto que el segundo, tiene siempre un carácter positivo.

"Administrar, es obrar, nos dice el profesor André Trasbot. Un administrador es un ser eminentemente activo, no se administra haciendo nada. Administrar es hacer una serie de actos positivos. Todos los artículos de la ley relativos a las funciones de los administradores, están llenos de ejemplos al respecto".

"Por ese carácter positivo, el acto de administración se parece también al acto conservatorio, que también es un acto esencialmente positivo. Cuando un elemento del patrimonio está en peligro, se debe necesariamente hacer un acto positivo para salvarlo. Sucede lo mismo con el acto de administración. El viñador, que cuida y mantiene su viña, hace un acto conservatorio; al recoger la cosecha realiza lo más a menudo un acto de administración. Pero, en los dos casos, la conservación y la administración se manifiestan por actos positivos.

"Pero este carácter positivo distingue claramente el acto de administración, del acto de disposición. Sin duda, habrá actos de disposición que se traducirán en actos positivos, que podrán aún traducirse por una puesta en valor, por ejemplo, la venta de una propiedad, pero el acto de disposición no será forzosamente un acto positivo. Podrá ser en efecto un acto negativo, una abstención, y entonces no habrá ya puesta en valor, porque no hay únicamente actos jurídicos, existen también abstenciones jurídicas que producen efectos de derecho. Así, el individuo que conscientemente deja prescribir su propiedad o su crédito, que omite hacer o renovar una inscripción hipotecaria, que deja su casa en ruinas, que rehúsa una donación, un legado o deja una sucesión en estado vacante, hace en efecto, en general, actos de disposición y no obstante, estos son actos meramente negativos.

Se concluye de lo anterior, que siendo siempre positivo el acto de administración, el acto de disposición, puede ser, por el contrario, bien positivo, bien negativo. Y de ello se saca esta consecuencia: una persona obligada a hacer un acto conservatorio o un acto de administración y que omite o descuida realizarlo, hace por ello mismo un acto de disposición, porque realiza un acto negativo. Como no tiene derecho a hacer un acto de esta especie, va más allá de los límites de sus poderes y se hace responsable".

Dentro de este criterio se puede sostener que si el núcleo de la figura es el verbo disponer, y la disposición supone, en determinados casos, un

acto negativo o una omisión, el abuso de confianza puede admitir la forma omisiva.

Esto es indiscutible en las legislaciones que, además de la apropiación indebida o el abuso de confianza, admiten otra figura que denominan administración fraudulenta, pero es discutible, y lo veremos posteriormente al estudiar con mayor detenimiento el concepto de disposición, si es posible la omisión en el abuso de confianza, y si actúa como dueño el que omite hacer lo que debe, causando un perjuicio al pasivo en su propio beneficio, o de otro.

Lo que sí no es discutible, es que el abuso de confianza, como todos los delitos patrimoniales, excepción del daño en propiedad, es siempre un delito intencional que no admite la forma culposa.

Si el núcleo del tipo es disponer, la disposición no se explica separada de un elemento subjetivo, que se integra, se hace uno, sin posibilidad, como en el robo, de separarse del elemento material; dispone, dijimos, el que actúa como dueño, y esta actividad no puede entenderse nunca desde un punto de vista objetivo, sino que forma parte de la conducta considerada como un todo, como un propósito, y no tan como un simple movimiento corporal, una distensión muscular.

En el abuso de confianza, quiero y actúo sobre la cosa como si fuera dueño, y este propósito no puede escindirse del movimiento corporal; de esta suerte, al decir de Mezger, si toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ontológica (esencial), un carácter final, esto es, inseparable en el núcleo, disponer es conscientemente actuar como dueño respecto a la cosa, y esta actuación supone necesariamente una intención.

Por esta razón hemos clasificado al delito de abuso de confianza, desde el punto de vista de la conducta, como un delito doloso.

También desde el punto de vista de la conducta, consideramos que el delito de abuso de confianza es un delito unisubjetivo (no unisubjetivo, como se expresan nuestros autores y los argentinos, a resultas de una mala traducción del italiano), pues para su penalidad no se requiere de la existencia de varios sujetos en su comisión.

El delito plurisubjetivo ha sido especialmente estudiado en la doctrina italiana; para Petrocelli, para que el delito sea plurisubjetivo, es necesario que la conducta de todos los sujetos sea parte integrante del ilícito, o sea conductas punibles; Pannain, por su parte, sostiene que si bien en los delitos plurisubjetivos se requiere la concurrencia de varias personas, no es esencial que todos conozcan la ilicitud del hecho, punto de vista que aceptan Rocco, Sesso, etc., en las monografías que se refieren concretamente a los delitos plurisubjetivos.

Para Sesso, "para individualizar el tipo de delito plurisubjetivo es suficiente indagar la estructura legal objetiva de la figura".

"Al concepto de delito plurisubjetivo son esenciales varios sujetos en cuanto tenga cada uno una determinada conducta: premisa que tratándose de un delito plurisubjetivo, por definición misma, al menos uno de

los sujetos debe ser sancionado con pena, o sea que por lo menos uno de los sujetos debe ser sujeto activo del delito, pero que en relación a los demás basta que se trate de cualquier conducta que sea elemento necesario de un hecho descrito en la figura legal objetiva, sin ser necesario que tal conducta sea sancionada con pena (punible en abstracto) o no corresponda al sujeto pasivo del delito, o sea que basta que se trate de sujetos activos del hecho, sin que sea necesario que ellos sean sujetos activos del delito, o no sean sujetos pasivos del mismo, por lo tanto se requiere que se trate de conductas punibles en concreto".

Como ejemplo de los delitos plurisujetivos, se menciona la simulación, en la que se requiere la concurrencia de voluntades de los activos, o dicho en otros términos, que sean sujetos activos del hecho y del delito, en cuyo caso nos encontraremos con una figura de delito plurisujetivo perfecta; el adulterio, la bigamia, el incesto, en que fácticamente no es posible su comisión sin la concurrencia activa de varias personas, aun cuando si una de ellas ignora la relación parenteral o el estado de la persona con la que yace, no cometerá delito alguno.

En este caso, nos encontramos con dos sujetos activos del hecho, pero no con dos sujetos activos del delito.

En el delito de abuso de confianza, si bien tanto el sujeto activo como el pasivo, tienen determinadas características, cuya ausencia obligaría a que el tipo se traslade a otro ilícito, o que la conducta sea atípica, la figura no puede reputarse como plurisujetiva, aun cuando en el delito deban necesariamente intervenir un sujeto que entrega y otro que recibe, por cuanto que uno es sujeto activo y otro pasivo, y en ningún caso sujetos activos y pasivos al mismo tiempo del mismo hecho.

Esto no excluye la posibilidad de que intervengan dos o más personas en la comisión del ilícito, en los términos del artículo 13 de nuestro Código Penal, o sea que intervengan en la concepción, preparación o ejecución del delito de abuso de confianza; induzcan a otro a cometerlo, auxilién o cooperen de cualquier especie en su comisión.

Sin embargo, como señala el profesor Ure, el concurso de personas en el delito de apropiación indebida, sólo puede imaginarse en casos rarísimos, pues se trata de un delito que, por su propia naturaleza, no exige la cooperación, indispensable o no, de otras personas.

Carrara presenta el caso del comprador que interviene como parte principal en el contrato que constituye el momento consumativo del delito, y sostiene que debe reputársele como coautor y no encubridor. El ejemplo corrobora, al decir de Ure, su afirmación, ya que esa única hipótesis se refiere a la situación excepcionalísima de una apropiación indebida que se consuma en el acto de la compraventa, y claro está, se entiende, que el comprador adquiere la cosa con pleno conocimiento de la conducta del que enajena.

En este supuesto, de acuerdo con nuestra legislación, no se estaría en presencia de un acto de encubrimiento; primero por la naturaleza de las

cosas; y segundo, porque no se tipifica como encubrimiento en los términos del artículo 400 de nuestro Código Penal.

Sin embargo, en mi práctica profesional, he conocido numerosísimos casos, en que nuestros tribunales han aceptado la participación en el delito de abuso de confianza, y es práctica constante que en las querellas se haga referencia, que se presenta en contra de quien o quienes resulten responsables de los hechos por lo que se formula dicha querella.

En delitos cometidos en contra de instituciones de crédito o de otro tipo de empresas comerciales e industriales, es frecuente que sean varios los sujetos que participan en su comisión, tanto más que, en nuestro país, a diferencia de lo sostenido en otras legislaciones, se ha considerado como abuso de confianza, la conducta de los cajeros al tomar para sí o para otro, los fondos que se les han confiado.

En numerosos casos, los cajeros o los cobradores, en combinación con otros empleados de las empresas, disponen de las cantidades que han cobrado o recibido, o los directores o gerentes, en combinación con otros empleados o funcionarios de las empresas, realizan actos de disposición en provecho de quienes intervienen en la comisión del delito, por lo que no podemos suscribir la opinión de Ure y de otros autores argentinos, que ven como excepcional la participación en el delito de abuso de confianza, cuando esta participación es frecuente entre nosotros, y expresamente reconocida por nuestros tribunales.

Sin adentrarnos en las discusiones sobre la naturaleza de la autoría y la participación, o el concepto amplio o restringido de autor, así como sobre la definición y diferencias entre éste, el coautor, inductor, cómplice, auxiliador o cooperador, etc., considero que, a pesar de que el delito de abuso de confianza es un delito monosujetivo, puede ser cometido por varios, y que sus conductas, referidas al tipo, encuadran en las distintas hipótesis previstas en el artículo 13 del Código Penal, pues como sostiene Rovieri, el concurso de varias personas en un delito, no es una simple creación del derecho, sino que deviene de la naturaleza misma de los hechos que admiten ser realizados por sujetos múltiples.

Para Latagliata "estas conductas de coparticipación, intrínsecamente atípicas, llegan al nivel del relieve jurídico-penal como hipótesis de concurso, solamente cuando van ligadas por una situación de accesoriedad a otras acciones cometidas por uno o varios de los concurrentes los que, a su vez, están caracterizadas por el requisito de la conformidad al tipo legal de un delito".

Al juez corresponderá en vista del hecho concreto precisar la participación en el delito y aplicar la sanción respectiva de acuerdo con sus facultades, en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Es también el delito de abuso de confianza monosubsistente, o dicho en otros términos, delito que, como sostiene Pavón Vasconcelos, es de acto único, por no permitir la actividad típica fraccionada en varios actos, razón por la que podemos sostener que es naturalmente unisubsistente,

aun cuando excepcionalmente, existiendo pluralidad de disposiciones unidas por la misma naturaleza y la misma lesión jurídica (delito continuado), pueda admitir un carácter plurisubsistente.

Esto nos conduce a plantearnos la posibilidad de la tentativa, posibilidad que ha dividido también a los juristas que opinan, unos, que el abuso de confianza, por ser delito de resultado material, la admite, en tanto que otros la rechazan, fundados en la naturaleza del delito.

Entre los autores que la admiten, aun cuando reconocen que la tentativa sólo puede darse excepcionalmente, podemos mencionar a Carrara, Maggiore y Manzini, y entre los que niegan su posibilidad, a Angelotti y Petrocelli; considero que, como lo sostiene Petrocelli, en el abuso de confianza, apropiación indebida en el derecho italiano, por la naturaleza misma del delito, no es posible la tentativa, por cuanto el acto de disposición, es un acto completo, en el que su ejecución implica su consumación.

Quien actúa como dueño en relación a la cosa que tiene, por habersele transferido la tenencia previamente, realiza y consuma el delito al mismo tiempo, sin dar oportunidad a la tentativa, a pesar de que, desde el punto de vista del resultado, el delito se puede clasificar como delito material y de daño.

3) Desde el punto de vista del resultado, el delito puede clasificarse como un delito material, de lesión o daño.

Los delitos materiales, a diferencia de los delitos formales, en los que la acción o la omisión del actor es suficiente por sí sola para consumar el delito, son aquellos que, al decir de Manzini, exigen para su consumación la verificación de un evento, o sea de un acto que modifique el mundo exterior. El delito material no puede consumarse, afirma Cuello Calón, si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener (la muerte en el homicidio; la aprehensión de la cosa en el robo, etc.).

“Recordado, apunta Manzini, que todo delito consiste en la producción de un resultado y que no existen delitos de mera intención u opinión, se tienen, desde el punto de vista del efecto, esto es, del delito en cuanto es desconocimiento de un interés personal tutelado, delitos de lesión y delitos de peligro: distinción que nuestras investigaciones han demostrado que no era desconocida a los juristas italianos de la época intermedia”.

Los delitos de lesión, agrega Manzini, son aquellos que, como elemento constitutivo o como condición de punibilidad, exigen que el hecho produzca una modificación del mundo exterior directamente lesiva del bien jurídico protegido por la ley, mediante la incriminación de que se trate.

En cambio, son delitos de peligro aquellos cuyo hecho constitutivo no produce una efectiva destrucción o disminución del bien tutelado, sino que determina solamente un peligro de perjuicio para el bien mismo o que, si produce lesión, no es tal que llegue a modificar el título del delito.

De acuerdo, pues, con los conceptos antes reseñados, el delito de abuso

de confianza puede ser clasificado como un delito material y de lesión, por cuanto al modificar el mundo exterior, causa directamente una lesión al interés jurídico protegido, que es genéricamente, el patrimonio y concretamente la propiedad.

Esta lesión se traduce en un daño, por lo que el abuso de confianza es también un delito de daño, lo que se recalca de acuerdo con la definición misma de la infracción, que principia con la frase “el que con perjuicio de alguien”.

Así, aun cuando los delitos patrimoniales, en cuyo título se agrupa el abuso de confianza, suponen necesariamente la causación de un daño, en este tipo, la referencia es expresa y concreta, de tal suerte que si no se causa daño alguno, no se integra la figura.

Sobre la naturaleza del daño o perjuicio, hicimos ya una anterior referencia, pero no es ocioso que reiteremos con el profesor Ure, las características del daño o perjuicio referido, especialmente al delito que comentamos.

El daño o perjuicio, dice el profesor Ure, debe ser:

a) Efectivo (*dammun inuira datum*). Si el perjuicio no es concreto, no es real, no es efectivo, no puede hablarse de delito.

b) Directo. Vale decir que debe ser producido como consecuencia directa de la acción punible.

c) Cierto. O sea indudable, no dudoso; y

d) Patrimonial. Si el perjuicio no es patrimonial, faltará un elemento para la configuración del delito.

La posterior devolución de la cosa al acto de disponer o el pago del daño o su reparación, no tienen influencia sobre el delito.

El delito se consuma, al decir del artículo 362 de nuestro Código Penal, cuando “en perjuicio de alguien, disponga...”; en consecuencia, si dispuesta la cosa, arrepentido el autor de su comportamiento, como ejemplifica Ure, consigue recuperarla y la restituye, o si repara el daño, el delito existe, como lo ha sostenido con razón la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

“Los actos posteriores a la consumación del delito, no influyen por lo que toca a su existencia, y en todo caso su comprobación, sino que a lo sumo repercuten en la aplicación del monto de la sanción en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal, salvo que a resultas de esos actos posteriores se extinga la acción penal por perdón del ofendido.

Finalmente, podemos afirmar que en función del resultado, el delito de abuso de confianza es un delito instantáneo, o sea que se consuma en el momento mismo en que se concretan todos sus elementos constitutivos y el efecto cesa, pues si persisten, lo es ya sin la reiteración de la actividad o inactividad delictuosa, aun en el caso de la retención.

4) Desde el punto de vista del tipo, el abuso de confianza es un delito común, simple y de acción privada.

En relación al tipo, los delitos se clasifican en delitos comunes, especiales y propios; son delitos comunes aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, aun cuando determinadas cualidades o relaciones personales puedan agravar o disminuir la imputabilidad o la responsabilidad del culpable; en tanto que especiales son aquellos delitos cuya definición exige en el sujeto activo una determinada cualidad personal, de tal suerte que no puede ser cometido sino por las personas que poseen esa cualidad.

Otros autores clasifican los delitos en comunes, especiales y propios; los primeros, ciertamente se entiende, que pueden ser cometidos por cualquiera, pero se distinguen de los especiales y propios, por cuanto los delitos comunes son los definidos en el Código Penal, y los segundos en otras leyes especiales, que forman lo que en la actualidad se conoce como Derecho Penal Especial, distinción que acepta nuestro Código Penal en su artículo 6, al disponer que "cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código", delitos especiales que, a su vez, se distinguen, como los comunes, de los delitos propios, definidos tanto en el Código Penal, como en las leyes especiales, pero que se caracterizan porque no pueden cometerse por cualquiera, sino sólo por quienes, sujetos activos, tienen una condición particular. De esta suerte, tanto el delito especial como el común, difieren del propio, ya que los primeros pueden cometerse por cualquiera, y el último sólo por aquél sujeto que reúna determinadas características.

"Entre el delito especial, sostiene Bettiol en su obra "Sul Reato Propio", previsto en una norma especial, y aquella que se origina en una limitación de la esfera de los destinatarios de la norma, subsisten profundas diferencias. El delito especial deroga siempre a la ley general, por cuanto lo ha querido así el legislador, mientras que el delito propio, que postula en el sujeto activo una cualidad particular, no deroga las normas generales".

El concepto de delito propio no deja de estar lleno de dificultades, tanto por lo que toca a su definición, como los límites y relaciones con otros institutos del derecho penal, en especial con la participación, pero como quiera que para precisar la estructura del abuso de confianza es bastante el señalar aspectos generales, nos limitaremos a dar una idea del delito propio que se entiende, como ya vimos, como aquel que únicamente pueda cometerse por quien tenga la calidad personal definida por la ley. Ahora bien, esta calidad personal puede: a) referirse sólo al sujeto activo, sin influir en el hecho, el cual, lógicamente, podría ser cometido por cualquiera, pero faltando la calidad en el agente, no configuraría el delito, o daría lugar a constituir otro; b) que influya en el hecho, de tal modo que el sujeto activo, privado de la calidad requerida, no pueda en modo alguno realizar el tipo; y c) que si bien no influye en el hecho mismo,

puede influir en las circunstancias, de tal suerte que al darse la calidad, el delito se agrava o atenúa.

El delito propio será, atento a lo que hemos señalado con anterioridad, sólo el mencionado en el punto b) pues ni el supuesto a) ni el c) comprenden lo que debe entenderse por delito propio.

En el delito de abuso de confianza es elemento del tipo la entrega de la cosa, por lo cual se ha sostenido por algunos, que nos encontramos en presencia de un delito propio, ya que no puede ser cometido por cualquiera, sino sólo por aquel al que se le ha transmitido la tenencia y no el dominio de una cosa, circunstancia que se hace más relevante en determinados casos, por ejemplo, en el de los mandatarios, tutores, albaceas, administradores, etc.; sin embargo, considero que no es esta circunstancia la que podría llevarnos a clasificar el abuso de confianza como delito propio, por cuanto es un delito cuyas diferencias con el robo o el fraude, se desprenden del hecho de que el activo ha recibido la cosa en forma lícita y para una normal finalidad jurídica o económica.

Es el acto del pasivo el que da el elemento diferenciador al abuso de confianza, y no la calidad del activo, como sucede en los delitos cometidos, por ejemplo, por funcionarios públicos, cuya comisión requiere necesariamente la calidad de funcionario o encargado de un servicio, de tal suerte que si se carece del nombramiento o no se le ha dado determinada comisión, no puede tipificarse su conducta como delito de funcionario.

En el peculado, por ejemplo, si quien dispone de la cosa propiedad de la administración, o de una empresa descentralizada, no es funcionario o encargado de un servicio público, no adecuará su conducta al tipo y se reputará al autor como sujeto activo de un abuso de confianza; en cambio, el tutor, albacea, mandatario, etc., cometerá no un delito de tutor, mandatario, albacea o administrador, por cuanto lo que tipifica su conducta no es su calidad, sino el hecho de que se le ha transmitido la tenencia, y al disponer de las cosas que se le han confiado, adecuará su conducta a la definición del abuso de confianza.

Esta transmisión, esta entrega, se hace también en el caso del peculado o del delito oficial, contemplado en la fracción XXVII del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades, pero para tipificarse es necesario que el autor de la disposición sea funcionario o encargado de un servicio público, o empleado de una empresa descentralizada.

Es, al decir de la doctrina, una posición naturalística, expresamente señalada en la ley, la que debe tener el activo para que un delito pueda ser calificado como propio, lo que evidentemente no sucede en el abuso de confianza, que se integra con determinados elementos, que lo distinguen del resto de los delitos patrimoniales, pero que no requieren que el sujeto activo tenga determinadas características.

El abuso de confianza es, además, un delito simple, como lo señalamos con anterioridad al referirnos al acto, pero que conviene contrastarlo,

además, desde el punto de vista del tipo, con los delitos compuestos y en especial con los llamados complejos, o sea aquellos en que se requiere el concurso de varios delitos, o mejor dicho, de varios hechos delictuosos comprendidos en una sola figura; por ejemplo, el homicidio y robo, que en algunas legislaciones se considera como un solo tipo, o el secuestro con amenazas graves o tormento, lesiones, etc.

Finalmente, el delito de abuso de confianza es un delito perseguible por querrela de parte, «según que el delito sea punible, por incondicionada potestad del Estado (como en la generalidad de los casos), nos dice Manzini, o condicionada a una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del mismo, o de otro sujeto, los delitos se distinguen en delitos perseguibles de oficio y en delitos punibles sólo mediante querrela o instancia».

Conforme a lo previsto por el artículo 385 de nuestro Código Penal, el delito de abuso de confianza es un delito que solamente se persigue a petición de parte ofendida, presupuesto que, como vimos, da especial importancia al pasivo, en la figura que estamos estudiando, por cuanto exige una serie de requisitos que se irán detallando en su oportunidad.

Sobre la conveniencia o no de aceptar los llamados delitos privados, entre los que se ubica el abuso de confianza, se ha discutido abundantemente en doctrina, inclinándose los autores, unos por rechazarlos, ya que consideran que la persecución de los delitos no puede quedar a la voluntad de los particulares, y otros aceptándolos, por cuanto sostienen que además del interés del Estado en la persecución de los ilícitos, existen determinadas circunstancias que obligan a ponderar la conveniencia o no de ejercitar una acción penal, en conflicto con intereses superiores que no puede siempre, fríamente, ser valorados por el Estado, como en los casos en que se afecta a los derechos de familia, v. gr.: en el adulterio, en el robo entre cónyuges, el estupro, etc., o cuando los límites entre lo civil y lo penal, no siempre son precisos, como en el abuso de confianza; «la elección de los delitos, dice Manzini, cuya punibilidad debe condicionarse a la manifestación y a la permanencia de la voluntad conforme del particular ofendido, constituye, en todo caso, argumento de política penal. La misma tiene por objeto delitos cuya perpetración implica, además de una lesión del orden jurídico general, una violación de derechos subjetivos o de intereses protegidos correspondientes a particulares y por éstos en todo o en parte disponibles».

Por otra parte, y por lo que toca a la naturaleza del delito, si bien la querrela se ha considerado bien como un simple obstáculo procesal, o un impedimento procesal, algunos juristas la reputan como condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso repercute sobre la esencia del delito mismo, pues la ausencia de la querrela o su remisión, quita al hecho el carácter delictuoso y lo hace indiferente.

5) Por último, desde el punto de vista de la antijuridicidad, podemos clasificar el abuso de confianza como un delito de intención, concretado

en el acto de disposición, que supone necesariamente el actuar como dueño respecto a la cosa.

Al referirnos a la intención, aceptamos la existencia de elementos subjetivos en la antijuridicidad, ya que es frecuente que en los códigos penales, al describir los tipos, se agreguen ingredientes subjetivos a los elementos objetivos que por naturaleza le son propios.

En la doctrina moderna, se ha tratado de colmar la frontera de lo objetivo, reservando únicamente a la antijuridicidad, y de lo subjetivo a la culpabilidad, al reconocer que es frecuente encontrar elementos subjetivos, referidos a las actitudes o finalidades de las personas, en cuanto a sus actividades o conductas.

En el robo, por ejemplo, afirmamos, que es una de las figuras más intensamente acusada de ingredientes subjetivos, aun en legislaciones como la nuestra, en que no se hace referencia al «ánimo de lucro» o «en provecho», «o con el ánimo de apropiarse», etc., pues el apoderamiento está compuesto de un elemento objetivo, la movilización de la cosa, mas un elemento subjetivo, el propósito de hacerla entrar en su esfera de poder, elementos que no es posible disociar.

Como en el robo, y en general en todos los delitos patrimoniales, en el abuso de confianza el acto de disposición se encuentra coloreado por un ingrediente subjetivo, el actuar como dueño.

Por eso es que entendemos que el abuso de confianza es un delito de intención, pues subjetivamente, el activo en su fuero interno intenta obrar como dueño respecto a la cosa que tiene en su poder.

Estos elementos subjetivos de la antijuridicidad se explican, como afirma del Rosal, por cuanto el derecho en ocasiones «está flechado por la actitud interna de la persona: hinca su base de valoración en la posición psíquica o en los propósitos o deseos en lo que relaciona la descripción objetiva de una actitud o modo de ser del agente, de suerte que la acción antijurídica requiere hallarse integrada de esos elementos subjetivos de la antijuridicidad.

De este modo tenemos que en estos supuestos, la estimación jurídico-penal penetra hasta la interioridad de la persona, sirviendo de apoyo la simple conducta externa realizada». Sin la intención, elemento subjetivo de la antijuridicidad, de actuar como dueño, de desviar la cosa de la finalidad jurídica y económica que motivó su entrega, de faltar a la confianza, en una palabra «disponer», verbo que integra el núcleo que estudiamos, no puede existir el abuso de confianza.