



209  
24.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**

**CAMPUS ARAGÓN**

**“ESTUDIO Y CRITICA SOBRE EL  
REQUERIMIENTO EN EL DELITO DE  
RETENCION INDEBIDA”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

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

**VIOLETA HERNANDEZ MARTINEZ**

**ASESOR:**

**LIC. RODOLFO MARTINEZ ARROYO**

**MÉXICO**

**1998**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

267131



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

**A MI HIJO: ALLAN MORGAN HERNANDEZ.**

A QUIEN DEDICO TODO LO QUE SOY  
Y PUEDO DAR, CON TODO MI AMOR  
Y RESPETO. GRACIAS POR ESTAR  
CONMIGO.

**A MIS PADRES:**

**EMIGDIO HERNANDEZ ALANIS.**

**PAZ MARTINEZ MUCIENTES.**

LAS PALABRAS NO BASTARIAN PARA AGRADECERLES  
TODO EL AMOR Y CARIÑO QUE ME HAN BRINDADO;  
PERMITANME AGRADECER SU APOYO Y COMPRESION.  
GRACIAS A AMBOS POR DARME LA VIDA.

**A MI HERMANO: EMIGDIO HERNANDEZ MARTINEZ.**

GRACIAS POR BRINDARME TU APOYO,  
ESPERO MUY PRONTO VERTE REALIZANDO  
TU TRABAJO DE TESIS. LO MEJOR DE LA  
VIDA PARA TI.

**AL LIC. ARTURO MORGA MORENO.**

NO QUEDA MAS QUE AGRADECER  
EL TIEMPO COMPARTIDO Y GUARDAR  
EL MEJOR DE LOS RECUERDOS. GRACIAS.

**AL LIC. PEDRO ABELARDO FARO PADRON**

QUIEN ES UN EXCELENTE PROFESIONISTA Y  
EL MEJOR DE LOS AMIGOS; GRACIAS POR TU  
CONFIANZA Y POR ESTAR PRESENTE  
CUANDO HE PASADO POR MOMENTOS  
DIFICILES

**AL LIC. RAUL ARIEL VAZQUEZ ACEVEDO**

GRACIAS POR BRINDARME LA CONFIANZA Y  
PERMITIRME FORMAR PARTE DE SU EQUIPO. A  
USTED DEBO EL DESARROLLO PROFESIONAL  
ALCANZADO. CON TODO RESPETO Y  
ADMIRACION.

**A TODOS MIS FAMILIARES Y AMIGOS.**

QUE SIEMPRE ESTUVIERON PRESENTES, Y  
SON PARTE DE ESTE TRABAJO. GRACIAS.

**A MI ASESOR: LIC. RODOLFO MARTINEZ ARROYO.**

POR SER LA PERSONA QUE HACE POSIBLE  
LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.  
GRACIAS POR SU COLABORACION Y  
APOYO.

## INDICE

### ESTUDIO Y CRITICA SOBRE EL REQUERIMIENTO EN EL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

INTRODUCCION .....	I
--------------------	---

#### CAPITULO PRIMERO

##### MARCO HISTORICO DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

1.1 REFERENCIA HISTORICA.....	1
1.1.1 ROMA .....	2
1.1.2 ITALIA .....	5
1.1.3 ALEMANIA .....	7
1.1.4 FRANCIA .....	9
1.2 LEGISLACION MEXICANA .....	10
1.2.1 CODIGO PENAL DE 1871 .....	11
1.2.2 CODIGO PENAL DE 1929.....	17
1.2.3 CODIGO PENAL DE 1931.....	21

#### CAPITULO SEGUNDO

##### ESTUDIO SOBRE EL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

2.1 CONCEPTO LEGAL DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.....	27
2.2 BIEN JURIDICO TUTELADO .....	32

<b>2.3 PRESUPUESTO DEL DELITO .....</b>	<b>34</b>
<b>2.3.1 POSESION CIVIL .....</b>	<b>40</b>
<b>2.3.2 TENENCIA PENAL.....</b>	<b>44</b>
<b>2.4 ELEMENTOS DE LA DEFINICION LEGAL .....</b>	<b>48</b>
<b>2.4.1 LA ILEGITIMA POSESION DE LA COSA RETENIDA .....</b>	<b>50</b>
<b>2.4.2 EL REQUERIMIENTO TIEMPO Y JURISDICCION .....</b>	<b>59</b>
<b>2.4.3 LA NEGATIVA A DEVOLVER LA COSA .....</b>	<b>61</b>
<b>2.5 JUSTIFICACION DEL TIPO DE RETENCION INDEBIDA ATENTO A LO DISPUESTO EN LA LEGISLACION PENAL .....</b>	<b>62</b>

**CAPITULO TERCERO**

**ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA  
EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE  
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

<b>3.1 CONDUCTA O HECHO.....</b>	<b>64</b>
<b>3.1.1 LA CONDUCTA EN LA RETENCION INDEBIDA.....</b>	<b>72</b>
<b>3.1.2 LA AUSENCIA DE CONDUCTA .....</b>	<b>73</b>
<b>3.2 TIPICIDAD .....</b>	<b>80</b>
<b>3.2.1 EL TIPO Y SUS ELEMENTOS .....</b>	<b>81</b>
<b>3.2.2 CLASIFICACION DEL TIPO.....</b>	<b>91</b>
<b>3.2.3 TIPO, TIPICIDAD Y CLASIFICACION DE LA RETENCION INDEBIDA EN ATENCION AL TIPO.....</b>	<b>93</b>
<b>3.2.4 ATIPICIDAD.....</b>	<b>99</b>
<b>3.3 ANTIJURIDICIDAD .....</b>	<b>103</b>
<b>3.3.1 CAUSAS DE JUSTIFICACION .....</b>	<b>105</b>
<b>3.4 CULPABILIDAD .....</b>	<b>112</b>
<b>3.4.1 FORMAS DE CULPABILIDAD.....</b>	<b>114</b>
<b>3.4.2 INCULPABILIDAD.....</b>	<b>115</b>

<b>3.5 PUNIBILIDAD .....</b>	<b>120</b>
<b>3.5.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....</b>	<b>122</b>

**CAPITULO CUARTO**

**ANALISIS JURIDICO SOBRE EL REQUERIMIENTO COMO ELEMENTO  
CONSTITUTIVO DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA**

<b>4.1 CONCEPTO DE REQUERIMIENTO .....</b>	<b>124</b>
<b>4.2 EL REQUERIMIENTO EN LA LEGISLACION CIVIL .....</b>	<b>126</b>
<b>4.3 EL REQUERIMIENTO EN LA LEGISLACION NOTARIAL.....</b>	<b>139</b>
<b>4.4 EL REQUERIMIENTO EN LA LEY DE CORREDURIA PUBLICA.....</b>	<b>147</b>
<b>4.5 EL REQUERIMIENTO EN LA LEY PENAL .....</b>	<b>153</b>
<b>4.5.1 JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>164</b>
<b>4.6 PROPUESTA AL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL .....</b>	<b>167</b>
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	 <b>170</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	 <b>173</b>

## INTRODUCCION

La actividad humana se muestra cada vez más compleja en cuanto a sus relaciones jurídicas, ya que no solo se tratan de actos que tengan efectos instantáneos y translativos de dominio, por el contrario el derecho regula los derechos y obligaciones a que se sujetan las partes, como consecuencia de actos o contratos jurídicos ya sea de efectos instantáneos o permanentes. Tal es el caso del abuso de confianza, que surge de un acto jurídico o un contrato que no transfiere el dominio, y que obliga a otro a cumplir lo pactado, para más tarde convertirse en sujeto activo, por la conducta que despliega en relación con el bien que le fue transmitido en tenencia.

La presente obra tiene como fin mostrar a los lectores una problemática real de interpretación jurídica que contiene el delito de abuso de confianza en su modalidad de retención indebida. Dentro de este tipo penal surge el elemento requerimiento, que por lo extensivo de esta frase, deja abierta la posibilidad de realización a diversas formas; dando como resultado que no exista unificación de criterio en cuanto a la manera en que deba darse cumplimiento.

Antes de adentrarse al estudio del requerimiento, se hace necesario estudiar ésta figura desde sus orígenes, ya que resulta relevante la forma en que fue evolucionando; de contemplarse dentro de la figura del furtum, hasta alcanzar plena independencia, por considerarse que se trata de dos conductas diferentes, que si bien ambas protegen el patrimonio surgen de diversa forma. Por cuanto hace a la legislación mexicana se observara a través de los códigos que han regido al país, la evolución y surgimiento de la ilegítima retención como actualmente se le conoce.

En la segunda parte de este trabajo se conceptualizan y analizan los elementos que integran el delito de retención indebida, desmembrando y estudiando cada uno por separado; con ello se llega al elemento "requerimiento formal" que exige el legislador, mostrando el alcance que tiene este término y la necesidad de limitarlo para ser aplicado dentro de la figura típica en estudio.

Dentro del tercer capítulo aparecen los elementos de la teoría del delito aplicados directamente al delito de abuso de confianza en su modalidad de ilegítima retención, así como los aspectos negativos que quitan a esta figura la categoría de delito.

Como resultado del análisis de los elementos que integran la definición del delito de ilegítima retención, se determina que es en el requerimiento donde surgen elementos de valoración jurídica. Para dar cabal cumplimiento a lo exigido por el legislador se decidió dejar en exclusiva un capítulo en donde se analizara el requerimiento.

El capítulo cuarto refleja la problemática de interpretación jurídica por cuanto hace al requerimiento formal que exige el tipo de abuso de confianza en su modalidad de retención; en razón a esta situación se contemplan diversas formas de realizar un requerimiento, estudiándose en materia civil, notarial, de correduría pública y penal; con esto se pretende demostrar la necesidad de unificar criterios en cuanto a la forma en que debe cumplirse con el requerimiento formal

---

**CAPITULO PRIMERO**

***MARCO HISTORICO DEL DELITO DE RETENCION  
INDEBIDA.***

---

## CAPITULO PRIMERO

### MARCO HISTORICO DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

#### 1.1 REFERENCIA HISTORICA

El delito de retención indebida tiene su origen en el abuso de confianza por ser una forma específica de éste. En razón a esta situación es importante estudiar sus antecedentes.

Los pueblos mas antiguos crearon en forma empírica y casuística una noción de hechos constitutivos de lo que hoy se conoce como abuso de confianza. En el código de Manú y en el Levítico se encuentran los primeros antecedentes de este delito, en ellos se consideraba abuso de confianza la negativa de tener una cosa luego de haberla efectivamente recibido, ésta conducta era equiparada al hurto. La ley de las Doce Tablas contemplaba dos casos de apropiación indebida dentro del furtum. la apropiación de los bienes del puplio por su tutor; así como la apropiación de las cosas entregadas en depósito. En el Derecho Griego al igual que en la Edad Media no se realizó ningún adelanto pues continuo considerando al abuso de confianza dentro de la descripción del hurto.\*

Posteriormente tras una lenta evolución alcanzo su autonomía en la legislación francesa, a quien corresponde el mérito de haber dado una formulación determinada al abuso de confianza, separándolo definitivamente de la figura del hurto. Fue a partir de esta formulación que todas las legislaciones tomaron de modelo este avance para adecuarlo a su sistema jurídico.

---

\* Cf: J URE, Ernesto. El Delito de Apropiación Indebida. Editorial Ideas, Buenos Aires 1943, p.p. 14 y 15

El abuso de confianza ha sido incluido en algunas legislaciones dentro de la reglamentación del robo o como una forma de defraudación; existiendo otra tendencia que consiste en separarlo de estas especies de delitos patrimoniales, así tenemos por ejemplo: que el código italiano lo denomina *appropriazione indebita*; el código francés *abus de confiance*; el código argentino lo denomina *apropiación indebida*, ubicándolo dentro de las defraudaciones.

Es congruente la censura a los códigos anteriores por encontrarse comprendido el delito de apropiación indebida dentro de la figura de la estafa, siendo que existe una diferencia radical entre la acción de apropiarse de la cosa y la acción de operar fraudulentamente en contra de determinada persona. Toda vez que en la apropiación indebida la entrega de la cosa es totalmente lícita quebrantándose con posterioridad a ésta la confianza, a través de la disposición o la retención; en cambio la estafa recae sobre bienes que en muchas ocasiones no están en posesión del inculpado, quien realiza acciones fraudulentas para alcanzar sus objetivos delictivos.

La evolución que a tenido el abuso de confianza resulta de gran importancia por lo que a continuación se dará una breve reseña de éste delito, sin que se haya encontrado un antecedente independiente de lo que hoy conocemos como abuso de confianza.

### 1.1.1 ROMA

El delito de abuso de confianza tiene su origen en Roma, el cual se encontraba comprendido en la amplia descripción del *furtum*. "Etimológicamente *furtum*, relacionado con *ferre*, es llevarse cosas ajenas, sin fundamento en un derecho."<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> FLORIS MARGADANT S., Guillermo; El Derecho Privado Romano, Editorial Porrúa, 11a. edición, México 1989, p.433

“El hurto era, en Derecho Romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión.”<sup>2</sup>

En materia de *furtum* se reputaba “la apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer.”<sup>3</sup>

En esta época antigua no se hacía distinción entre el abuso de confianza y el *furtum*, ya que ambos hacían referencia al rasgo característico que consistía en la apropiación injusta del bien ajeno y solo interesaba que el resultado ilícito se obtuviera por la vía de la toma de la cosa sin consentimiento o por el abuso de la posesión material.

Para la integración de éste delito era necesario se reunieran los siguientes elementos:

- 1.- Que se diera el acto de sustracción de la cosa para apoderarse de ella; el hecho de apropiársela o de disponer de ella.\*
- 2.- La conciencia de obrar en contra de los derechos de un tercero.\*
- 3.- Que la conducta sea realizada en contra de la voluntad del propietario.\*
- 4.- Que el sujeto tenga la intención de obtener un lucro; ya que si sólo a querido causar un perjuicio, no comete hurto.\*

<sup>2</sup> PETIT, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1984, p. 456

<sup>3</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Delitos Contra el Patrimonio, Editorial Porrúa, 8a edición, México 1997, p. 165

\*Cfr. PETIT, Eugene, ob. cit. p. 456

Los romanos contemplaron el hecho de que el ladrón solo quiera atribuirse el uso o la posesión de la cosa que tiene en su poder; por lo que se distinguió entre hurto de uso y hurto de posesión. El hurto de uso fue considerado como todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno que se detenta o se tiene en posesión, haciendo de él un uso ilícito. Por ejemplo “El *furtum de usus* cometido por el depositario, el acreedor prendario o el comodatario que utilizaba el objeto prestado en forma prohibida por el comodante.”<sup>4</sup>

El hurto de posesión surge cuando el propietario de una cosa retira dolosamente la cosa a la persona que tenía derecho de poseerla, por ejemplo el deudor quita a su acreedor la cosa que a dado en prenda o cuando el mismo propietario quita la cosa al poseedor de buena fe.

El hurto representa una figura muy amplia y desde esa época se observa que con la forma de hurto de uso, se esta en presencia de un abuso de confianza en razón de que el sujeto activo previamente tiene la posesión y hace del objeto un uso indebido para obtener un beneficio.

La ley de las XII Tablas castigaba severamente al hurto. Para el hurto manifiesto, es decir, cuando el ladrón era sorprendido inflagrante o cuando el ladrón era sorprendido, aún cargando con la cosa robada, antes de llegar al lugar donde quería llevarla, era castigado con una pena capital entendiéndose con ello no solo la pena de muerte, sino también la “*capitis diminutio*”; pudiendo también ser azotado o ser atribuido como esclavo a la víctima del hurto. El hombre libre era atribuido como esclavo a la víctima del hurto; el esclavo era precipitado de la roca Tarpeya. En caso de delito no flagrante, es decir, de hurto no manifiesto el culpable era sancionado con una pena pecuniaria, y que consistía en pagar a la víctima una multa equivalente al doble del perjuicio causado.\*

Estas penas fueron impuestas basándose en la idea de que el ladrón sorprendido con lo robado en sus manos era culpable; mientras que el ladrón sospechoso de serlo por la posesión de

<sup>4</sup> FLORIS MARGADANT ob. cit. p.433

\* Cfr PETIT, Eugene. ob. cit. p.457

los objetos robados o los indicios no otorgaba certeza de su culpa y por esa razón la ley de las XII tablas le infringía una pena pecuniaria.

En fecha incierta y debido a la severidad de las sanciones el pretor instituyó una multa del cuádruplo, consistente en el pago de cuatro veces el daño causado a la víctima, tomando en consideración el valor del objeto robado. Esta reforma trae a cargo del ladrón solo la obligación de pagar una multa; el duplo para el hurto no manifiesto y el cuádruplo cuando el robo era manifiesto.

“La cantidad que debe ser duplicada o cuadruplicada, para formar el importe de la condena, representa el interés que tenía el demandante en no ser robado. Este interés no puede ser inferior a la estimación del objeto robado en el momento del hurto. Pero puede ser superior, pues al valor intrínseco de la cosa se unen a menudo otros elementos; así, cuando es un esclavo instituido heredero quien ha hurtado, hay que tener en cuenta el valor de la sucesión. Por otra parte, si la cosa hurtada adquiere una plus valía, hay que estimar el interés del demandante según el valor más alto que haya alcanzado después del hurto.”<sup>5</sup>

Como ya quedo establecido el concepto de “furtum” era tan amplio que no solo se refería al acto de apoderamiento de la cosa ajena, sino que comprendía todo aprovechamiento ilegal de un objeto. recayendo en tal precepto el abuso de confianza.

### 1.1.2 ITALIA

La legislación italiana denomina al delito de abuso de confianza *appropriazione indebita*. En la doctrina Carrara define al abuso de confianza como “la apropiación dolosa de una cosa

---

<sup>5</sup> PEIT, Eugene: ob. cit. p. 458

ajena. que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio, y para un uso determinado.”<sup>6</sup> Explica que habrá abuso de confianza cuando la cosa entregada se distraiga del objeto para el cual fue entregado; sin contemplar el hecho de conservarla o de devolverla a su dueño

El antecedente de la apropiación indebida lo encontramos en la Carolina donde cometía este delito “el que, consciente y fraudulentamente, haya dispuesto de un bien ajeno cuya conservación y custodia se le hubiese confiado, comete una acción que debe ser penada como hurto.”<sup>7</sup>

La doctrina italiana distinguió al abuso de confianza de la administración fraudulenta, la cual se considera como una especie de abuso. Carrara hizo la siguiente distinción: “Aunque éste delito pertenezca a la familia de los abusos de confianza, se distingue de ellos por algunas particularidades. que son: 1) que no recae sobre un solo objeto, sino sobre un conjunto de varios; 2) que mientras en el abuso de confianza el delito recae de ordinario sobre una cosa que antes estaba en poder del dueño que la entregó con un fin determinado al culpable, en la administración fraudulenta el delito recae, en la mayoría de los casos, sobre cosas que verdaderamente nunca ha tenido la víctima en su poder material; 3) que el reo de administración fraudulenta no comete delito al actuar como propietario sobre los objetos que administra, sino al no darle fiel y exacta cuenta de ellos al que debe dársela.”<sup>8</sup>

La administración fraudulenta se encontraba inmersa en el abuso de confianza; a pesar que se denotan dos acciones distintas consistentes en apropiarse del bien que se tiene en posesión; y la acción de actuar fraudulentamente en contra de los bienes que han sido confiados; las diferencias señaladas no tuvieron mayor importancia ni trascendencia.

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco; Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. IV, Editorial Temis, 4a. edición, Bogotá Colombia 1987, p 364

<sup>7</sup> J URE, Ernesto, El Delito de Apropiación Indebida, Editorial Ideas, Buenos Aires 1943, p.15

<sup>8</sup> CARRARA, Francesco, ob cit p 388

Tras su evolución la apropiación indebida reglamente en ella “la aprobación de las cosas recibidas con obligación de restituir o de hacer un uso determinado, el abuso de firma en blanco y las apropiaciones de cosas perdidas que han sido entregadas por error o de tesoros”,<sup>9</sup> establece para su persecución la querrela necesaria.

### 1.1.3 ALEMANIA

Al derecho germánico se atribuye una etapa de evolución, por distinguir entre hurto propio y hurto impropio, esta distinción tuvo como fin el mitigar las severas penas con que se reprimía el hurto. Los romanos no utilizaron la distinción entre hurto propio e impropio; pues solo conocían del hurto y a él se refirieron y equipararon diversas figuras que hoy conocemos con otra denominación distinta, y solo distinguían con el nombre de “estelionato” a aquellos actos que se realizaban por medio de falsedad.

Se considero que en el hurto se violaba la propiedad y la posesión, en razón a esta circunstancia se observo que cuando se viola la propiedad con intención de lucro, pero sin dañar la posesión por encontrarse ya fuera de la esfera del propietario, le faltaba al hurto la violación de la posesión y en atención a este hecho, sin dejar de considerarlo hurto, se le dio la denominación de hurto impropio. castigándose en forma menos severa.

“Se tomó como criterio distintivo de ambas categorías la preexistencia o no de una especie de posesión (gewere) en el culpable reservándose a la denominación de hurto impropio para las situaciones en que el culpable ya se hallaba en poder de la cosa ajena, generalizándose luego la designación de hurto propio a las cosas en que <contractare rem contra domini voluntatem>, y de impropio cuando la cosa fuese aceptada a dominio, <uti aliter quam conventium esset>. La

---

<sup>9</sup> GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco; **Derecho Penal Mexicano. Los Delitos**, Editorial Porrúa, 26a. edición, México 1993. p.227

apropiación indebida y la estafa -*etellionatus*- pasaron, entonces a formar parte de la categoría del *furtum impropium*.”<sup>10</sup>

Para ambas situaciones se toma como punto de partida la posesión de la cosa; de ahí que si ésta ya se encuentra en posesión del ladrón, se trata de un hurto impropio; y de hurto propio cuando la cosa se obtiene en contra de la voluntad del propietario o del poseedor.

Esta distinción ajena a los romanos, fue realizada en base a dos criterios jurídico y de política; “jurídico porque en ambos casos es distinto el derecho violado; política, porque hay mucha diferencia entre la perturbación que en la opinión de la seguridad produce el hecho audaz del verdadero ladrón, y la que produce una acción en la cual (en la mayoría de los casos) no puede ser víctima el propietario sino por su demasiada condescendencia, credulidad o descuido.”<sup>11</sup>

Es de observarse que se está en presencia de dos figuras distintas, sin que aún se logrará su separación; el rasgo común a ambas figuras es la ilicitud de la conducta del delincuente; la diferencia radica en el grado de peligrosidad y la forma de comisión del delito.

El hurto impropio consiste “en la violación del derecho de propiedad, no acompañada de la violación de la posesión”.<sup>12</sup> en esta clasificación se encontraron incluidas las figuras de abuso de confianza, administración fraudulenta y estelionato.

Lo que es hurto impropio no es hurto por faltarle el elemento de la sustracción de la cosa en contra de la voluntad de la víctima; por lo que fue necesario dar a éstos hechos que no son hurtos una denominación especial que los haga distintivos entre ellos y a su vez del hurto.

<sup>10</sup> J URE ob cit. p 16

<sup>11</sup> CARRARA, Francesco; ob cit p.356

<sup>12</sup> Ibidem. p 357

Pavón Vasconcelos menciona que en la legislación alemana se hace la distinción a dos figuras en el abuso de confianza: “la *unterschlagung* que consiste en la apropiación de una cosa mueble que se tiene en posesión o custodia; y la *Untreue*, infidelidad, que castiga a los tutores, curadores, apoderados, etc; que actúan intencionalmente en perjuicio de la persona confiada. De este modo se diferencian la apropiación indebida y la administración fraudulenta.”<sup>13</sup>

#### 1.1.4 FRANCIA

“La antigua jurisprudencia francesa continua la tradición Romana. *Muyart de Vouglans* decía: El robo no se comete solamente por la sustracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etc. Los robos de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena.”<sup>14</sup>

La legislación francesa marca la línea divisoria entre el delito de abuso de confianza y los demás delitos patrimoniales, dándole autonomía. Su primera configuración la encontramos en la Revolución Francesa en la ley del 29 de septiembre de 1791, donde se sancionaba con la degradación cívica a aquellos que realizaran disposiciones de las cosas confiadas en depósito a su autor.

La citada ley del 29 de septiembre de 1791 separo el abuso de confianza del hurto y le da la categoría de delito autónomo: fue legislado en el capítulo denominado “*l’abus de confiance*” con la siguiente redacción: “*quinconque sera convaincu d’avoir détourné a son profit, ou dissipé, des effets, marchandises, deniers, titres de propriété, ou autres, emportant obligation ou décharge,*

<sup>13</sup> PAVON VASCONCELOS. *Comentarios de Derecho Penal*, ob. cit. p. 168

<sup>14</sup> GONZALEZ DE LA VIGA, ob. cit. p.221

et toutes propriétés mobilières, qui lui avaient été confiées gratuitement, a la charge de les vendre, ou de les représenter, ser puni de la peine de la dégradation civique.”<sup>15</sup> Lo que se puede traducir de la siguiente forma: Cualquiera que haya ingresado a su patrimonio o disipado efectos, mercancías, géneros, títulos de propiedad u otras que lleven obligaciones o daciones en todas las propiedades muebles que le hubieren sido confiadas gratuitamente o para que las vendiera o las representara será castigado con la pena de degradación cívica.

Con el Código de Napoleón de 1810 el delito de abuso de confianza tuvo mayor alcance y se logró su verdadera redacción la cual sirvió de modelo para que las legislaciones extranjeras hicieran suyo este avance introduciendo en su sistema jurídico la figura de abuso de confianza. “Hasta 1832 la ley de 28 de abril extendió la pena de degradación cívica para el incumplimiento de los contratos de comisión en forma delictuosa; y la ley de 13 de mayo de 1863 fijó las actuales bases del delito, reformando el artículo 408 de la ley francesa de 1832 y estableciendo: Que el que en perjuicio del dueño, poseedor o detentador, DISTRAJERE O DISIPARE efectos, dinero, mercancías, billetes, cartas de pago o cualquier otro documento que produzca o lleve consigo una obligación o descargo, que se le hubiere entregado en depósito o por virtud de un empleo asalariado con cargo de devolverlos o presentarlos o de aplicarlos a un uso determinado sufrirá las penas que señala el artículo 406.”<sup>16</sup>

## 1.2 LEGISLACION MEXICANA

Nuestro país nace a la vida jurídica después de una lucha de independencia, con serios atrasos económicos y sociales; pero lleno de aspiraciones y sentimientos propios como un pueblo libre.

<sup>15</sup> J. URE, ob. cit. p. 16

<sup>16</sup> DE P. MORENO, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano. Delitos en Particular. Volumen VIII. Editorial Jus México 1944, p. 74

“La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivo el pronunciamiento de disposiciones tendientes a *remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación*. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas; así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.”<sup>17</sup>

El primer código en materia penal fue expedido en el Estado de Veracruz por decreto del 8 de abril de 1835; proyecto que había sido elaborado desde el año de 1832. Se tiene conocimiento que el Estado de México redactó en 1831 un *código penal sin que llegara a tener vigencia*. A continuación se hará una breve reseña de los códigos que han regido a nuestra ciudad, haciendo mención de la evolución que ha tenido el delito de abuso de confianza y del surgimiento de la retención indebida como una modalidad de abuso de confianza.

### 1.2.1 CODIGO PENAL DE 1871

Siendo presidente de la República Benito Juárez procedió a organizar una comisión redactora para la elaboración del proyecto de código penal federal mexicano, sin que esto llegara a concluir debido a la invasión francesa. Una vez vuelto el país a la normalidad, el 28 de septiembre de 1868 se formó la nueva comisión, “integrada por los señores licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona que trabajó teniendo como modelo de inspiración el código español de 1870; al año siguiente (7 de diciembre de 1871) fue aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California *en materia común y para toda la República en la federal*, el día primero de abril de 1872. Este ordenamiento se conoce como

<sup>17</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, 23a. edición, México 1986, p.45

código de 71 o Código de Martínez de Castro y se afilió como su modelo a las tendencias de la Escuela Clásica. Estuvo vigente hasta 1929.”<sup>18</sup>

El Código Penal de 1871 siguió como ejemplo el código español de 1870, con una tendencia Clásica. “establece como base de la responsabilidad penal la moral fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (art. 34, fr. I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (art. 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimo el arbitrio judicial (arts. 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (arts. 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota afflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (art. 92, fr. X) y, para la prisión se organiza el sistema celular (art. 130).”<sup>19</sup> Este código se encuentra “formado por 1150 artículos, se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre delitos en particular y una última sobre faltas.”<sup>20</sup> A este código se le atribuyen dos innovaciones para su tiempo consistentes en la creación del delito intentado y la libertad preparatoria.

En lo referente al delito de abuso de confianza Martínez de Castro en la exposición de motivos del Código Penal de 1871 señala: “El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante, y la comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo un delito especial, como lo han hecho el Código Francés y todos los posteriores, porque actualmente son dos delitos diversos el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio.”<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Ibidem, p. 46

<sup>19</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 15a. edición, México 1986, p. 126

<sup>20</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1990, p. 113

<sup>21</sup> GONZALEZ DE LA VEGA; *ob. cit.* p. 226

Siguiendo a la legislación francesa México adopta la denominación de abuso de confianza; la contempla en el código penal de 1871; se localizaba en el LIBRO TERCERO DE LOS DELITOS EN PARTICULAR. TITULO PRIMERO Delitos Contra la Propiedad. CAPITULO IV Abuso de Confianza.

Fue equivoco ubicar al abuso de confianza dentro de los delitos contra la propiedad ya que con ello se entienden regulados únicamente el derecho a la propiedad, cuando es evidente que también se pueden causar daños al patrimonio de un poseedor, acreedor o de cualquier persona, que tenga derechos sobre los bienes en que recae el delito. El abuso de confianza fue reglamentado por el Código de Martínez de Castro bajo dos supuestos; como circunstancia agravante en el artículo 405 y como delito típico en el artículo 407.

*"Art. 405. Hay abuso de confianza: siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él a depositado, y que no procuró granjearse con ese fin."*

Como se puede observar, este ordenamiento considero al abuso de confianza como una circunstancia agravante en la comisión de un ilícito. Consistía en la deslealtad del delincuente contra su víctima, y que no debe confundirse con el abuso de confianza típico.

En ese mismo ordenamiento aparece tipificado el delito de abuso de confianza, bajo la siguiente redacción:

*"Art. 407. El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo ó en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco ó en papel moneda, de un documento que importe obligación liberación o transmisión de derechos, ó de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de un contrato que no le transfiera el*

*dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichas cosas un robo sin violencia.”*

Es en este precepto donde se observa el nacimiento de la figura típica de abuso de confianza, al respecto se hacen los siguientes comentarios:

- a) No debería mencionarse la palabra “fraudulentamente” ya que fue considerado como un delito autónomo y no como una forma específica de fraude.
- b) En dicho precepto se enumeran determinados objetos en los que puede recaer el abuso de confianza, pero resulta de utilidad hasta nuestros días, que desde éste código se haya mencionado la frase “cualquiera otra cosa ajena mueble”.
- c) La acción del delito consiste en la disposición; ésta acción perdura hasta la fecha en la figura genérica de abuso de confianza.
- d) Si fue considerado el abuso de confianza como delito autónomo, no debiera sancionarse como si se cometiera un robo sin violencia.

A la persona que cometía el delito de abuso de confianza se le penaba como si hubiera cometido un robo sin violencia, agregándose a la pena señalada la suspensión del delincuente en el ejercicio de su profesión, destitución del cargo o destitución de empleo siempre y cuando tuviera las cualidades señaladas en el artículo 410.

*“Art. 410. A la pena que corresponde con arreglo al art. 407, se agregará:*

*“1. La de quedar suspenso el delincuente en el ejercicio de su profesión, desde dos meses hasta un año, si cometiere el*

*abuso de confianza en cosas que hubiere recibido con el carácter de abogado, de escribano, actuario o notario, procurador, agente de negocios ó corredor;*

*"II. La destitución de cargo, si cometiere el abuso un tutor, un ejecutor testamentario o albacea, un depositario judicial, un sindico ó administrador de un concurso ó de un intestado, en cosas que les hayan confiado con ese carácter;*

*"III. La destitución de empleo, si el abuso lo cometiere un correo en la correspondencia que se le haya entregado para su conducción."*

El artículo 407 tras las reformas del 6 de mayo de 1889 y 6 de septiembre de 1896 quedo redactado de la siguiente manera:

*"Art. 407. El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo ó en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco ó en papel moneda, de un documento que importe obligación liberación o transmisión de derechos, ó de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichas cosas un robo sin violencia."*

De los trabajos de revisión del código penal de 1871, en relación al artículo 407 se dice: "la comisión estuvo conforme, en principio, con la reforma de 1896; pero considerándolo

conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no sólo los contratos, sino también los simples actos como la tutela, albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles sin transferir su dominio, es de opinión que en vez de decir: cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: cosa ajena mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio, expresión más genérica que comprende no sólo los contratos sino también cualquier acto.”<sup>22</sup>

El primer antecedente de la retención indebida, se tiene en el artículo 409, en donde se contempla que si faltaba el fin de apropiarse o de disponer ella como dueño no hay lugar a abuso de confianza y solo se tiene la acción civil que nazca del contrato.

*“Art. 409. No se castigará como abuso de confianza:...*

*“II. La simple retención de la cosa recibida por alguno de los contratos de que habla el art. 407, cuando la retención no se haga con el fin de apropiarse la cosa o de disponer de ella como dueño, pues el que lo sea, solo tendrá entonces la acción civil que nazca de la falta de incumplimiento del contrato ”*

A contrario sensu se desprende que la retención que se hacía con la finalidad de apropiación o de disposición, era castigada como abuso de confianza.

Desde el código penal de 1871 aparece tipificado el abuso de confianza, separándolo de otras figuras como el robo y el fraude por las siguientes razones: “El robo, que en esencia es el apoderamiento ilícito no consentido de una cosa ajena mueble, puede cometerse en perjuicio no

<sup>22</sup> PAVON VASCONCELOS; Comentarios de Derecho Penal, ob. cit. p. 170

sólo del posible propietario, sino de cualquier otro tenedor de derechos patrimoniales sobre la cosa en que recae el delito; por ejemplo los poseedores a título propio, los usufructuarios legales o contractuales, etc. De la misma manera, el abuso de confianza - disposición indebida y perjudicial del bien que se ha recibido a título de precaria tenencia -, puede efectuarse en perjuicio de persona no propietaria del bien, como cuando un comodatario, con permiso del comodante, concede a otra persona el uso de la cosa, de la cual dispone ésta ilícitamente.”<sup>23</sup> En conclusión, en el robo se desposee a la víctima; en el abuso de confianza el sujeto tiene lícitamente la cosa surgiendo posteriormente la disposición indebida del bien. A diferencia con el fraude, el autor recibe la cosa a través de engaños, errores o maquinaciones, por lo que su conducta dolosa es anterior a su posesión.

### 1.2.2 CODIGO PENAL DE 1929

Siendo Presidente de la República Emilio Portes Gil y con las facultades que le confiere el Congreso de la Unión expidió el Código Penal el 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el 15 de diciembre del mismo año. La comisión redactora estuvo integrada por los señores licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz.\*

El código penal de 1929 se baso en la escuela positiva iniciando la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones; el principal autor y defensor de este código se encuentra representado por el licenciado José Almaraz. “Se trata de un Código de 1,233 artículos de los que 5 son transitorios. Buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como código Penal hasta junio 10 de 1932.

<sup>23</sup> GONZALEZ DE LA VEGA; ob cit. p. 153

\* Cfr PORTE PETIT, Candaudap Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial porrua, 15a edición, México 1993, p 53

Muy al contrario del Código Penal de 71, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica.”<sup>24</sup>

“Se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica Pueden señalarse, sin embargo varios aciertos entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollo de tipo práctico hicieron de difícil aplicación ese Código, de efímera vigencia, pues sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.”<sup>25</sup>

Por lo que respecta al abuso de confianza, el código penal de 1929 continuo incluyendo al abuso de confianza dentro de los delitos contra la propiedad en el Título Vigésimo. Capítulo IV, del artículo 1144 al 1150.

El artículo 1144 conservo la misma redacción del código penal de 1871, refiriéndose al abuso de confianza como una circunstancia agravante; a continuación se transcribe.

*“ARTICULO 1144.- Hay abuso de confianza: siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado, y que no procuró granjearse con ese fin ”*

El artículo siguiente considera al abuso de confianza como un delito típico, agregando que en cualquier otro caso solo tendrá el carácter de circunstancia agravante.

<sup>24</sup>CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 128

<sup>25</sup>CASTELLANOS TENA ob. cit. p. 46

*"ARTICULO 1145.- El abuso de confianza constituye un delito especial que lleva ese nombre, y se comete en los casos expresados en el artículo siguiente; en cualquiera otro sólo tendrá el carácter de circunstancia agravante."*

Fueron aceptadas las reformas propuestas en los trabajos de revisión del código de 1871, se suprimió la expresión "el que fraudulentamente y con perjuicio de otro" empezando a conceptualizar al abuso de confianza con la frase "que se le haya transferido la tenencia y no el dominio" De esta forma el delito de abuso de confianza quedó redactado de la siguiente manera:

*"ARTICULO 1146.- Al que, con perjuicio de tercero disponga, para sí o para otro, 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 cualquiera otra cosa ajena mueble de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio se le aplicara la sanción que, atendidas la circunstancias del caso y las del delincuente se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia."*

Se destaca la frase "que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio", esta conceptualización es importante por ser uno de los elementos del tipo de referencia y de su específico, la retención indebida.

En éste ordenamiento penal no se contempla la retención de la cosa como abuso de confianza, en los términos que actualmente conocemos. Siguiendo al código antecesor, en este ordenamiento se considera que si falta el fin de apropiarse o de disponer de ella como dueño no hay lugar a abuso de confianza y solo se tiene la acción civil que nazca del incumplimiento del contrato

*"ARTICULO 1148.- No se sancionara como abuso de confianza: ...*

*"I. La simple retención de la cosa recibida en los términos del artículo 1146, 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; ..."*

En lo referente a la sanción, al que incurría en abuso de confianza, ésta se agravaba, si la persona que lo cometía se encontraba dentro de las categorías que contempla el artículo 1149.

*"ARTICULO 1149.- A la sanción que corresponda con arreglo al artículo 1146, se agregará:*

*"I La de quedar suspenso el delincuente en el ejercicio de su profesión, desde dos meses hasta un año, si cometiere el abuso de confianza en cosas que hubiere recibido por razón de su profesión, aun siendo éstas de las que no requieren título*

*"II La destitución de cargo, si cometiere el abuso un tutor, un executor testamentario o albacea, un depositario judicial, un sindico o administrador de un concurso quiebra o de un intestado, en cosas que les haya confiado con ese carácter; y*

*"III La destitución de empleo, si el abuso lo cometiere un empleado de correos o telégrafos en la correspondencia que*

*se le hubiere entregado."*

Este precepto proviene del código antecesor, destacando las siguientes reformas: de la fracción I se elimina el carácter que debe tener el sujeto activo al recibir la cosa, estableciendo genéricamente que se trate de cualquier profesión, aún siendo éstas de las que no requiere título. La fracción III individualiza al sujeto, de tal suerte que ya no se habla de "correos" y se menciona al "empleado", se agrega a este precepto los servicios del telégrafo, y se elimina la frase "para su conducción" al final del texto.

### 1.2.3 CODIGO PENAL DE 1931

Los defectos contenidos en el código penal de 1929 orillaron a que el mismo presidente Emilio Portes Gil, designara una Comisión Revisora, la que elaboró el hoy vigente; esta comisión estuvo integrada por los Licenciados: Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles. El código penal fue promulgado por el entonces presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial el 14 del mismo mes y año con el nombre de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.\*

"Las orientaciones que tuvo en cuenta la Comisión redactora, resumidas de la siguiente manera por su Presidente el Licenciado Alfonso Teja Zabre: Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de

---

\*Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 130

fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario: se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada etc; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no lo proporciona la Escuela Positiva: con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad), d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1, organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2, dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3, completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (cosas de libertad preparatoria o condicional reducción profesional, etc) 4, medidas sociales y económicas de prevención.”<sup>26</sup> El código penal de 1931 presenta una tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positiva; es un código de política criminal.

En éste código penal la figura de abuso de confianza; deja de encontrarse en el apartado de los delitos cometidos contra la propiedad para ser ubicado dentro de los que tutelan el patrimonio, situación totalmente aceptada, ya que éste delito no protege a la propiedad sino al patrimonio de cualquier persona.

---

<sup>26</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; **Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México**, Editorial Porrúa, 2a. edición. Mexico 1981. p. 405

Con el nuevo código penal de 1931 el abuso de confianza es considerado definitivamente como delito autónomo ya que deja de considerarse como circunstancia agravante y deja también de sancionarse como si se hubiera cometido un robo simple.

El abuso de confianza originariamente estaba redactado de la siguiente manera:

*"ARTICULO.- 382.- Se aplicara prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de tercero, disponga para si 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 cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio, o que tenga la obligación de entregar o devolver."*

De la redacción anterior se destaca la frase "... o que tenga la obligación de entregar o devolver"; situación en donde se puede apreciar la relevancia que representa la obligación de devolver la cosa; sin que aún se pueda separar a la retención indebida; como una forma específica de abuso de confianza; ya que el artículo 384 continua manejando la hipótesis del código antecesor, al establecer que no se juzgara como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida, cuando no se haga con el fin de apropiársela, o de disponer de ella como dueño. Disposición que más tarde sería reformada para mantenerse hasta nuestros días.

Por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el diario oficial del 9 de marzo de 1946, se reforma el artículo 382 y se da nacimiento a otra forma de comisión de abuso de confianza, contenida en el artículo 384.

El artículo 382 mantiene la misma redacción y se suprime la frase "... o que tenga la obligación de entregar o devolver"; agregándose en su lugar la frase "...si el valor de la cosa de que se dispuso es mayor a veinte mil pesos la prisión podrá ser hasta de doce años."

Se considera que con la supresión de esta frase en el tipo genérico de abuso de confianza, ésta fue trasladada para dar nacimiento a otra forma de comisión de abuso de confianza, es decir, a la **retención indebida**; empezando a manejarse en el tipo genérico los montos del abuso de confianza. Con la creación de la retención indebida ésta quedó redactada en el artículo 384 del código penal y la cual se encuentra vigente hasta nuestros días.

*"Artículo 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."*

Por reforma del 29 de diciembre de 1950 publicada en el diario oficial el 15 de enero de 1951, el delito de abuso de confianza elimina la enumeración de los objetos en que podía recaer; conservándose la frase "cualquier cosa ajena mueble".

El delito de abuso de confianza a sufrido varias reformas, consistentes en el aumento del monto del abuso y la multa. La última reforma al delito de abuso de confianza, se realizó por decreto del 26 de diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial del 29 de diciembre de ese año. misma que se conserva hasta nuestros días.

*"Artículo 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 con prisión hasta de un año y multa hasta de 100 veces el salario cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.*

*“Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta de 180 veces el salario.*

*“Si el monto es mayor de 2000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario ”*

Adquiere autonomía éste delito y se conserva la frase “disponga para sí o para otro” que fuera incorporada en el código penal de 1929. Se establece en forma genérica la frase “cualquier cosa ajena mueble”, con lo que se incluye aquellos bienes que se mencionaban desde los orígenes de este delito. Con esto se deja de establecer determinadas calidades en cuanto al objeto; y en cambio queda abierto el supuesto a cualquier bien, por el solo hecho de ser mueble. Esta situación es de importancia dado el progreso no solo político, económico y cultural, sino también el avance en los procedimientos y técnicas para la ejecución de los delitos.

En consecuencia los elementos que integran el tipo de abuso de confianza de acuerdo al código penal de 1931 son:

- a) La tenencia de la cosa.
- b) Que se trate de cosa ajena mueble.
- c) Que exista disposición.
- d) El perjuicio.

Al crearse la figura de retención indebida como una modalidad de abuso de confianza, ésta se integra por los siguientes elementos.

- a) Ilegítima posesión
- b) Requerimiento formal.
- c) La negativa a devolver la cosa.

---

**CAPITULO SEGUNDO**

***ESTUDIO SOBRE EL DELITO DE RETENCION  
INDEBIDA.***

---

## CAPITULO SEGUNDO

### ESTUDIO SOBRE EL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

#### 2.1 CONCEPTO LEGAL DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA PREVISTO EN EL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

El delito de retención indebida es un tipo específico de abuso de confianza, por lo que es necesario estudiar el concepto de la figura genérica.

La palabra abuso proviene del latín *abusus*; ab en sentido de perversión y *usus* de uso; que significa exceso, mal uso o empleo arbitrario de un derecho o facultad. "Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, como asimismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre y, también, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal."<sup>27</sup> La palabra confianza "equivale a esperanza firme que se tiene en una persona o cosa."<sup>28</sup> La unión de ambos términos, define gramaticalmente al abuso de confianza "como el mal uso que hace una persona de la firme esperanza que puso en ella otra, o, como concretamente expresa el Diccionario de la Academia, la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar uno a otro que le ha dado crédito."<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Talleres Gráficos Carollo S. C. A. p. 113

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 116

<sup>29</sup> *Idem*

Sin embargo el abuso de confianza debe verse desde un punto de vista objetivo; por ello "la expresión confianza no debe ser entendida aquí en un sentido personal, como la que resulta del conocimiento o la amistad sino como consecuencia de las relaciones jurídicas que imponen a una de las partes confiar en que la otra cumplirá con la obligación pactada."<sup>30</sup>

Algunos juristas definen al abuso de confianza de la siguiente manera:

Para Jiménez Huerta el abuso de confianza consiste "en la antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa mueble ajena que obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en el depositada."<sup>31</sup> El sujeto contraria lo expresado en la norma penal, ejercitando sobre la cosa que tiene en tenencia actos por encima de las facultades otorgadas, mismos que pueden ser de disposición o de retención.

González de la Vega señala que el abuso de confianza tiene un doble significado "como circunstancia genérica agravadora concurrente con cualquier delito y como delito típico especial que lleva ese nombre

Conforme a su primera significación, la agravante de abuso de confianza consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito."<sup>32</sup>

"En su significado restringido, el abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares."<sup>33</sup>

Por lo que respecta a considerar al abuso de confianza como circunstancia agravante fue una etapa que se consideró en el código penal de 1871 y que en la actualidad no tiene relevancia

<sup>30</sup> FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Abeledo Perrot, 13a. edición, Buenos Aires 1992, p. 528

<sup>31</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. La Tutela Penal en el Patrimonio, Editorial Porrúa, 5a edición, México 1984, p.109

<sup>32</sup> GONZALEZ DE LA VEGA, ob. cit. p. 225

<sup>33</sup> Ibidem. p.226

*“Si excede de esta cantidad, pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta de 180 veces el salario.*

*“Si el monto es mayor de 2000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario.”*

El abuso de confianza contempla otras hipótesis en las que se puede incurrir en abuso de confianza, identificadas en cuanto al objeto jurídico y diferenciados por sus diversas modalidades. Es de esta forma que se amplía la descripción genérica del abuso de confianza a lo que conocemos como Retención Indebida.

La palabra retención proviene del latín **RETENTIO** y significa acción y efecto de retener. La palabra *retener* proviene del latín **RETINERE** y significa “Detener, conservar, guardar en sí.”<sup>34</sup>

“La acepción principal de retención, en lo jurídico, consiste en la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión o tenencia de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella o de algo conexo.”<sup>35</sup> Se trata entonces de una forma de obligar a quien pertenece la cosa a pagar lo debido al detentador del bien.

Este concepto de retención no corresponde a la idea de retención indebida; en la que el sujeto activo se niega a devolver la cosa sin causa justificada provocando con ello la comisión de éste ilícito.

<sup>34</sup> Diccionario de la Lengua Española. Tomo V, Talleres Gráficos de la Editorial Espasa Calpe, S.A., 19a. edición, Madrid 1970, p.1150

<sup>35</sup> CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII, Editorial Eliasta, 21a. edición, Argentina 1989, p 209

Raúl Goldstein proporciona un concepto de Retención Indevida diciendo que es el “hecho cometido por quien con perjuicio de otro, se negase a restituir o no restituyera a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le hubiera dado en depósito, administración u otro título que imponga obligación de entregar o devolver.”<sup>36</sup>

Esta definición tipifica el delito de apropiación indebida en la Legislación Argentina, encontrándose dentro del apartado de las defraudaciones.

Nuestra ley penal define a la Retención indebida en el artículo 384 del Código penal Vigente:

*“Artículo 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.”*

Situación en la que el agente se conduce contrario a la ley, reteniendo el bien que posee por cualquier título y que se niega a devolver a pesar de que le ha sido requerido. Con la negativa a devolver el bien se esta omitiendo la obligación que adquiere el activo y que consiste en devolverla, toda vez que solo le fue transmitida la tenencia y no el dominio. “El negarse a devolver, vale por retener. el no hacerlo a su debido tiempo, también significa retención.”<sup>37</sup>

<sup>36</sup> GOLDSTEIN, Raúl; *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Editorial Astrea, 3a. edición, Argentina 1993, p 813

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 814

## 2.2 BIEN JURÍDICO TUTELADO

En las diversas legislaciones ha prevalecido la temática de considerar el objeto jurídico del delito, es decir, de considerar el bien jurídico que el hecho delictuoso hiere o amenaza y que la ley penal protege. Nuestro código penal ha seguido este criterio de agrupar los delitos según el interés jurídico que se tutela. El título vigesimosegundo del libro segundo del código penal se denomina Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio; por lo que de la lectura de este rubro se observa que el bien jurídico tutelado penalmente es el patrimonio.

El concepto de patrimonio tiene su origen en el derecho civil, entendiéndose como la universalidad de derechos y obligaciones de índole económico y estimación pecuniaria, pertenecientes a una persona.

Sobre el criterio que se debe seguir en la aplicación de los términos civiles para ser utilizado en sentido penalístico, se encuentran dos teorías: La teoría de la correspondencia que considera que los términos utilizados por la ley penal deben ser entendidos en idéntico sentido de la rama del derecho de donde proceden; y la teoría de la independencia o autonomía, la cual determina que los términos civiles asumen en materia penal un significado independiente, de ahí que "el patrimonio, como universalidad de derechos tocantes a una persona, no puede convertirse en objeto de delito; únicamente puede dar lugar a incriminación cada uno de los bienes y derechos que lo componen, cuando son agredidos."<sup>38</sup>

No podría brindarse protección al patrimonio como universitas, como entidad ideal incorpórea; siendo necesario tutelar los bienes e intereses individuales que lo constituyen. En materia penal se debe aportar a los conceptos aquellas modificaciones ampliadoras o restrictivas sin que se pretenda dar nuevos conceptos y si en cambio considerar que en esta materia los

<sup>38</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Delitos en Particular. Tomo V*, Editorial Temis, 4a. edición, Bogotá 1956, p. 6

conceptos asumen un significado particular.

El patrimonio desde el punto de vista penal tiene un sentido distinto y es de mayor amplitud que en el derecho privado, ya que también se toman en cuenta aquellas cosas que no tienen valor económico. Se protege no solo las pertenencias de las personas sino también el derecho de posesión.

“El patrimonio real comprende, toda cosa material susceptible de tener un valor para quien la tiene y para otra persona, y la tutela penal del patrimonio protege, asimismo, a esas cosas, ya que el apoderamiento de las mismas no obstante el carácter exclusivamente moral de su valor, importa lesión al patrimonio, ya que para el dueño representa una utilidad de que se ve privado.”<sup>39</sup>

Sobre el bien jurídico que tutela la figura de abuso de confianza, no podría considerarse que el bien tutelado sea la propiedad; toda vez que el delito no exige que la entrega de la cosa la realice el propietario, a quien el daño causado por este ilícito sería en forma directa; por el contrario el tipo penal de abuso de confianza señala que la transmisión de la tenencia la puede efectuar cualquier persona distinta al propietario. De no contemplar esta situación quedaría fuera del tipo todos aquellos casos en que la transmisión del bien la realizara una persona distinta al dueño

De ser la propiedad el bien jurídico tutelado en el tipo del artículo 384 al mencionar la persona que pueda exigir la devolución de la cosa, haría mención al dueño o al propietario; situación que no ocurre y en vez de utilizar estos conceptos emplea la frase “por quien tenga derecho”.

---

<sup>39</sup> J. URE, ob. cit p. 40

No podría aceptarse que el bien jurídico tutelado es la confianza ya que ésta no tiene un carácter patrimonial; por lo tanto la confianza debe verse en forma objetiva, es decir, como producto de una relación jurídica que obliga a las partes a cumplir lo pactado y no como una situación de motivación interna.

Se debe considerar que con el desarrollo de las sociedades; las actividades comerciales se incrementan, se alcanza mayor complejidad en los negocios y que actualmente el patrimonio esta formado por créditos, por derechos industriales, documentos, etc; aumentando no solo en incidencia los delitos de abuso de confianza y fraude; sino en el grado de complejidad.

En conclusión el bien jurídico tutelado en el delito de abuso de confianza y por consiguiente en la retención indebida es el patrimonio, con lo que se pretende salvaguardar aquellos bienes que forman parte del patrimonio de las personas.

### 2.3 PRESUPUESTO DEL DELITO

Es conveniente dejar asentado lo que es el delito antes de adentrarse al estudio de los presupuestos, ya que sobre el tema existen diversas opiniones y es aun más complejo su estudio cuando se trata de precisar cuales son esos presupuestos.

El delito se ha tratado de definir a través del tiempo desde diversos enfoques: filosóficos, morales, sociológicos. con el objeto de dar una explicación a los actos que son reprochables por la sociedad.

Remontándonos a sus orígenes la palabra delito "deriva del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> CASTELLANOS TENA. ob. cit. p. 125

*El delito se encuentra ligado a la época de cada pueblo siendo notable la imposibilidad de crear un concepto universal de delito con el que se identificaran las conductas delictivas y que fuera aplicable en todos los pueblos y para todos los tiempos. En nuestro país, el Estado brinda certidumbre jurídica al instituir en nuestra legislación la definición legal del delito. El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para todo la República en Materia del Fuero Federal establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."*

En la doctrina se ha estudiado lo referente a los presupuestos, de ahí que exista quienes acepten la clasificación entre los presupuestos del delito y presupuestos del hecho; y por el contrario otros que solo aceptan los presupuestos del hecho.

*Manzini* fue quien primeramente se ocupó del estudio de los presupuestos y diferencia entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho. Establece que los presupuestos del delito son aspectos positivos o negativos de carácter jurídico anteriores al hecho, y cuya existencia depende el título delictivo de que se trate; la falta de estos transfiere el hecho bajo diverso título delictivo ya que recae sobre el hecho previsto en la ley.\*

Por lo que respecta a los presupuestos del hecho son aquellos elementos jurídicos y materiales anteriores al hecho; necesarios para que el hecho mismo previsto en la norma constituya delito. Son jurídicos o materiales según se trate de normas de derecho o de condiciones reales en las que deba iniciar la ejecución del hecho.\*

Para éste autor la diferencia radica en que si faltan los presupuestos del hecho no solo no se aplica la sanción sino que produce la inexistencia del hecho mismo; en tanto que en los presupuestos del delito estos recaen sobre el hecho previsto en la ley.

---

\*Cfr. RICCIO, Stefano; Los Presupuestos del Delito. Concepto y Determinación. Revista Jurídica Veracruzana, XII 1961 p.148

Sin embargo no se encuentra ninguna diferencia real entre ambos; ya que son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un hecho delictivo.

**Massari** solo se refiere a los presupuestos del delito y los clasifica en generales y particulares; los primeros son los elementos necesarios para todo delito tales como la existencia del precepto penalmente sancionado y la existencia de una sanción penal; por considerar que sin ellos todo delito sería inexistente. Los particulares son los elementos condicionantes de la figura criminosa.

**Marsich** define los presupuestos del delito diciendo: son los elementos existentes antes del delito, que dan al hecho significación y relevancia. Según este autor son presupuestos del delito: Sujeto activo capaz; La norma (derecho objetivo); El bien lesionable; El titular del bien (sujeto pasivo); El derecho objetivo al cual esta inherente el bien, El derecho subjetivo del Estado para castigar.

**Steffano Riccio** comienza su estudio argumentando que la acción forma parte del delito y debe ir ligado a una figura delictiva abstracta. Que la acción referida a un delito, se transforma en hecho; el cual debe necesariamente estar comprendido en una modelo legal. Agrega que no hay hecho que no este descrito con todas sus características por una norma.

El concepto de hecho necesariamente debe provenir de una definición legislativa que es dictada por el Estado y en consecuencia los presupuestos son los elementos objetivos o materiales que describe la figura legal.

Los presupuestos indica, deben ser anteriores al hecho y al delito. Niega la distinción entre el presupuesto del delito y presupuestos del hecho ya que ambos son una identidad y no se les encuentra ninguna diferencia real entre ellos. "La falta de un presupuesto del hecho no implica solo la inaplicabilidad de la sanción sino que produce la inexistencia del hecho mismo, por otra, el presupuesto del delito no cae solamente sobre el título delictuoso particular, sino ante todo

sobre la existencia del hecho, como previsto en el título del delito.”<sup>41</sup>

Riccio define a los presupuestos del hecho y del delito como “los antecedentes necesarios al hecho y al delito, que hacen posible la realización de éstos: se hayan fuera del nexo causal entre agente y acción, y de las relaciones entre ellos surge el delito.”<sup>42</sup>

Para el autor los presupuestos son elementos del hecho, es decir, elementos materiales del delito; siendo los siguientes: Sujeto activo, sujeto pasivo, bien lesionable y la norma descriptiva de la figura legal

Porte Petit define tanto a los presupuestos del delito como a los presupuestos de la conducta o hecho. Son presupuestos del delito especiales “aquellos requisitos jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo.”<sup>43</sup> Señala como presupuestos del delito especiales:

- a) Un requisito jurídico
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho
- c) Necesario para la existencia del delito respectivo.

Define a los presupuestos de la conducta o del hecho como “aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típico.”<sup>44</sup> Por lo tanto son elementos los siguientes:

- a) Un requisito jurídico o material

<sup>41</sup> RICCIO, Steffano. Los Presupuestos del Delito. Concepto y Determinación, Revista Jurídica Veracruzana, XII, 1961, p. 149

<sup>42</sup> Ibidem, p. 157

<sup>43</sup> PORTE PETIT, Candaudap; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 15a. edición. México 1993, p. 210

<sup>44</sup> Ibidem p. 211

- b) *Previo a la realización de la conducta o del hecho*
- c) *Necesario para que ocurra la conducta o hecho descrito en el tipo*

Retomando los elementos que integran el presupuesto del delito especiales a que hace referencia Porte Petit, el delito de retención indebida se integra de la siguiente manera:

a) Un requisito jurídico. Se trata de la existencia de la norma penal anterior al hecho; en ella se describe la conducta del sujeto activo. La retención indebida se encuentra prevista en el artículo 384 del código penal.

b) *Previo a la realización de la conducta o del hecho*. Ya se dijo que la existencia de la norma deber ser anterior al hecho delictivo, es decir, cuando surja la retención indebida *previamente debe existir el tipo penal que castigue esa conducta ilícita*.

c) *Necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo*. Si surgiera la conducta de retención indebida y no se encontrara tipificada como delito, por más contraria que sea a la sociedad y a la ley, no podrá considerarse como delito.

Como presupuestos de la conducta o del hecho.

a) Un requisito jurídico o material. Sucede que el tipo descrito en el artículo 384 del código penal exige que para estar en presencia del delito de retención indebida es necesario que **previo a su conducta ilícita el sujeto activo tenga la tenencia de la cosa**, lo cual constituye el presupuesto del delito.

b) *Previo a la realización de la conducta o hecho*. No se configurara el delito de retención indebida si antes no se tiene la **tenencia de la cosa**, por ello la tenencia es previa a su ilegítima retención.

c) Necesario para que pueda realizarse la conducta o hecho, descritos por el tipo. De igual forma el tipo describe quien comete ilegítima retención, entendiéndose por tal, cuando el sujeto no devuelve la cosa a quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de ella conforme a la ley.

Por consiguiente el presupuesto en el delito en estudio consiste en que el autor tenga previamente la tenencia del objeto material que le fue transmitido a través de un acto jurídico o por medio de cualquier título que no transfiera la propiedad.

En lo tocante a la forma en que se lleve a cabo la transmisión de la cosa, nuestro ordenamiento legal no hace ninguna especificación por lo que puede haberse realizado en forma expresa o tácita.

Es importante resaltar que una vez que ya se esta en posesión de la cosa transmitida, ésta debe tener una independencia total en relación con la persona que realizó la transmisión; de tal forma que el autor tenga autonomía propia respecto del bien, ya que el simple contacto físico que el autor pueda tener sobre la cosa no presupone transmisión de tenencia y por lo tanto no se estaría ante del presupuesto del delito de retención indebida.

De igual forma, no se integrara la figura delictiva de retención indebida cuando la posesión que guarde el agente respecto de un bien mueble sea producto de un apoderamiento o de una sustracción, ya que su conducta se estará adecuando al robo y no a la de abuso de confianza.

Nuestro ordenamiento penal utiliza el término tenencia y lo iguala al de posesión derivada estudiado en materia civil razón por la cual es necesario estudiar ambos términos.

### 2.3.1 POSESION CIVIL

Resulta de utilidad el estudio de la posesión para explicar con claridad el por que de la *identificación entre posesion derivada y tenencia penal*.

Rojina Villegas define a la posesión como *“una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, animus domini o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno.”*<sup>45</sup>

La posesión se presenta simplemente por el hecho de que una persona tiene algo en su poder de tal manera que esta consigo y lo tiene físicamente. Representa una relación o estado de hecho, sin atribuirle ningún calificativo a esa relación ya que dicho estado de hecho puede provenir de algún ilícito engendrando consecuencias jurídicas o bien puede estar fundado en un derecho. Como consecuencia de ese poder se tiene la cosa y se ejecutan actos materiales de aprovechamiento. Sin embargo la propia ley determina situaciones en las cuales sin que alguien tenga físicamente la cosa es un poseedor de la misma y por el contrario quien de hecho la tiene, no se le concede el carácter de poseedor.

Siguiendo a la doctrina se establece que la posesión se compone de dos elementos, uno material llamado “corpus” y otro intencional llamado “animus”.

El corpus es considerado como el poder físico o de hecho que se ejerce sobre una cosa. Se encuentra representado por el conjunto de hechos que constituyen la posesión tales como el uso, goce, transformación, realizados en la cosa. El animus es el elemento subjetivo relacionado con la voluntad de la persona de tener la cosa, de poseerla.

---

<sup>45</sup> ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, 27a edición, Mexico 1996, p.182

El primer elemento por sí solo engendra una detentación o tenencia, sin que constituya posesión en forma autónoma.

Sobre la posesión destacan por su importancia la teoría subjetiva expuesta por Savigny y la teoría objetiva sustentada por Ihering.

#### **A) Teoría Subjetiva.**

Expuesta por Federico Carlos de Savigny, en su teoría conjunta el corpus y el animus, el primer elemento como material de la posesión y el segundo como el que contiene la intención de poseer.

El corpus es el contacto directo del sujeto con la cosa, sin que exista necesidad de mantener la cosa físicamente con el sujeto en el tiempo. Para que exista posesión es necesario la presencia del animus, es decir, la voluntad, la intención del sujeto de poseer para sí; esto es lo que Savigny llama animus domini.

Savigny considera que la "posesión es una relación o estado de hecho que da a la persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el animus dominii o rem sibi habendi."<sup>46</sup>

La posesión es una relación o estado de hecho representada por el corpus, a través de actos realizados sobre la cosa por el poseedor, con lo que demuestra el poder físico que tiene sobre el bien.

La característica de la teoría de Savigny consiste en la aplicación de la palabra "posibilidad"; ya que para el autor no solo constituye posesión el poder real y físico que se tenga

---

<sup>46</sup> Ibidem. p 185

sobre la cosa, sino también se estará en presencia de posesión cuando exista la posibilidad de ejercer un poder sobre la cosa misma; siendo necesario que el poseedor tenga disponibilidad en todo momento para ejercer ese poder físico.

La posibilidad a que se refiere Savigny, debe ser presente, es decir, no estar subordinada a ninguna condición, debe ser inmediata en otras palabras se trata de que el poseedor no tenga obstáculo para ejercer el poder sobre la cosa y debe ser exclusiva para que ningún tercero se interponga entre el poseedor y el bien.

Para Savigny es indispensable que ocurra el *animus domini*, sin que éste represente la intención arbitraria de conducirse como propietario en contra de una situación legal.

En esta teoría se parte de la noción de tenencia para después llegar a la de posesión.

### **B) Teoría Objetiva**

Sustentada por Rudolf Von Ihering; reconoce para la integración de la posesión la concurrencia del corpus y animus, aceptándolos de diversa forma a la de Savigny. En esta teoría se parte de la posesión para descender a la tenencia.

El corpus es "el medio por el que el animus se exterioriza; implica una serie de hechos demostradores de una explotación económica; no es una relación meramente de hecho consistente en un contacto entre el hombre y la cosa y a la que no le reconoce juridicidad, pues puede haber esa inmediatez sin haber posesión. Para ésta se requiere el interés del sujeto para alcanzar la explotación de la cosa. El animus para Ihering es el propósito de explotar económicamente la cosa y está bien ligada al corpus."<sup>47</sup> El animus se ve reflejado en la forma de llevar a cabo la explotación económica. No basta la simple relación física o la proximidad con la cosa para que

---

<sup>47</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge, Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez, Editorial Porrúa. 2a edición, México 1996, p.468

haya posesión. Debe existir un interés que motive la voluntad de la persona para perseguir un fin.

“Si se considera el animus como dominii, si se puede desligar del corpus, pero si se comprende como el simple propósito de explotación económica de una cosa, y el corpus como el conjunto de actos que permiten esa explotación habrá una liga constante entre el corpus y el animus. Estos dos elementos constituirán un todo indivisible de tal manera que -dice Ihering- del corpus se infiere el animus, y por eso concluye considerando que todo fenómeno de detentación es un fenómeno de posesión, pues en toda persona consciente, el hecho de explotación económica de una cosa, implica un propósito.”<sup>48</sup>

En la teoría objetiva se concluye que mientras no exista un texto expreso que declare que una detentación no es posesión, debe considerarse al detentador como poseedor; y que en todo caso de duda será considerado poseedor.

Nuestro ordenamiento civil, reconoce los elementos clásicos de la posesión: el corpus se representa por la tenencia de una cosa o por el goce de un derecho. El animus consiste en llevar a cabo esa tenencia o goce por nosotros mismos o por otro en nombre nuestro. Sin embargo el Código Civil no define a la posesión sino al poseedor.

*Artículo 790.- Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.”*

La posesión es el poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa o el que goza de un derecho: trátase entonces de que un sujeto tiene el control de la cosa o que goza directamente de ella. Ahora bien hay situaciones en que existiendo tenencia del bien no hay posesión; aplicándose entonces lo señalado por Savigny en el sentido que solo en aquellos casos en que la

<sup>48</sup> ROJINA VILLEGAS ob. cit p.195

ley lo establezca no habrá posesión; luego entonces se trata de una detentación; hipótesis prevista en el artículo 793 del Código Civil:

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

El mismo ordenamiento distingue dos clases de posesión: la originaria y la derivada; la primera se tiene a título de propietario y la segunda por virtud de un acto jurídico que da nacimiento a un derecho real distinto al de propiedad o a un derecho personal que confiera el uso, goce custodia o administración de la cosa.

*Artículo 791 - Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada."*

### 2.3.2 TENENCIA PENAL

Expuesta la doctrina de la posesión, corresponde hacer el estudio de la tenencia penal, siendo esta la que sirve de presupuesto al abuso de confianza. Nuestra legislación distingue dos clases de posesión: la originaria y la derivada. De estas, es la derivada la que se identifica con la expresión tenencia.

Antes de estudiar la tenencia es necesario distinguir los conceptos de custodia y detentación para evitar confusiones con lo referente a la tenencia. Se hablara del término custodia para diferenciar entre el acto de sustracción y el de abuso de confianza. Se define a la custodia como "el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derecho habiente."<sup>49</sup>

Ocurre que cuando la cosa se mantiene bajo la vigilancia del propietario o de cualquier otro que tenga algún derecho, la acción desplegada por el agente se traduce en un apoderamiento; lo que integra entonces un robo y no una apropiación indebida.

La detentación consiste "en poseer una cosa con la autorización y por cuenta del propietario. El detentador se asemeja a un poseedor en cuanto que la cosa esta materialmente a su disposición y que ejercita sobre ella el poder físico llamado posesión; la ley, empero, no lo reconoce como poseedor ni como tal lo protege."<sup>50</sup> La detentación constituye una forma perfectamente definida y diferenciada de la verdadera posesión; comúnmente se ha oído nombrar a los detentadores poseedores precarios. El código civil vigente contempla la hipótesis del poseedor precario en el artículo 793.

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

<sup>49</sup> J URE. ob. cit. p 68

<sup>50</sup> PLANIOL y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Frances. Tomo III. Los Bienes, Editorial Juan Buxo, Habana 1930, p. 159

Los poseedores en precario la detentan en razón a un título, por haber celebrado un contrato con el propietario o han sido encargadas por la ley o la justicia de una misión especial; de tal suerte que la cosa ajena se encuentra en sus manos, en cumplimiento de tales situaciones.

La posesión derivada comprende a la tenencia de la cosa como consecuencia de un derecho real distinto de la propiedad o bien de un derecho personal. El poseedor derivado ejerce sobre la cosa una facultad distinta al de la detentación material. La diferencia entre el poseedor precario y el derivado radica en que el primero tiene la cosa a su alcance a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa e inmediatamente sobre el objeto. En cambio el poseedor derivado recibe la cosa a virtud de un acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma.

La jurisprudencia marca la línea divisoria entre posesión derivada y precaria:

“ABUSO DE CONFIANZA Y ROBO. DIFERENCIAS. POSESIONES DERIVADA Y PRECARIA. Mientras que el poseedor derivado que dispone del bien comete el delito de abuso de confianza, el precarista lo que ejecuta es un robo; una directriz correcta para diferenciar al precarista del poseedor derivado, es la que predica que mientras el primero (precarista) tiene dentro de su esfera el objeto a virtud de un acto jurídico, cuya materia principal es una prestación personal en relación con el dueño del mismo, en el segundo (poseedor derivado), el bien llega a poder de quien se convertirá en activo; a virtud de un acto jurídico cuyo objeto principal está constituido por un comportamiento en relación con el objeto; tal es el caso del doméstico y del depositario, respectivamente. Así, en el caso de un obrero empleado en un taller, los instrumentos que usa para el desempeño de su trabajo, no tienen porqué ser considerados como poseídos en forma derivada, sino a título precario.” (Amparo Directo 2590/71. Fernando Pedrin Aviles. 24 de noviembre de 1971 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Séptima Epoca: vol. 35, segunda parte. pag. 13)

Establecidas las diferencias entre la custodia y la detentación corresponde hablar de la tenencia penal. El término tenencia es usado por el artículo 382 del código penal vigente, el cual sirve de base para la retención indebida; siendo que varios autores han abordado el tema para su mejor aplicación en el delito en estudio.

*Carrara distinguió entre detención y posesión; comentando que la simple detención momentánea no era suficiente para considerarla como abuso de confianza. "Cuando se usurpa la posesión contra la voluntad del legítimo propietario, ya no hay lugar para hablar de abuso de confianza. Además, la entrega debe hacerla al propietario con la intención de despojarse de la posesión, si un fulano, mientras conversa con otro, le muestra un objeto y lo pasa a sus manos para que lo examine, y éste huye robándoselo, no podrá afirmarse que cometió un simple abuso de confianza, pues esa entrega momentánea que le hizo el propietario no invirtió la posesión del objeto."*<sup>51</sup>

Maggiore sostiene que para que se de la apropiación indebida "basta una posesión natural o precaria, caracterizada por el **animus sibi habendi** la intención de apropiarse de una cosa, aunque no es suficiente cualquier tenencia material y momentánea de una cosa."<sup>52</sup>

De lo expuesto se concluye que la relación material del agente con la cosa debe ser preexistente, es decir, anterior a la comisión del delito, estimándose que se transmitió la tenencia cuando el sujeto se conduzca en relación a ella con autonomía e independencia. "Conforme al sentido del artículo 382 puede concluirse que se ha trasladado o transferido a otro su posesión corporal, cualquiera que fuere, dado que el código no hace especificación alguna, el título o acto jurídico que hubiere motivado la transmisión, y siempre que ésta hubiere sido aceptada expresa o tácitamente. Empero desde ahora se perfila con la debida claridad que transmitir la tenencia implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la

<sup>51</sup> CARRARA, Francesco ob. cit. p.365

<sup>52</sup> MAGGIORE, Giuseppe; ob. cit. p 161

transmisión, y transferr o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito.”<sup>53</sup>

Se pueden citar como características de la tenencia penal en relación al delito de retención indebida:

- a) Que la cosa se encuentre previamente en el momento de la retención en manos del agente.
- b) Que el agente tenga un poder autónomo respecto de la cosa.

## 2.4 ELEMENTOS DE LA DEFINICION LEGAL

Por razones practicas y para la mejor integración de los delitos se ha optado por separar los elementos que lo constituyen, mismos que se encuentran descritos en el tipo penal en estudio.

Siendo el caso que para el estudio del delito de retención indebida se puede señalar que por tratarse de una modalidad de abuso de confianza, además de cumplir con los elementos de la propia definición, debe satisfacer los elementos que señala el tipo genérico de abuso de confianza

Razón por la cual reproducimos lo que establece el tipo de abuso de confianza genérico y en su modalidad de retencion; para estar en posibilidades de determinar sus elementos.

Abuso de Confianza Genérico:

*“Artículo 382. Al que, con perjuicio de alguien, disponga*

<sup>53</sup> JIMENEZ HUERTA; Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. ob. cit. p.112

*para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, ...”*

De donde se desprende que son elementos de la definición de abuso de confianza genérico los siguientes:

- a) La disposición para sí o para otro.
- b) El perjuicio
- c) Que la disposición recaiga sobre cosas muebles.
- d) Que previamente se haya transferido al agente la tenencia de la cosa y no el dominio.

*Abuso de Confianza en su modalidad de Retención:*

*“Artículo 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.”*

Raúl Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas comentando el código penal señalan como elementos del tipo los siguientes:

- “a) Que una persona física no una moral sea tenedora o poseedora en precario de una cosa; este elemento constituye el presupuesto del delito;

- b) Que sea requerida en forma por quien tenga derecho a la posesión de la cosa; el requerimiento formal puede ser notarial, judicial, ante dos testigos, etc. y
- c) Que, no obstante, el agente no devuelva la cosa a quien tenga derecho a ella porque conozca esta circunstancia, y si la desconociere no la entregue a la autoridad correspondiente para que disponga de la cosa conforme a la ley...”<sup>54</sup>

Por tratarse de una modalidad de abuso de confianza, se debe considerar que para configurar la retención indebida es necesario que recaiga sobre cosas muebles, que ésta se encuentre previamente con el agente por habersele transferido la tenencia; con la retención de la cosa mueble surge el perjuicio.

Para efectos del presente trabajo, se han considerado elementos de la definición legal los siguientes:

- 1.- La ilegítima posesión de la cosa retenida.
- 2.- El requerimiento, tiempo y jurisdicción.
- 3.- La negativa a devolver la cosa.

#### **2.4.1 LA ILEGITIMA POSESION DE LA COSA RETENIDA**

Para el mejor estudio de este primer elemento del delito de retención indebida, será dividido en dos partes a analizar: corresponde primeramente lo concerniente a la “ilegítima posesión” para posteriormente estudiar “la cosa retenida”.

---

<sup>54</sup> CARRANCA Y TRUJILLO CARRANCA Y RIVAS; Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, 20 edición, México 1997, p. 940

## A) Ilegítima Posesión

La frase “la ilegítima posesión de la cosa retenida” no significa que la posesión haya sido ilegítima en su origen; por el contrario la cosa fue obtenida por el activo en forma lícita.

En este punto reviste importancia el acto de entrega de la cosa ya que de esta circunstancia depende la existencia o no del abuso de confianza; en consecuencia es necesario precisar el título translativo que origino la recepción de la cosa ajena. Se debe recordar que el activo tiene pleno conocimiento de la licitud de la entrega del bien ya que esta fue consecuencia de un acto jurídico o de un contrato que le transmitio la posesión convirtiéndolo en poseedor derivado.

Se trata de una situación de hecho que existe con anterioridad al tiempo de la conducta ilícita y que constituye el presupuesto, es decir, que previamente el sujeto activo debe tener la tenencia respecto de la cosa y que esta relación debe ser necesariamente lícita para posteriormente negarse a devolverla convirtiendo con ello su posesión en ilegítima.

De la lectura del artículo 382 del código penal, “Al que con perjuicio de alguien, disponga para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio. ”; se desprende que el sujeto tiene la tenencia en virtud de que ésta le fue transmitida; ahora bien, en el artículo 384 del mismo ordenamiento encontramos al abuso de confianza en su modalidad de retención que nuevamente transcribimos:

*Artículo 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.”*

Hay que destacar que el legislador se refiere a la ilegítima posesión de la cosa y que por tratarse de una modalidad de abuso de confianza, deberá considerarse que el sujeto tiene la

ilegítima posesión de la cosa que le fue transmitida en tenencia con anterioridad a su conducta ilícita. Ahora bien, al no señalar el tipo la forma en que se realiza la transmisión de la tenencia, ésta debe tener un origen lícito, de lo contrario se estaría ante el supuesto de un robo al no existir consentimiento del dueño para transmitir el bien, o de un fraude si el sujeto utilizó el error o el engaño para hacerse de la cosa.

En ambos preceptos, es decir, el artículo 382 y 384 del código penal se trata de una transmisión de tenencia de cosa mueble, la cual es producto de un acto jurídico o a través de un contrato. Es conveniente dejar establecido:

- a) Que se trata de una posesión lícita en su origen,
- b) Que dicha posesión proviene de un acto jurídico o de un contrato.

En conclusión, al hablar de ilegítima posesión se debe entender aquella que se realiza en forma injusta, de mala fe, es decir, aquella que no está basada en el derecho de poseer por haber fenecido este derecho y porque existe un requerimiento que solicita la entrega del bien. El calificativo consiste en la ilegítima posesión, es decir, que no se tenga derecho a ella.

Reviste importancia la dolosa conducta del agente al saber que su derecho a poseer a terminado y retiene la cosa indebidamente causando con ello un daño patrimonial. Lo mismo ocurre cuando el sujeto activo tiene conocimiento de que su posesión a dejado de ser lícita, al ser requerido de la entrega.

## **B) Cosa Retenida**

En el lenguaje común el término “cosa” comprende todo objeto material o espiritual, natural o artificial, por lo tanto recaen bajo este concepto no solo aquellos objetos propiedad del hombre sino también los que forman parte de la naturaleza. Jurídicamente se debe limitar el concepto para utilizar solo aquello que tiene un valor entre los bienes de los particulares, que es objeto de un derecho patrimonial; de esta forma “cosa” es el género y “bien” la especie.

“Por bien entendemos todo objeto susceptible de propiedad particular, es decir, lo que por su naturaleza y por no haber una disposición legal que se oponga en su caso, puede pertenecer a una persona en exclusivo, sea ésta de Derecho Privado o de Derecho Público; el Estado inclusive.”<sup>55</sup> Cabe señalar que una de las clasificaciones de los bienes corresponde a la que los separa en muebles e inmuebles; siendo la primera, es decir, la de bienes muebles la que interesa para el estudio del delito de abuso de confianza.

*Doctrinalmente los bienes muebles se clasifican en dos clases:*

a) Por naturaleza; quedando incluidos las cosas que se puedan desplazar de un lugar a otro ya sea moviéndose por sí mismo o por una fuerza externa, con excepción de las accesorias a los inmuebles.

b) Por ficción de la ley; se encuentran representados por los instrumentos públicos y privados que representan derechos de diversa naturaleza facilitando la circulación de la riqueza; como ejemplos se tienen los títulos de crédito, acciones de sociedad, títulos representativos de mercancía, etc.

El código civil clasifica los bienes muebles atendiendo a su naturaleza o por disposición de la ley.

*Artículo 752.- Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.”*

En los artículos siguientes el legislador enumera algunas clases de bienes muebles que por sus características requieren mayor atención como las acciones de sociedades, las embarcaciones,

---

<sup>55</sup> DOMINGUEZ MARTINEZ ob. cit. p 301

los materiales de construcción y los derechos de autor; empezando por mencionar aquellos que son muebles por naturaleza

*"Artículo 753.- Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior."*

Esta definición coincide con el concepto ordinario de cosas muebles que maneja la doctrina.

*"Artículo 754.- Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."*

Por virtud de recaer sobre un bien, al que se identifica ese derecho.

*"Artículo 755.- Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles."*

Esta designación de bienes muebles es criticada por considerarse que es materia de regulación de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

*"Artículo 756 - Las embarcaciones de todo género son bienes muebles "*

Quedan incluidos en esta categoría las embarcaciones que se desplacen por aire y por agua.

*"Artículo 757.- Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación."*

Antes de que los materiales hayan quedado incorporados al edificio son bienes muebles; dicha calidad la vuelven a adquirir cuando la construcción ha sido demolida, de tal suerte que cada material que la componía tiene unidad independiente.

*"Artículo 758.- Los derechos de autor se consideran bienes muebles."*

Por tratarse de obras intelectuales, artísticas o científicas; por su naturaleza incorporeal y personal se catalogan como bienes muebles.

*"Artículo 759.- En general, son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles."*

Después de haber realizado una enumeración de bienes muebles; con ella no se agotan las numerosas especies de bienes muebles; por lo que se opto por determinar que tendrán esta categoría aquellos que la ley no considere como inmuebles.

En lo referente al objeto material al que se refiere el tipo de retención indebida; es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 382 del código penal en el que al hablar del abuso de confianza, en forma literal expresa que debe tratarse de "cualquier cosa ajena mueble." De tal suerte que al no establecer el artículo 384 ninguna observación especial en cuanto al objeto y solo mencionar la palabra "cosa"; se debe considerar que toda vez que se trata de un

abuso de confianza en su modalidad de retención; debe entonces tratarse de igual forma de “una cosa ajena mueble”.

Anteriormente los códigos penales de 1871, 1929 e incluyendo el de 1931 mencionaban que el objeto material podía consistir en 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 cualquiera otra cosa ajena mueble; esta situación a evolucionado ya que con la reforma del 29 de diciembre de 1950 y publicada en el diario oficial el 15 de enero de 1951 en el que se elimina la enumeración de los objetos en que puede recaer el abuso de confianza estableciendo la frase “cualquier cosa ajena mueble”; por consiguiente el objeto material del delito de retención indebida debe recaer sobre bienes muebles.

Pese a lo establecido en el código civil, el concepto de cosa mueble en materia penal tiene un alcance más extenso que el atribuido en materia civil. “Nadie discutirá que es posible hurtar o robar el arado o el molino de una estancia, lo mismo que un árbol, una cañería, un animal de labranza y un sin fin de cosas que, para el derecho civil, son inmuebles, siendo indiferente que la movihización provenga de una calidad propia de la cosa.”<sup>56</sup>

En el abuso de confianza son objeto de este delito “todas las cosas corporales susceptibles de apropiación. Pueden hallarse en estado sólido, líquido y gaseoso, con tal que los líquidos estén envasados y los gases contenidos en tanques u otros recipientes. También la energía eléctrica acumulada en baterías puede ser objeto de típica apropiación. La cosa, empero, ha de tener algún valor apreciable en dinero, pues si así no fuera la apropiación no sería punible, habida cuenta de que el Código Penal no contiene en relación con el delito de abuso de confianza un precepto especial, como acontece en el delito de robo para cuando la cosa no pueda estimarse en dinero o no fuera posible fijar su valor.”<sup>57</sup>

<sup>56</sup> J URE ob cit. p 32

<sup>57</sup> JIMENEZ HUERTA; Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, ob. cit. p.120

J. Ure opina que efectivamente la cosa debe tener un valor no necesariamente económico como menciona Jiménez Huerta y al respecto opina: "El concepto de valor patrimonial no corresponde necesariamente al concepto de valor económico, y el de daño patrimonial no se *identifica necesariamente con el de daño económico. Es indudable que todas las cosas que pueden ser objeto de señorío individual, y que pueden presentar una utilidad cualquiera, aún para personas distintas del detentor, son, por eso mismo, bienes patrimoniales, aunque no tengan valor económico.*"<sup>58</sup>

Para que la cosa pueda ser considerada como objeto material del delito en contra del patrimonio, basta que represente cualquier valor tanto para el sujeto pasivo como para el activo; ya que si bien es cierto no existe un precepto especial como acontece en el delito de robo cuando se trata de cosas que no tienen un valor apreciable en dinero, también es cierto que se puede apreciar su valor intrínseco y con ello determinar el daño causado por el agente derivado de su conducta ilícita. También es cierto que al derecho no le interesa el carácter afectivo que el pasivo le guarde al bien, pero desde el momento en que representa una utilidad para el activo pues por ello despliega su conducta ilícita; es obvio que para el pasivo representa un valor, y por ello le causa un daño en su patrimonio.

Por lo que se refiere a la retención esta se puede apreciar desde dos acepciones: como un derecho y como una disposición indebida de algo (sin derecho). Bajo la primera acepción el derecho de retención "es el derecho concedido por la ley a un acreedor de negarse, mientras que no se le haya pagado, a la restitución de una cosa perteneciente a su deudor aun cuando no haya recibido esa cosa por un contrato de pignoración."<sup>59</sup>

El derecho de retención se encuentra enunciado en la legislación civil y en ningún caso faculta al retenedor a hacer suya la cosa que se retiene.

<sup>58</sup> JURE, ob. cit. p. 39

<sup>59</sup> MAZEAUD, Henri y Leon; Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962, p. 153

*"Artículo 810. El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes:...*

*"II El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago;..."*

De lo anterior se desprende que la ley acepta determinados casos de retención de la cosa; de ahí que en materia de contratos se le conceda al poseedor esta facultad de retener; por ejemplo:

a) En favor del constructor, artículo 2644 del código civil.

*"Artículo 2644. El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra."*

b) En favor de los dueños de hoteles y casas de huéspedes; artículo 2669 del código civil.

*"Artículo 2669 Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a este efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado."*

Por lo que hace a la frase "cosa retenida" a que hace referencia el artículo 384 del código penal en estudio: se trata de una situación completamente diferente a lo antes expuesto. Se trata de una retención sin derecho. Cosa retenida será aquella sobre la cual el sujeto activo extiende su

posesión en forma ilegítima a pesar de conocer su obligación de entregarla o devolverla al momento de ser requerido para tales efectos.

En materia penal no existe delito de abuso de confianza cuando la persona a quien se transmite la tenencia de la cosa prolonga dicha tenencia en ejercicio de un derecho de retención. Siendo necesario fijar con claridad y precisión en que casos se tiene una legítima posesión de la cosa retenida que impide la configuración del delito en análisis y aquellos otros en que la retención es ilegítima y, por lo tanto dar lugar al delito de abuso de confianza si concluyen los demás requisitos típicos que establece la ley.

“Retiene legítimamente, y por tanto no delinque, quien ejerce un derecho de retención y quien tuvo con anterioridad el consentimiento válido del interesado o el que ha recibido la orden judicial de retener. Tampoco está obligado a entregar o devolver quien ha transformado el título original en otro traslativo de dominio.”<sup>60</sup>

#### 2.4.2 EL REQUERIMIENTO TIEMPO Y JURISDICCION.

El requerimiento es uno de los elementos de la definición que menciona el tipo penal de abuso de confianza en su modalidad de retención. Sobre el particular se limitara a dar su definición y a mencionar algunas situaciones que el legislador no a considerado en dicho precepto legal; en virtud de que se a dejado un capitulo especial para mayor amplitud y exposición del tema.

---

<sup>60</sup>FONTAN BALESTRA, Carlos Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo VI, Editorial Lavallo, 2a. edición, Buenos Aires 1994, p. 129

Se define al requerimiento como “la acción y efecto de requerir, /2. Acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa, /3. Aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguna persona exigiendo o interesando de ella que exprese y declare su actitud o su respuesta.”<sup>61</sup>

El término *requerir* significa “intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública /2. Reconocer o examinar el estado en que se halla una cosa.”<sup>62</sup>

No se trata de hacer un acto intimidatorio al sujeto pasivo sino hacerle saber que el acto que dio origen a la tenencia que guarda respecto de bien a fenecido y por lo cual debe hacer la devolución de la misma. Sin embargo la propia ley no señala o especifica los siguientes aspectos:

- a) La forma en que debe realizarse el requerimiento.
- b) Ante quien o quienes se debe realizar el requerimiento.
- c) El tiempo que debe considerarse posterior al requerimiento para estimar que se trata de una retención indebida.
- d) El lugar competente para hacer el requerimiento; trátase del lugar donde se realizó la entrega del bien o el lugar en donde se encuentra físicamente; ya que podría darse el supuesto de que la entrega del bien se haya hecho en un lugar determinado y que posteriormente la cosa se encuentre físicamente en otro lugar y fuera de la jurisdicción del primero.

<sup>61</sup> Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. p. 1144

<sup>62</sup> *Idem*

### 2.4.3 LA NEGATIVA A DEVOLVER LA COSA.

La negativa a devolver la cosa es posterior al requerimiento hecho por el sujeto pasivo; representa la retención indebida; en cuanto que la tenencia de la cosa tuvo un origen lícito.

Negarse a restituir la cosa implica omitir la obligación que se tiene, es decir, no realizar el acto debido, consistente en la devolución de la cosa.

Nuestra ley penal "configura el delito en razón de la ilícita posesión de la cosa retenida, la que supone precisamente la tenencia y la negativa a devolverla a pesar de que el agente sea requerido formalmente por quien tenga derecho, o bien a entregarla a la autoridad."<sup>63</sup>

El Código Penal Argentino reglamenta en el artículo 173 inciso 2º el delito de retención indebida agrupándolo como un caso de defraudación; definiéndolo de la siguiente manera:

*"El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver."*<sup>64</sup>

"Mientras el Código penal Argentino contra la opinión de algunos, configura el delito con la simple negativa a devolver la cosa (interpretación a que se llega en ausencia, dentro del tipo, del verbo apropiarse) o, bien a entregarla, en virtud del acto que crea la obligación, la ley mexicana requiere la posesión ilícita como consecuencia de la no devolución de la cosa de la que se tiene la tenencia pero no el dominio, lo que implica ánimo de apropiación."<sup>65</sup>

<sup>63</sup> PAVON VASCONCELOS; Comentarios de Derecho Penal, ob. cit. p. 218

<sup>64</sup> SOLER, Sebastián Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tipografía Editora Argentina, 10 a. edición, Buenos Aires 1992, p. 426

<sup>65</sup> PAVON VASCONCELOS; Comentarios de Derecho Penal, ob. cit. p. 218

Por consiguiente en el artículo 384 de nuestro ley penal, la acción radica en la ilegítima posesión que consiste en el dominio que se tiene sobre la cosa como si se fuera el dueño de la misma y no en la negativa a devolverla como sucede en el Derecho argentino.

Por otra parte la retención indebida puede presentarse sobre la totalidad o parte de las cosas objeto del delito y que le fueron transmitidas en tenencia, en cuyo caso el delito se limitara a la parte retenida.

## **2.5 JUSTIFICACION DEL TIPO DE RETENCION INDEBIDA ATENTO A LO DISPUESTO EN LA LEGISLACION PENAL**

Se justifica la existencia del delito de retención indebida bajo las diferencias radicales que existen entre los delitos de robo y fraude; como ya se menciono en el robo se da el apoderamiento de la cosa ajena sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella; en cambio en el fraude, el sujeto activo alcanza un lucro indebido o se hace ilícitamente de una cosa a través de engaños, artificios o maquinaciones. A diferencia de éstos ilícitos en el abuso de confianza se contempla la hipótesis de que el sujeto activo obtiene la cosa ajena mueble en forma lícita sin que hasta ese momento haya ilicitud en su conducta; por el contrario esta se presenta con posterioridad al acto, ya sea a través de la disposición o bien de la retención.

De no contemplarse la figura de abuso de confianza quedarían sin sanción aquellos actos que no encuadren en el robo o en el fraude. Razón por la cual el abuso de confianza tiene en nuestros días características propias de un delito en particular.

El abuso de confianza hace alusión al acto de disposición con el cual se causa el perjuicio a la víctima. Sin embargo para dar mayor amplitud a éste delito se tipificó el abuso de confianza separándolo de la disposición y contemplando el acto de retención. En ambas situaciones tiene el mismo origen y diferente forma de causar el daño.

El artículo 384 del código penal amplía la descripción típica del artículo 382 del mismo ordenamiento ya que el abuso de confianza se comete no solo por actos de disposición sino también por retención

---

## **CAPITULO TERCERO**

***ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL  
DELITO DE RETENCION INDEBIDA EN  
CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 122 DEL  
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA  
EL DISTRITO FEDERAL.***

---

## CAPITULO TERCERO

### ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

#### 3.1 CONDUCTA O HECHO.

En el primer elemento del delito, surge una problemática de terminología, al ser utilizados diversos términos como: acción, acto, conducta y hecho; sin embargo es indiscutible que el delito se integra por una conducta o un hecho humano, por lo que es conveniente estudiar cada término.

En el vocablo acción surgen dos corrientes las que aceptan en ella a la acción y a la omisión y los que estiman que no se debe abarcar a ambos términos como dos formas de conducta sino únicamente para designar un hacer. Este término no es el adecuado en virtud de ser de naturaleza contraria, ya que si consideramos a la acción como movimiento y a la omisión como inactividad no puede utilizarse como género el uno para el otro.

El acto al igual que la acción se refiere únicamente al "hacer" y no puede comprender a la omisión por ser contrarios "En el campo del hacer, el acto tampoco es aceptable pues a veces viene a ser la acción en sí y otras forma parte de la misma, al estar constituida por varios actos; hipótesis que da lugar a la clasificación de los delitos en unisubsistentes y plurisubsistentes; además de que el acto no abarca al hecho que constituye una hipótesis del elemento material."<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> PORTE PETIT; ob cit p 231

El término conducta o hecho es utilizado para abarcar la acción y la omisión. Se presenta en dos formas: una positiva reflejada en un hacer y otra negativa consistente en un no hacer. Se afirma que son los términos aceptados puesto que la conducta representa un comportamiento humano voluntario donde cabe la acción y la omisión encaminada hacia un propósito. La conducta tiene una dirección, es decir, el sujeto persigue un fin determinado.

En relación al término hecho se debe alejar la idea naturalística de considerarlo como todo acontecimiento de la vida que puede proceder del hombre o de la misma naturaleza; por el contrario debe entenderse como un conjunto de elementos que integra el delito, producido por una conducta, que ocasiona un cambio en el mundo exterior, es decir, un resultado unido por un nexo causal.

El elemento objetivo del delito puede constituirse por una conducta cuando se trata de delitos de mera conducta, o de un hecho cuando se este en presencia de un delito de resultado material, según la hipótesis que marque la ley, por lo que no se puede limitar a considerar como elemento objetivo sólo a la conducta ya que sería reducido "y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella."<sup>67</sup>

Para concluir esta diferencia de términos se dirá que tanto la conducta como el hecho son elementos objetivos del delito y que se esta ante una conducta cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto, agotándose en ese momento el tipo penal y ante un hecho cuando el tipo exija además de la conducta un resultado material unido por un nexo causal.

No se debe olvidar que el término conducta es genérico y abarca tanto a la acción como a la omisión; mismas que constituyen su forma de expresión.

---

<sup>67</sup> Ibidem; p 233

## A) ACCION

La acción como conducta es la actividad que ejecuta el sujeto con conocimiento de causa, es decir, dirige su actuar de diversas formas para alcanzar un fin determinado. La finalidad consiste en dirigir la actividad de manera consciente, los objetivos que se persiguen están perfectamente visualizados. La acción se integra por dos fases:

a) *Fase interna.* En esta fase el sujeto plantea el objetivo que pretende alcanzar; determina los medios por los cuales lo realizara y contempla los efectos concomitentes que van unidos a los medios elegidos y que pueden ser relevantes para el derecho penal; estos efectos producen que el sujeto replantee el fin que persigue y una vez que los admite y asegure su utilización los efectos forman parte de la acción.

b) *Fase externa.* Representa la realización del fin que persigue una vez que a elegido los medios y ponderado los efectos concomitante. Su acción se refleja en el mundo externo a través de la puesta en marcha del objetivo visualizado; existe un nexo causal que une la acción con el fin.

En la vida diaria el hombre realiza acciones encaminadas hacia un fin, siendo relevantes para el derecho solo aquellas acciones finalistas que tengan resultados antisociales, los cuales deben estar contenidos en los tipos penales.

De lo anterior se puede observar que el sujeto actúa con dolo o culpa como consecuencia de su acción típica. Cabe agregar que no toda la conducta es delictiva sino solo aquella que encuadra en la norma descrita por la ley; cuando el agente ejecuta una conducta positiva viola siempre un deber; por lo tanto en los delitos de acción el activo debería abstenerse de realizar esa conducta por tratarse de un mandato de no hacer.

## B) ACCION NEGATIVA U OMISION

Las normas penales comprenden normas prohibitivas y normas imperativas, en las cuales se ordenan acciones cuya omisión produce resultados antijurídicos. La acción negativa u omisión reviste dos formas.

- 1) una omisión simple.
- 2) una omisión impropia o también llamada comisión por omisión.

**La omisión simple.** Es una inactividad voluntaria frente al deber jurídico de obrar que establece la ley penal. Consiste en el no hacer, voluntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico. En el momento en que se esta incumpliendo con lo que establece la norma se incurre en una violación, en virtud de que el sujeto no realiza lo establecido en la ley. Los elementos de la omisión son tres:

- 1.- La voluntariedad. Hace referencia a la voluntad del sujeto consistente en no querer realizar la acción exigida.
- 2- La inactividad o abstención. Se encuentra íntimamente ligada a la voluntariedad ya que la inactividad o no hacer se refiere a la voluntad que manifiesta el agente en no realizar lo exigido por el derecho.
- 3.- El deber jurídico de obrar. Este se encuentra implícito en la norma penal, ya que en el concepto de omisión se hace referencia a la acción esperada y exigida, incumpliendo con dichos mandatos; de esta manera el sujeto obligado por la norma tiene la llamada posición de garante, es decir, tiene el deber de evitar el resultado, toda vez que la ley señala al sujeto determinados deberes.

En los delitos de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente en la ley, violándose por lo tanto una norma dispositiva y produciendo un resultado jurídico. El tipo se agota con la conducta del sujeto traducida en inactividad.

En lo relativo a los delitos llamados de olvido se les considera culposos, cuando el autor no haya procurado por falta de cuidado o diligencia, realizar la acción debida.

**La omisión impropia.** También llamada por lo juristas comisión por omisión, es un tanto compleja y de dudosa existencia toda vez que el resultado obtenido es material, considerándose por tanto como delitos de acción.

Se estará en presencia de un delito de comisión por omisión "cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva."<sup>68</sup>

En la comisión por omisión se viola un deber de obrar y un deber de abstenerse, infringiendo al mismo tiempo una norma preceptiva y otra prohibitiva; consistiendo la primera en una violación a lo establecido en la norma penal o de otra rama del derecho y que impone el deber de obrar. La prohibitiva es de carácter penal, establece la punibilidad al resultado material obtenido. Los elementos de la omisión impropia son:

- 1.- Una voluntad;
- 2.- La inactividad o no hacer;
- 3.- Deber de obrar,
- 4.- Un deber de abstenerse.
- 5.- El resultado típico y material.

---

<sup>68</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, 12a edición, México 1995 p. 217

- La voluntad y la inactividad o no hacer, fueron tratados en la omisión simple.
- En relación al deber de obrar existen tres criterios para determinar su origen:
  - a) De un precepto jurídico, es decir, de un ordenamiento de derecho público o privado, violándose una norma penal o de otra rama del derecho. Cabe hacer notar que la violación a esta norma preceptiva es el medio para realizar el hecho previsto como delito.
  - b) De un deber derivado de una obligación, de una anterior aceptación del deber de obrar, es decir, que la obligación de realizar la acción surge sobre la base de un negocio jurídico, esto es, de un acto o un contrato; y que en cuyo caso existe obligación de realizar la acción esperada, por estar previamente acordada
  - c) Deber derivado de un actuar o acción precedente que no sean dolosos “cuando el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para el mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al derecho.”<sup>69</sup>
- El deber de abstenerse consiste en realizar una conducta omisiva faltando a lo que la ley prohíbe. En este tipo de delitos se viola una norma preceptiva y una prohibitiva, al mismo tiempo que no se hace lo que debe hacerse, se hace lo que está prohibido por la ley.
- El delito de comisión por omisión es un delito de resultado, el cual debe ser imputado al autor de la omisión; en este tipo de delitos el resultado obtenido es jurídico y material, toda vez que al violarse la norma prevista en la ley se obtiene el resultado típico, que al producir un cambio en el mundo exterior, trae como consecuencia un resultado material.

---

<sup>69</sup> Ibidem. p 218

Se hace necesario el estudio del resultado por ser este la consecuencia de la conducta humana representada en sus dos acepciones positiva y negativa; el cual se encuentra unido a ella por un nexo causal.

## RESULTADO

La palabra resultado tiene un amplio significado y en múltiples disciplinas se ha encontrado su definición y explicación. En una concepción más amplia el resultado consiste en aquellos efectos del mundo naturalístico, producto de la conducta del hombre; ya sea positiva o negativa. En esta posición quedan comprendidos el actuar positivo o negativo del agente que con cualquiera de las dos conductas produce diversos efectos en el mundo exterior; no siendo todos estos de relevancia para el derecho penal, sino solo aquellos que son necesarios para la integración del tipo descrito por el legislador.

Se parte del principio "de que no hay delito sin resultado jurídico, ya se trate de delitos que tienen únicamente resultado jurídico o jurídico y material."<sup>70</sup> Existe un delito de resultado jurídico cuando el tipo requiere una conducta positiva o negativa, aun cuando esta no produzca un cambio externo. Existe un delito de resultado jurídico y material cuando se produce además del resultado jurídico otro material, entendiéndose éste, como el cambio que se produce en el mundo exterior ya sea de naturaleza anatómica, fisiológica, o económica, que se encuentre descrito por la ley.

Se concluye que el resultado es la consecuencia de la conducta ya sea positiva o negativa. En el delito de retención indebida el resultado es representado por el daño patrimonial que sufre el sujeto pasivo con la negativa del activo a realizar la entrega de la cosa ajena mueble que ilegítimamente retiene.

---

<sup>70</sup> PORTE PETIT, ob. cit. p. 261

## NEXO CAUSAL

Nexo causal "es la relación que media entre la conducta y el resultado, haciendo posible la atribución material de éste a aquella como su causa."<sup>71</sup> Si se evade la conducta y se produce el resultado, no existe una relación de causalidad, para que esta se presente es necesario que el resultado sea la consecuencia de la conducta desplegada por el agente.

Ha sido muy debatido lo relativo a la causalidad en la omisión impropia; los juristas que niegan la relación de causalidad en la omisión parten de la idea de que una abstención, no hacer "algo" pueda producir "algo". "El problema de la causalidad en la acción es opuesto al de la omisión, pues en la causalidad en la acción, si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce, en tanto que en la causalidad en la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida el resultado se produce."<sup>72</sup>

En los delitos de comisión por omisión, se encuentra una relación entre causa - efecto, por producir un cambio en el mundo exterior, es decir, tener un resultado jurídico y material. "Es la misma omisión la que constituye la relación causal, lo que significa que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado."<sup>73</sup>

Es claro que en el delito de retención indebida existe una relación de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado obtenido; toda vez que el sujeto activo está obligado a realizar una acción esperada y exigida consistente en la devolución o entrega de la cosa ajena mueble, misma acción que de llevarse a cabo el resultado no se produce; por lo que con su negativa a la entrega de la cosa, se produce el resultado, siendo evidente la relación entre la omisión y el resultado.

<sup>71</sup> CORTES IBARRA Miguel Angel; Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, 4a. edición, México 1992, p. 154

<sup>72</sup> PORTE PETIT; ob cit. p. 277

<sup>73</sup> Ibidem, p. 279

### 3.1.1 LA CONDUCTA EN LA RETENCION INDEBIDA

En algunas legislaciones extranjeras la palabra retención es utilizada como equivalente de apropiación, entendiéndose como el ejercicio de actos equivalentes al de propietario con respecto a la cosa; de tal suerte que el delito en estudio sea conocido como apropiación indebida. La legislación mexicana no utiliza el término apropiación; delimita perfectamente las especies de abuso de confianza en disposición como hipótesis genérica y en retención como hipótesis específica

El término conducta abarca tanto a la acción como a la omisión; de ahí que en el delito de retención indebida se trate de un conducta omisiva, la cual se manifiesta con la negativa a la devolución o entrega de la cosa ajena. En la retención indebida se esta en presencia de un delito de comisión por omisión porque el agente al omitir la acción esperada y exigida, es decir, la entrega de la cosa, produce un resultado jurídico y material, presentándose una relación causa - efecto entre la omisión del agente y el resultado obtenido.

La conducta omisiva del agente es totalmente dolosa, toda vez que aún sabiendo el daño que causara al no entregar el bien continua con su inactividad.

Al considerarse la retención indebida como un delito de comisión por omisión, este presenta las siguientes características en la conducta del agente:

- 1.- Voluntad. La voluntad del agente, consistente en no querer realizar la entrega de la cosa. La finalidad que persigue con su conducta es mantener la cosa dentro de su posesión en forma ilegítima y causar con ello un daño; de ahí que su omisión sea dolosa.
- 2.- El sujeto mantiene plena inactividad o no hacer. El tipo que contiene la retención indebida es una norma imperativa, es decir, que tiene que cumplirse, de tal suerte que al mantener el agente una conducta omisiva consistente en no devolver la cosa se comete el ilícito.

3.- Surge el deber de obrar del sujeto. Con base en esta afirmación el sujeto tiene la posición de garante, es decir, de evitar el resultado. La posición de garante del sujeto proviene:

a) De la ley. En virtud de que se espera la acción del sujeto, es decir, se espera la entrega de la cosa, con su negativa se viola la norma preceptiva (norma penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva (de carácter penal, por realizar lo que la ley penal prohíbe).

b) De un deber derivado de una obligación. Con frecuencia el abuso de confianza para ambas modalidades disposición y retención tiene como origen un acto jurídico o un contrato, entre los que se pueden citar al mandato, arrendamiento, depósito; ambas situaciones crean la obligación de realizar una acción esperada por estar previamente acordada. En la retención la persona que transmitió la tenencia espera le sea devuelta.

4.- Deber de abstenerse. Representa la violación a lo que la ley prohíbe. El tipo en estudio prohíbe la ilegítima retención; con la conducta omisiva del agente se realiza lo que el ordenamiento prohíbe

5.- El resultado típico. En la retención indebida se presenta un resultado formal que es la violación del precepto legal y un resultado material que es el daño patrimonial.

### 3.1.2 LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

Frente a la conducta o hecho tenemos la ausencia de conducta como factor negativo. Si la conducta es el comportamiento del hombre, reflejado en una actividad o inactividad voluntarias; en ellos se integra la acción u omisión. Es importante destacar que el elemento volitivo constituye el coeficiente psíquico indispensable para la integración de la conducta; de tal forma que la ausencia de conducta impide la configuración del delito.

Habrá ausencia de conducta cuando la actividad o inactividad no son atribuibles al sujeto como suyos por falta de voluntad.

No cualquier intervención del ser humano en un acontecimiento constituye una conducta relevante para el derecho penal. El problema se presenta cuando a pesar de la protagonización del hombre, no se esta en presencia de una conducta en su amplia acepción acción u omisión.

Zaffaroni señala que “los supuestos en que no hay voluntad pese a participar un hombre son los siguientes:

- a) Fuerza física irresistible
- b) Involuntabilidad estado de inconciencia y, parcialmente; incapacidad de dirigir las acciones.”<sup>74</sup>

La legislación penal mexicana recopila todas las especies de ausencia de conducta en forma genérica, siendo su sustento jurídico la fracción I del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal:

*“Artículo 15. El delito se excluye cuando:*

*“I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente .:”*

Esta es la base jurídica de las dos formas de ausencia de conducta conocidas como fuerza absoluta y fuerza mayor.

#### **A) Vis Absoluta.**

“Por fuerza física irresistible deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el

<sup>74</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl Manual de Derecho Penal Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, primera reimpresión, México 1991, p. 380

hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica.”<sup>75</sup>

El sujeto actúa físicamente y en forma involuntaria impulsado por la fuerza exterior de carácter físico, sin poder evitarlo. El sujeto no quiere realizar la conducta y por lo tanto no es el quien obra sino el que actúa ejercitando la fuerza física sobre él.

El resultado típico obtenido por la conducta del agente es realizado físicamente por su movimiento corporal, pero carece de voluntad por verse obligado a realizarlo, al sufrir en su persona una fuerza exterior superior a él, sin que pueda evitarla. En otras palabras la conducta es realizada por una voluntad ajena al activo, por ello la acción no existe por carecer del elemento voluntariedad.

“En el fondo de esta eximente en vano se le ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se haya compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mental para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz, por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad, la verdadera naturaleza jurídica de ésta excluyente debe buscarse en la falta de conducta.”<sup>76</sup>

En el delito de retención indebida no se presenta la vis absoluta.

## **B) Vis Maior.**

La vis maior es una fuerza exterior de carácter irresistible originada por la naturaleza. A diferencia de la Vis absoluta que debe provenir de un ser humano; la vis maior proviene necesariamente de la naturaleza como el viento, corriente de agua, un sismo, caída de un árbol, etc

<sup>75</sup> Ibidem, p 380

<sup>76</sup> CASTELLANOS TENA, ob. cit. p. 163

Al igual que la vis absoluta, el sujeto activo realiza una actividad o inactividad causando daño a un bien jurídicamente tutelado y cuyo resultado no puede ser atribuible a él por carecer de voluntariedad.

La doctrina señala que son causas de ausencia de conducta:

- a) Los movimientos reflejos.
- b) El hipnotismo
- c) El sueño.
- d) El sonambulismo.

**a) Movimientos reflejos.**

Se entiende por movimientos reflejos, el movimiento corporal del hombre en el que se encuentra ausente la voluntad, presentándose una ausencia de conducta. Castellanos Tená indica que "si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos ya no funciona como factores negativos del delito."<sup>77</sup>

Resulta inaplicable la ausencia de conducta en la retención indebida; si partimos de la idea de que el acto reflejo es un movimiento corporal no controlable en el que se presenta la ausencia de voluntad por parte del sujeto y la retención indebida es un delito de comisión por omisión, resultaría ilógico que el sujeto dejare de hacer algo que esta obligado a hacer por la presencia del movimiento reflejo.

**b) Hipnotismo.**

El hipnotismo consiste "en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas

---

<sup>77</sup> Ibidem: p. 164

por una causa artificial.”<sup>75</sup> La hipnosis puede ir desde un estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, asentandose en cada etapa el grado de hipnosis en que se encuentre el sujeto. En el estado hipnótico el sujeto carece de dolor y actúa por mandato del hipnotizador; cuando despierta del sueño hipnótico carece de memoria. Ha sido discutido si en el sueño hipnótico el sujeto es capaz de cometer un ilícito atacando ordenes del hipnotizador; a este respecto las opiniones se dividen:

La Escuela de Nancy considera que es posible que el hipnotizado ejecute los actos ordenados por el sólo hecho de que el hipnotizador los repita en forma insistente, dando lugar a que el sujeto los ejecute en forma automática e involuntaria. Situación que impide la integración de la conducta.

La Escuela de París sostiene que el sujeto que cae en sueño hipnótico, no ejecuta actos, por considerar que se conserva capacidad de resistencia a las ordenes dadas por el hipnotizador.

La Escuela Ecléctica o intermedia considera que el sujeto cumplirá las ordenes dadas por el hipnotizador, dependiendo del grado de debilidad mental que tenga el sujeto.

Algunos tratadistas sitúan al hipnotismo como una causa de inimputabilidad por considerar que el sujeto pasa por un trastorno mental de sus facultades. Cabría analizar si el sujeto hipnotizado tiene capacidad intelectual y volitiva al momento del hipnotismo; si se determina que éste se coloca bajo ese supuesto para cometer un delito, no se trata de una inimputabilidad; sino de una Actio Libera Incausa.

Por el contrario si el sujeto justifica haber sido víctima de tal estado sería inimputable, no solo por carecer de voluntad sino que no quiere ni entiende el resultado, convirtiéndose en un instrumento para cometer el delito. Debiéndose situar al hipnotismo como una causa de inimputabilidad toda vez que el sujeto carece de voluntad y de entendimiento; de tratarse de una

---

<sup>75</sup> PAVON VASCONCELOS; Manual de Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 284

ausencia de conducta, solo carecería de voluntad, no siendo el caso del hipnotismo.

En el tipo penal en estudio no cabe la posibilidad de que el activo se coloque ante tal situación para cometer el ilícito.

### c) Sueño

“El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Así por ejemplo, si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin consentimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, más faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal situación sea relevante en el campo del derecho. Al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende de delito.

A pesar de ello, en el mismo ejemplo, puede surgir responsabilidad culposa si la madre, sabiendo que su hijo recién nacido la acompaña en el hecho y conociendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar su cuerpo sobre él durante un movimiento inconsciente, pues el resultado no fue previsto por ella teniendo obligación de preverlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho, o habiéndolo representado, tuvo la esperanza de su no aparición.”<sup>79</sup>

“Por lo que ve al sueño, lo más fácil será suponer la realización de omisiones antijurídicas que se deban al hecho de haber caído el sujeto en tal estado, o porque éste se prolongue más de lo debido hasta comprender el momento en que debía ejecutarse la acción cuya falta constituye la omisión. Puede cualquiera de estas cosas ocurrir involuntariamente (por exceso de fatiga invencible, por descompostura del reloj despertador o falta de la persona encargada de

---

<sup>79</sup> Ibidem, p. 281

despertarle, etc), en cuyo caso habría falta de acto; puede incurrirse en ello culpablemente; y puede también ser la omisión una verdadera actio libera in causa y por tanto ser juzgada como dolosa, si el responsable la prevé y consiente al entregarse al sueño.”<sup>80</sup>

Resulta difícil que en el delito de Retención indebida surja una ausencia de conducta de esta naturaleza; es inadmisibles que el sujeto se coloque en estado de sueño para incumplir con su obligación, no pudiendo éste mantener dicho estado por tiempo prolongado, mas aún no podría requerirse la entrega de la cosa en estado de sueño.

#### d) Sonambulismo

Al igual que el sueño, en el sonambulismo, el sujeto no actúa con voluntad, carece de capacidad de discernimiento, por encontrarse en un estado patológico, en virtud de que el sonambulismo es considerado como una enfermedad en la cual se encuentran suprimidas las facultades mentales y por lo tanto será una causa de inimputabilidad.

“La simple realización de una conducta de acuerdo con los ensueños e irrealidades que se desarrollan en la mente durante el sueño, es ya más bien del dominio del sonambulismo, en el cual el sujeto se mueve y ejecuta actos sin la dirección de una verdadera conciencia, sino regido por imágenes de la subconsciencia que se provocan por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, los cuales sufren una incorrecta asociación y dan al sujeto una impresión, una especie de conciencia que no corresponde a la realidad.”<sup>81</sup>

Resulta inadmisibles que la retención indebida presente una ausencia de conducta por un estado sonambúlico.

---

<sup>80</sup> VILLALOBOS, Ignacio, ob. cit. p. 420

<sup>81</sup> Idem

### 3.2 TIPICIDAD

El segundo elemento en la teoría del delito es la tipicidad. “Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa.”<sup>82</sup>

La tipicidad es la adecuación de una conducta específica al tipo legal, descrito por la ley. Las figuras típicas eliminan intuiciones y emociones brindando certidumbre jurídica en el sentido de que el autor desplegó una conducta la cual encuadra perfectamente en lo señalado por la ley como ilícito.

Representa una garantía para la seguridad, la justicia, la tranquilidad y la libertad de los ciudadanos, situación que se ve reflejada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*“ART 14.- ...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. ...”*

Sin embargo el vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo que proviene del latin “*typus*”, por lo que es necesario estudiar el concepto de tipo, así como los elementos que lo forman para comprender mejor el concepto de tipicidad.

---

<sup>82</sup> PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 312

### 3.2.1 EL TIPO Y SUS ELEMENTOS.

La palabra tipo, proviene “del latín *Tipus*, que en su acepción trascendental para el Derecho Penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia.”<sup>83</sup>

Ahora bien, si para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos, se debe destacar que no toda conducta o hecho es delictuoso, sino solo aquel que es típico, antijurídico y culpable

Se define al tipo como “la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.”<sup>84</sup> La acción y la omisión se encuentran previstos en la ley, el legislador a plasmado en los tipos la finalidad que persigue el sujeto con su conducta.

El tipo cumple una triple función:

- 1.- Función sancionadora y represiva de conductas que se adecuen al tipo, es decir, típicas.\*
- 2.- Función de garantía; en cuanto que solo las conductas típicas serán sancionadoras.\*
- 3.- Función preventiva; el tipo penal indica al ciudadano que conductas son delictivas, con lo que se pretende que se abstengan de realizar dicha conducta.\*

Se debe considerar como elemento principal del tipo, a un sujeto que es el que realiza la acción, al sujeto pasivo que es el que resiente el daño y al bien jurídicamente tutelado, sin olvidar las demás características necesarias para integrar un delito.

<sup>83</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Editorial Porrúa, 4a. edición, México 1983, p. 27

<sup>84</sup> CASTELLANOS TENA: *ob cit* p 167

\*Cfr ORELLANA WIARCO, Octavio, Teoría del Delito. sistemas Causalista y Finalista. Editorial Porrúa, 5a. edición. México 1997. p 96

El tipo penal describe los elementos materiales necesarios que caracterizan a cada delito, la descripción se hace a través de elementos objetivos de la conducta o bien mediante referencias expresas de valoración normativa y subjetiva de la conducta. Se desprende que los elementos del tipo son:

1.- Elementos descriptivos o de descripción objetiva\*

- a) Sujeto activo
- b) Sujeto pasivo
- c) Referencias temporales y espaciales
- d) Referencias a los medios de comisión
- e) Referencias al objeto material

2.- Elementos normativos\*

3.- Elementos subjetivos del tipo\*

- a) Dolo de tipo
- b) Culpa de tipo

**1.- Elementos descriptivos o de descripción objetiva:**

Son aquellos que describen la conducta o el hecho imputando, creando responsabilidad penal. Detallan con mayor precisión la conducta antijurídica, las referencias que se dan son en relación al sujeto activo, al sujeto pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio.

**a) Sujeto activo.**

El sujeto activo forma parte del tipo, ya que no se concibe un delito sin la participación de la persona que desplegó su conducta, debiéndose entender como sujeto activo la persona física que interviene en la realización del delito.

---

\*Cfr ORELLANA WIARCO, Octavio; Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista. Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1997. p.p 98 y 99

Hay ocasiones en que el sujeto activo puede ser cualquiera y entonces se está frente a un tipo común indiferente. De igual forma es muy común encontrar en la legislación penal, que el tipo establezca una determinada calidad en el sujeto activo, excluyendo su ejecución a cualquier agente que no reúna la calidad exigida en el tipo; se habla entonces de delitos propios o exclusivos. Como ejemplo se citara la calidad de servidor público, en el ejercicio indebido de servicio público; la calidad de mexicano por nacimiento en el delito de traición a la patria.

#### **b) Sujeto pasivo.**

En todo delito existe un sujeto pasivo, debiéndose entender como el titular del bien jurídico protegido por la ley. Siendo necesario distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la conducta

El sujeto pasivo del delito es la persona física o moral que ve afectado un interés jurídico, por cuanto ha sido cometido en su agravio; el sujeto pasivo de la conducta es aquel que resiente directamente la conducta ilícita, en ocasiones se conjugan ambos sujetos en una misma persona.

En virtud de que la ley tutela bienes no solo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

- 1.- Las personas físicas.
- 2.- Las personas morales.
- 3.- El estado, como titular de los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y por ende también pueden ser víctima de un delito.
- 4.- La sociedad en general

También sucede que el tipo puede exigir determinada calidad en el sujeto pasivo y al no suceder esta no puede darse la tipicidad, por ejemplo en el artículo 189 del Código penal exige la calidad de servidor público para ser sujeto pasivo.

*“Artículo 189. Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicará de uno a seis años de prisión, además de la que le corresponda por el delito cometido”*

### **c) Temporales y Espaciales.-**

Hay referencias temporales cuando el tipo exige que la comisión ocurra en ese lapso de tiempo, por ejemplo: niño recién nacido en el artículo 277 del Código Penal.

*“Artículo 277. Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en algunas de las infracciones siguientes:*

*“I Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre; ...”*

Las referencias espaciales, cuando el tipo exige una referencia espacial o sea de lugar. Por ejemplo lugar cerrado en el artículo 381 fracción I

*“Artículo 381. Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes:*

*“I Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado; ...”*

#### **d) Referencias a los medios de comisión.**

Cuando la ley requiere de ciertos medios de ejecución para la integración del tipo o para agravar la pena. Por ejemplo el artículo 372 de código penal vigente, al mencionar el robo con violencia; el engaño como medio comisivo para alcanzar un lucro indebido en el fraude, previsto en el artículo 386 del mismo ordenamiento.

#### **e) Referencias al objeto material.**

Doctrinalmente se ha distinguido entre objeto jurídico y objeto material no debiéndose confundir este último con el sujeto pasivo, que en ocasiones se constituye al mismo tiempo en objeto material.

El objeto jurídico es la institución o el bien jurídico tutelado por la ley y que la acción u omisión lesionan. por lo que se habla de intereses protegidos como la vida, el patrimonio, el estado civil, etc. El objeto material es la persona, cosa sobre quien recae el daño o peligro, es decir, la persona o cosa sobre la que recae la conducta.

Existen situaciones en que el objeto pasivo es diferente al objeto material como en el robo o en el delito de abuso de confianza en cualquiera de sus modalidades (disposición y retención); pero hay otras en que el sujeto pasivo se identifica al objeto material como puede ser el homicidio o las lesiones.

## **2.- Elementos Normativos.**

Contienen situaciones más complejas que los objetivos y en ocasiones es necesario la realización de juicios normativos sobre el hecho; "se trata de una actividad de carácter valorativo, la cual no debe realizarse. sin embargo, desde el punto de vista subjetivo del juez, sino con

criterio objetivo, o sea, según la conciencia de la comunidad”,<sup>85</sup> basada en tiempo y acorde a la época. Así tenemos dos clases de elementos normativos:

a) Elementos con valoración jurídica; cuando la ley dice por ejemplo “cosa ajena”, “funcionario” “bien mueble”.

b) Elementos con valoración cultural; por ejemplo la deshonra, el descrédito y el perjuicio en el delito de difamación. Tal valoración es necesaria para poder observar la antijuridicidad de la conducta.

### 3.- Elementos Subjetivos.

La doctrina a vinculado este elemento subjetivo a la antijuridicidad y a la culpabilidad. No siendo aceptable atribuirle a tal o cual elemento. Por el contrario debe estudiarse dentro del tipo y la tipicidad; siendo necesario el estudio de cada tipo en particular para poder atribuir el elemento subjetivo.

“El contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activa u omisiva.”<sup>86</sup> Por lo tanto los elementos subjetivos del tipo son:

a) Dolo de Tipo

b) Culpa de tipo

<sup>85</sup> MARQUEZ PIÑERO, Miguel Angel; **Derecho Penal Parte General**, Editorial Trillas, México 1986, p. 220

<sup>86</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio; **Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista**, Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1997, p. 97

### A) Dolo de Tipo

La existencia del dolo supone en el agente la conciencia de la ilicitud de su conducta; sin embargo el conocimiento de su conducta antijurídica no requiere de un saber técnico pues ello supondría un estudio jurídico; por el contrario debe tratarse del conocimiento de la naturaleza de los hechos y del significado de su conducta en el sentido más sencillo y no técnico.

“Obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, que quiere o acepta, pues su producción no le detiene en su obrar”<sup>57</sup>

El dolo es la voluntad que presenta el agente al dirigir su conducta a un fin determinado. En el dolo se incorpora el elemento volitivo en cuanto dirige su conducta hacia un fin y una representación por cuanto se traduce en un conocimiento. Partiendo de lo anterior se considera como elementos del dolo los siguientes:

- a) Elemento cognositivo
- b) Elemento volitivo

**Elemento cognositivo.** El sujeto tiene conocimiento de lo que hace; sabe que su conducta es ilícita. Este elemento cognositivo comprende los siguientes aspectos:

- 1.- El sujeto tiene conocimiento de lo que hace
- 2.- El sujeto conoce o advierte que su conducta producirá un delito.
- 3.- El sujeto sabe de la relación causal de su conducta criminosa con el resultado.

<sup>57</sup> FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal. Introducción y Parte General, Editorial Abeledo Perrot, 14a. edición, Buenos Aires Argentina 1993, p. 360

**Elemento volitivo.** No basta que el autor tenga conocimiento de los elementos que integran el tipo; se hace necesario el querer realizar la conducta; entonces el elemento volitivo radica en querer dirigir la conducta hacia la realización del tipo.

Es frecuente encontrar diversas clasificaciones de dolo, sin embargo por efectos prácticos se clasificara en:

1) **Dolo directo.** Se presenta cuando el resultado obtenido de la conducta del agente corresponde a la intención del activo, es decir, quiere y acepta el resultado.

2) **Dolo indirecto.** Conocido también como dolo de consecuencias necesarias, surge cuando para la realización del fin que persigue el activo, comprende o sabe que tiene que ejecutar otras conductas típicas y antijurídicas que sin ser el objetivo de su voluntad las acepta y las admite para lograr sus propósitos.

3) **Dolo eventual.** Surge cuando el agente queriendo el resultado típico considera la posibilidad de que surjan otros resultados no queridos y a pesar de esta situación continua su conducta. Se caracteriza por la incertidumbre en la producción de otros ilícitos.

## B) Culpa de Tipo

Es requisito para que una conducta sea considerada como delictuosa que haya sido dolosa o bien que el resultado sea producto de un actuar sin la diligencia debida y sin intención, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley; es decir, se ha obrado culposamente.

Se puede definir la culpa como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos

y costumbres.”<sup>88</sup>

Habrá culpa cuando la conducta sin ser encaminada a la producción de un resultado típico, surge a pesar de ser previsible y evitable por no llevarse a cabo las precauciones necesarias; obrando entonces con negligencia o imprudencia. Como resultado de que la conducta no es dirigida hacia un resultado típico; en ocasiones esta se proyecta con consecuencias lesivas a la sociedad. Dada esta circunstancia en los delitos culposos la acción no est  precisada como en los delitos dolosos, correspondiendo al juzgador observar la actuación del sujeto en relación con el deber de cuidado que debio tener. Por lo tanto los delitos culposos encuentran su fundamento en el deber de cuidado que el sujeto debió tomar en cuenta al realizar su acción finalista. De lo anterior se desprende que son elementos de la culpa:

- a) Una conducta positiva o negativa
- b) Que la conducta sea ejecutada sin las precauciones exigidas
- c) Los resultados de la conducta deben ser previsibles y evitables al igual que tipificados penalmente.
- d) La relación causal entre la conducta y el resultado no querido.

Se han distinguido dos clases de culpa

- a) **Culpa consciente, con previsión o con representación.** Se presenta cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, sin embargo no lo quiere, abrigando la esperanza de que este no ocurrirá.
- b) **Culpa inconsciente, sin previsión o sin representación.** Cuando no se prevé un resultado previsible. “Ignorancia de las circunstancias del hecho a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder) Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de

<sup>88</sup> PAVON VASCONCELOS; Manual de Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 445

miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).<sup>89</sup>

Con frecuencia se ha confundido a la culpa consciente con el dolo eventual, por lo que es conveniente destacar su diferencia. En ambas situaciones existe voluntad en la conducta y representación del resultado típico pero en el dolo eventual existe indiferencia ante el resultado, en la culpa con previsión no se quiere abrigando la esperanza de que no se producirá.

La legislación penal determina técnicamente que la conducta del agente es dolosa y culposa, así lo declara el artículo 8o. para más adelante el artículo 9o. definir cada actuación.

*"Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."*

*"Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y*

*"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*

Por lo que se refiere al primer párrafo del artículo noveno, la ley define las acciones dolosas reuniendo en ellas las diferentes clases de dolo: directo, indirecto y eventual. Con respecto al obrar culposo se encuentra presente la infracción al deber de cuidado que el agente comete.

<sup>89</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990, p. 378

### 3.2.2 CLASIFICACION DEL TIPO

Los estudiosos del derecho han pretendido hacer una correcta clasificación de los tipos penales, siguiendo al profesor Castellanos Tena los clasifica en atención a su composición, a su ordenación metodológica, a su autonomía o independencia, por su formulación, por el daño que causan

#### 1.- En atención a la forma en que se constituyen:

a) Normales.- Cuando el legislador emplea palabras puramente objetivas, no tienen dificultad para comprender su contenido.

b) Anormales.- Como consecuencia de las frases empleadas por el legislador es necesario una valoración cultural o jurídica, debiéndose realizar un análisis y estudio de cada elemento para comprender su alcance.

#### 2.- Por su ordenación metodológica:

a) Fundamentales o básicos.- Cuando por el bien jurídico que se tutela se establece una categoría común que sirve de título a cada grupo de ilícitos penales, por ejemplo: delitos en contra de las personas en su patrimonio

b) Especiales.- Es aquel que se desprende de la categoría de los delitos que integran los tipos básicos, agregándose a este ilícito nuevas características; de tal manera que deja la subordinación para convertirse en un tipo independiente. Se subdivide en agravado cuando la penalidad es severa y en privilegiada cuando la penalidad es menor.

c) Complementarios - Son aquellos que se integran del tipo básico pero que al agregarse nuevas características, continúan subordinados a este. Los tipos complementarios son agravados cuando

como consecuencia de habersele sumado una nueva característica, la penalidad le aumenta; y cuando dadas las características en que se realiza el ilícito se ve favorecido en la penalidad, se dice que es complementario privilegiado.

### **3.- En función a su autonomía e independencia:**

- a) Autónomos e independientes.- Son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo.
- b) Subordinados.- Son aquellos que para su existencia dependen del tipo básico; que por la calidad de autónomo complementan y se subordinan a él.

### **4.- Por su formulación:**

- a) De formulación casuística.- Cuando el legislador establece varias formas de comisión. Se subdividen en alternativamente formados cuando se establecen dos o más hipótesis para que se integre el delito en forma indistinta; y acumulativamente formados cuando el legislador exige que concurren todas las hipótesis que señala el tipo.
- b) De formulación amplia.- cuando se describe en forma genérica la conducta o hecho, en donde la acción típica se puede verificar por diversos medios comisivos.

### **5.- Por el daño que causan:**

- a) De daño o de lesión - Son los que una vez consumados causan un daño directo y efectivo en el bien jurídicamente protegido por la norma.
- b) De peligro.- Son aquellos que no causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos pero crea una situación de peligro, debiéndose entender como la posibilidad de producción más o menos cercana al resultado perjudicial.

### 3.2.3 TIPO, TIPICIDAD Y CLASIFICACION DE LA RETENCION INDEBIDA EN ATENCION AL TIPO.

Con relación al delito de Retención Indevida, el tipo queda establecido en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal.

*“Artículo 384. Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el poseedor o tenedor 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.”*

Hay tipicidad de la conducta de retención indebida cuando la conducta del agente se adecua a los elementos descriptivos del tipo, es decir, a lo descrito en el artículo 384. A continuación se analizarán los elementos del tipo, aplicados directamente al delito de retención indebida.

#### 1.- Elementos descriptivos:

##### a) Con respecto al sujeto activo.

El sujeto activo del delito es el hombre, único con capacidad y voluntad para que con una acción u omisión sea capaz de corromper el orden jurídico penal. De ahí que el sujeto activo es quien realiza la conducta o hecho típico, en ocasiones tiene calidad de autor material; de autor intelectual cuando contribuye en su ejecución en forma intelectual; o bien, prestando auxilio al autor antes o después de la realización. De esta forma el artículo 13 del código penal determina quienes son las personas responsables del delito.

*"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:*

*"I Los que acuerden o preparen su realización;*

*"II Los que lo realicen por sí;*

*"III. Los que lo realicen conjuntamente;*

*"IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;*

*"V Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;*

*"VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;*

*"VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y*

*"VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. ..."*

El tipo en estudio exige que el sujeto activo tenga la tenencia de la cosa con anterioridad a su conducta; como presupuesto del delito. Sin embargo, debe recordarse que el sujeto activo es la persona física que comete el ilícito; de ahí que en el abuso de confianza el sujeto activo es el tenedor de la cosa ajena recibida por cualquier título que no transmita la propiedad.

Queda excluida de nuestro ordenamiento legal la más remota posibilidad de considerar a las personas morales como sujetos activos; ya que los únicos susceptibles de cometer delitos son los seres humanos, individualmente considerados, es decir, las personas físicas.

Se afirma lo anterior con base en que si bien es cierto una persona moral tiene personalidad jurídica, carece de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros. El artículo 11 del código penal al respecto señala lo siguiente:

*"Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública "*

Del precepto anterior se deduce que el que comete el ilícito es la persona física; por lo tanto las sanciones establecidas representan medidas de prevención para evitar que se sigan cometiendo ilícitos. Todo lo contrario ocurre cuando se trata del sujeto pasivo en donde indiscutiblemente se pueden colocar en ese supuesto sobre todo en delitos de orden patrimonial.

b) Con relación al sujeto pasivo.

No estipula el tipo en estudio ninguna calidad especial para el sujeto pasivo. Por tratarse

de un delito de índole patrimonial y al formar parte el patrimonio tanto de las personas físicas como de las morales, cualquiera de ellas puede ser sujeto pasivo en el delito de retención indebida.

c) Referencias temporales y espaciales.- No menciona el tipo en estudio ninguna referencia.

d) Referencias en el medio comisivo.

El tipo determina que sea a través de la ilegítima posesión; es decir, no entregando la cosa a quien transmitió la tenencia, o bien, no entregarla a la autoridad para que ella disponga conforme a la ley.

e) Referencias en cuanto al objeto.

Se debe tomar la base del tipo genérico, es decir, del artículo 382 del Código Penal que de acuerdo con los términos utilizados por el legislador se trata de “cosa ajena mueble”.

Por cosa se debe entender aquello que es corpóreo y que representa un valor para los particulares. Hay que recordar que el término cosa es un género y que existen diversas especies de cosas; de tal forma que la clasificación que interesa es la de “mueble”, debiéndose entender por tal a aquella que pueda ser trasladada de un lugar a otro. Se debe entender por “ajena” aquello que no es propiedad del autor de la conducta. En consecuencia; al mencionar el artículo 384 del código penal “... la ilegítima posesión de la cosa retenida ...”, el término “cosa” deber ser entendido como cosa ajena mueble.

## 2.- Elementos normativos.

Anteriormente se menciona, que se trata de una valoración objetiva; el delito de Retención indebida no contiene elementos de valoración cultural; pero si en cambio elementos de valoración

jurídica, así tenemos que el legislador habla de “ilegítima posesión”; “cosa retenida”, “requerimiento formal”.

Ilegítima posesión. es aquella posesión que se tiene sin derecho, en forma injusta, en virtud de haber fenecido el contrato o el acto que facultaba al sujeto para ser poseedor y porque ha sido requerida la entrega de la cosa y que al no cumplir lo mandado, su posesión es ilegítima.

Cosa retenida. quedo determinado que el término cosa se refiere a una cosa ajena mueble que se encuentra en posesion del activo, adquiere el calificativo de retenida, con respecto al que la posee físicamente, por negarse a entregarla, es decir, por tener su ilegítima posesión.

Requerimiento formal; adelantándonos al estudio del requerimiento formal, solo se dirá que es intimar al sujeto para que haga la entrega de la cosa. El requerimiento formal, es parte de los elementos del tipo, cumple la finalidad de acreditar que el sujeto activo tuvo verdadero conocimiento que debía entregar la cosa.

### **3.- Elementos Subjetivos.**

El elemento intelectual de la infracción del delito en estudio está dado precisamente por una voluntad dolosa. pues el agente teniendo en su poder la cosa en forma ilegítima, decide continuar con ella omitiendo voluntariamente la entrega o devolución.

Para actuar con dolo no es necesario que el sujeto conozca jurídicamente los elementos del tipo que integran su conducta; por lo tanto si el sujeto sabe que su derecho a poseer a terminado, debe saber que hace mal no devolviendo la cosa.

En consecuencia la conducta del agente en la retención indebida es dolosa, va dirigida hacia una finalidad que es el permanecer con la cosa.

Se cumple el elemento cognositivo que exige el dolo, ya que el sujeto tiene conocimiento de que su omisión es ilícita, de que causara un daño y sin embargo decide mantenerse en esa inactividad, es decir, no entregar la cosa.

El dolo en este delito radica en la intención del sujeto activo de continuar con la cosa a virtud de cualquier acto o contrato que importe obligación de devolver o entregar. El infractor conoce y sabe de su obligación y a pesar de ello omite realizar la entrega; causando con ello un daño patrimonial

En conclusión, este delito solo admite una comisión dolosa puesto que el activo tiene representación de su conducta y plena conciencia de su ilicitud, la realiza voluntariamente con un fin específico. Se excluye cualquier posibilidad de comisión culposa.

Por lo que respecta a la clasificación de los tipos, se ha colocado al delito de retención indebida de la siguiente manera:

a) En atención a su constitución:

Es un tipo anormal por considerar que se necesita el análisis del tipo para comprender su alcance, por cuanto hace mención a las frases: "ilegítima posesión"; "cosa retenida"; "requerido formalmente".

b) Por su ordenación metodológica:

Forma parte de la categoría de los delitos en contra de las personas en su patrimonio, siendo un tipo complementario, toda vez que el tipo fundamental del que depende es el abuso de confianza, siendo la variante la comisión por omisión.

c) Por su autonomía e independencia:

Es un tipo subordinado toda vez que el genérico se encuentra en el abuso de confianza, por lo que se considera que la retención indebida viene a complementar y a formar parte de una de las modalidades del abuso de confianza.

d) Por su formulación - Es un tipo de formulación casuística; en atención a que el legislador exige para la configuración de este delito la ilegítima posesión.

e) Por el daño que causan. Es un tipo de lesión en atención a la disminución del patrimonio que sufre el sujeto pasivo.

### 3.2.4 ATIPICIDAD

La ausencia de tipicidad o atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo, y constituye el aspecto negativo de la tipicidad; de donde se dice que no hay delito sin tipicidad

Si no existe un tipo que describa una conducta como delictuosa por más contraria que sea a la moral, a la religión y al derecho no se podrá referir a ella como delito.

Ahora bien hay que distinguir entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad. La primera forma se presenta "cuando el legislador deliberadamente o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos."<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> CASTELLANOS TENA ob cit p. 174

No existe delito sino se encuentra previamente descrito en las leyes penales. Hay ausencia de tipicidad cuando un determinado comportamiento humano, previsto legalmente, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo, sean objetivos o subjetivos. Existe atipicidad por las siguientes causas:

**1.- Por ausencia de algún elemento objetivo.**

- a) Falta de número o calidad del sujeto activo. La retención indebida no exige calidad en el sujeto activo, pero es necesario que con anterioridad a su acción tenga la tenencia de la cosa.
- b) Falta del número o calidad del sujeto pasivo. El delito en estudio no exige número ni calidad de sujeto pasivo; por consiguiente pueden ser pasivos las personas físicas y morales.
- c) Falta del bien jurídico tutelado. El bien jurídico tutelado en la retención indebida es el patrimonio
- d) Falta de la acción u omisión. En la retención indebida se trata de una conducta omisiva por lo tanto la negativa no podrá surgir por una acción positiva, es decir, haciendo.
- e) Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado. En el delito en estudio será necesario el detrimento patrimonial.
- f) Falta de los elementos normativos. Podrá presentarse atipicidad en el delito en análisis, cuando la retención que guarda el agente respecto de la cosa sea legítima; o bien por falta del requerimiento formal exigido en el tipo.

**2.- Por falta de alguno de los elementos subjetivos del tipo**

- a) Falta de dolo
- b) Falta de culpa

Para estar frente al dolo es necesario que este presente el elemento cognositivo y el volitivo; por lo tanto habrá conocimiento cuando no se haya obrado con error o ignorancia respecto de alguno de los elementos objetivos del tipo.

Se hace necesario distinguir entre error e ignorancia. El error comprende una falsa apreciación de la realidad. es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; la ignorancia representa el desconocimiento total de un hecho, es una laguna de conocimientos en la persona.

No habrá dolo cuando se este en presencia de un error de tipo. "El error sobre el tipo es un error sobre los elementos integrantes de la infracción penal o tipo objetivo."<sup>91</sup>

El error debe ser invencible, es decir, que el sujeto este imposibilitado del conocimiento de la ilicitud de su conducta, lo que significa que si el sujeto tuvo oportunidad de conocer la ley y no se esforzó en ello, no podrá argumentar que su conducta no es dolosa; en consecuencia si el error es vencible deja subsistente el ilícito a título de culpa.

El artículo 15 del código penal declara en la fracción VIII causa de exclusión del delito al error de tipo en el inciso a)

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*"VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:*

*"A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; ..."*

<sup>91</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos Teoría General del Delito. Cardenas Editor y Distribuidor, México 1997, p. 106

El error de tipo puede recaer sobre distintos elementos típicos:

- a) Error sobre el objeto de la acción. (error in objeto vel in persona). El sujeto equivoca la identidad del objeto o de la persona, en quien recae la acción; la doctrina lo considera irrelevante.\*
- b) Error sobre la relación de causalidad las desviaciones que no afecta la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes.\*
- c) Error en el golpe Se presenta sobre todo en delitos contra la vida y la integridad física por ejemplo: A equivocaba la puntería matando a B cuando su objetivo era matar a C.\*

Estos errores son irrelevantes, "sin embargo para algunos autores del sistema finalista se pueden alterar el grado de dolo o culpa, "en el supuesto de quien por error (en el golpe o en la persona) mata a su padre se presentaría el caso de tentativa de homicidio doloso y delito de homicidio culposo (muerte del padre) como concurso de delitos; lo mismo tendría que decirse en el caso de quien dispara contra un perro y alcanza al dueño. No se alteraría el dolo en el supuesto de quien erróneamente cree haber privado de la vida a su víctima de un disparo arma de fuego que sólo lo ha dejado herido, pero después el sujeto activo arroja al lesionado a un precipicio para ocultar el cadáver y es en la caída, cuando su víctima efectivamente muere. Se trata de un delito doloso, el sujeto se propuso la acción finalista de matar a la víctima y lo consiguió.

El error sobre elementos que agravan o atenúan la conducta típica, puede dar lugar a que el delito resulte cualificado o privilegiado, si el error era evitable, o si no lo era, le restará esa calidad<sup>92</sup>

\* Cfr DAZA GOMES; ob. cit. p. 107, 108.

<sup>92</sup> ORELLANA WILARCO ob. cit. p. 104

No podría evadir el dolo el sujeto activo en su conducta dentro de la retención indebida, en virtud de que al recibir la tenencia de la cosa sabe que con posterioridad tendrá que hacer la entrega de la misma; por lo tanto, resultaría difícil el pasar por alto el hecho de que ignoraba esa obligación.

### 3.3 ANTIJURIDICIDAD

En toda sociedad donde el derecho cobra vida, es el Estado quien crea las leyes para brindar protección jurídica a la sociedad; siendo de esta forma que al cometerse un delito, se está atacando un bien jurídico y por ende es contrario al derecho.

La antijuridicidad presupone un juicio objetivo que se refiere a la oposición entre la conducta humana y la norma penal, toda vez que los hechos prohibidos o exigidos por la ley penal generalmente dañan o ponen en peligro a los integrantes de la sociedad y aun cuando no lo fueran, serían antijurídicos por contradecir lo mandado por la norma.

Una acción es punible solo si es antijurídica, es decir, la conducta constituye delito y por tanto es antijurídica por violar el derecho o contradecirlo.

“Antijuridicidad es el juicio impersonal sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> MF ZGUER, Edmundo; Derecho Penal. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, 6a. edición Buenos Aires 1955, p. 131

La antijuridicidad como concepto unitario proviene de un juicio de valor que se realiza de una conducta en su aspecto externo; para algunos juristas existe una dualidad de la antijuridicidad, considerando que reviste dos aspectos: formal y material. El acto es formalmente antijurídico cuando la conducta se opone a las leyes dictadas por el estado; constituyendo la antijuridicidad material la lesión o el peligro para los bienes jurídicos protegidos por la ley.

Tradicionalmente se han utilizado los términos antijuridicidad e injusto indistintamente; sin embargo se hace necesario distinguirlos. La antijuridicidad es la contradicción a la norma, es la calificación de una conducta. Se le denomina injusto a la acción valorada jurídicamente. "Se emplea la expresión de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles, como típicas en el hecho de una norma penal, y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad."<sup>94</sup> Por ejemplo, será injusta una conducta antijurídica del apoderamiento en el robo, de engaño en el fraude, de disposición o retención en el abuso de confianza. La antijuridicidad es la cualidad de estas formas de conducta; así se habla de retención indebida como una modalidad de abuso de confianza y precisamente es esta la contradicción con el ordenamiento jurídico.

Antijuridicidad "es un juicio de valor, el cual expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor. Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto. Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor."<sup>95</sup>

La antijuridicidad es "la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir, una conducta injusta por estar referida, a una persona concreta, el injusto de la acción referido a su autor, es pues un injusto personal."<sup>96</sup>

En la retención indebida el injusto se encuentra en la conducta omisiva del agente, es

---

<sup>94</sup> DAZA GOMEZ; ob. cit. p. 120

<sup>95</sup> Ibidem; p. 47

<sup>96</sup> ORELLANA WIARCO; ob. cit. p. 109

decir, su ilegítima posesión con respecto a la cosa; de ahí que se califique su conducta como antijurídica por oponerse a la norma penal y realizar lo que esta prohíbe.

Para que una acción sea antijurídica deberá estar tipificada y sancionada en la ley penal, con anterioridad al hecho. Pero es de hacerse notar que en ocasiones se está en presencia de conductas típicas y en aparente oposición al derecho y sin embargo estas pueden no ser antijurídicas por mediar alguna causa de justificación, en cuyo caso habrá ausencia de antijuridicidad.

### 3.3.1 CAUSAS DE JUSTIFICACION

La antijuridicidad es el ataque, la lesión o puesta en peligro de los intereses que protegen las leyes penales, de igual forma que se castiga a todo aquello que la contraria en forma excepcional establece los casos en que justifica esa conducta típica.

Hay inexistencia del delito por falta de antijuridicidad cuando se presente una causa de justificación; las cuales recaen sobre la acción realizada por el sujeto; son objetivas y se encuentran previstas en la ley. Se encuentran recopiladas en el artículo 15 del código penal bajo la denominación: Causas de exclusión del delito; en dicho precepto se establecen las causas de justificación.

La doctrina las separa y las divide en dos grandes grupos:

I. Por el principio de la ausencia de interés, que trae como consecuencia la inexistencia de lesión y II. Por el principio del interés preponderante, que a su vez implica la inexistencia de ofensa.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> VELA TREVIÑO, Sergio, Antijuridicidad y Justificación. Editorial Porrúa, México 1976, p. 203

## I. Ausencia de interés.

En materia penal no se debe olvidar que se protegen intereses sociales y no individuales, que no esta dentro de nuestras facultades como particulares el renunciar a tales intereses, por lo que no es regla general que el consentimiento elimine la antijuridicidad de una conducta típica; "pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad."<sup>98</sup>

"Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso" .etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una tipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés."<sup>99</sup>

El consentimiento del ofendido se encuentra previsto en el artículo 15 del código penal vigente para el Distrito Federal, fracción III

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*"III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos*

*"a) Que el bien jurídico sea disponible;*

<sup>98</sup> CASTELLANOS TENA; op cit p. 187

<sup>99</sup> Iden.

*"b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*

*"c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo; ..."*

Es en los "tipos que tutelan los derechos del individuo al patrimonio, donde más claramente se presenta la eficacia del consentimiento como legitimador de conducta típicas."<sup>100</sup> Si existe consentimiento para la afectación del patrimonio por medio de una conducta típica, se denotara una falta de interés y la renuncia de tutela normativa dando como resultado que la conducta desplegada sea conforme a derecho. En el mismo sentido se considera que en la retención indebida puede operar el consentimiento como causa legitimadora de la conducta típica; siempre y cuando la retención del bien sea consentida por su titular, a pesar de haber concluido el término que motivo la transmisión de tenencia o bien por haber fenecido el contrato que dio origen a la misma

## **II. Interés preponderante.**

"Es la vida misma en sociedad la que produce frecuentemente situaciones conflictivas, por oposición de intereses jurídicamente tutelados; cuando se está ante ese caso, en el que el juicio respecto de la antijuridicidad tiene que resolverse afectando un bien jurídicamente tutelado, el juzgador puede acudir válidamente al principio del interés preponderante."<sup>101</sup>

<sup>100</sup> VLLA TREVINO, ob cit p 229

<sup>101</sup> Ibidem, p 245

Habrá excluyente de antijuridicidad en función de interés preponderante cuando existan dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro.

La legislación mexicana contempla las siguientes causas de justificación:

- 1.- Legítima defensa
- 2.- Estado de necesidad
- 3.- Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber

#### **Legítima Defensa.**

Prevista en el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal; fracción IV,

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*"IV Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. ..."*

Se puede observar que los seres humanos son los únicos que pueden ejercer el derecho y ser causa de responsabilidad y por lo tanto de exclusión.

Al referir el texto de la legítima defensa "...en protección de bienes...", no se debe considerar solo los del orden patrimonial o económicos, sino todos aquellos que gozan de una

protección legal y que por tal circunstancia los convierte en bienes jurídicos; así tenemos por ejemplo la vida, la integridad corporal, la propiedad, la posesión, etc.

“Defender significa mantener incólume la cosa, la persona o el derecho que se ve amenazado, rechazando el peligro y evitando el mal que le amenaza; y es legítima esa defensa cuando es auténtica y se lleva a cabo por necesidad, contra una agresión injusta y dentro de los límites indispensables para su objeto.

Ahora bien, como excluyente la legítima defensa sólo tiene interés en aquellos casos en que para realizarla se ha ejecutado un acto típico del Derecho penal, que en condiciones ordinarias sería delictuoso, pues ya se ha dicho que toda excluyente de responsabilidad supone la presencia de un acto de esa naturaleza, el cual pierde su carácter delictuoso por eliminarse uno de los factores necesarios para integrar el delito.”<sup>102</sup>

En el delito en estudio resulta difícil que se de un caso de legítima defensa, toda vez que no se tiene una agresión.

### **Estado de Necesidad.**

Contemplado en el mismo artículo 15 del código penal vigente para el Distrito Federal en la fracción V.

*“Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*“V Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el*

<sup>102</sup> VILLALOBOS, Ignacio; ob. cit p 389.

*salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo; ...”*

El estado de necesidad proviene tanto de una persona como de un hecho de la vida, así se puede hablar de una catástrofe natural o incluso del ataque de un animal. Lo que ocurre en el estado de necesidad es que el sujeto se encuentra ante la necesidad de elección, es decir, debe tomar la decisión de sufrir el u otra persona la afectación de bienes jurídicos. La amenaza de peligro debe ser real, es decir, no debe ser imaginaria; debe ser actual o inminente, es decir, que este ocurriendo en ese momento y no como futuro o que se aprecie va a suceder. El peligro no debe ser ocasionado en forma dolosa, de lo contrario no se podrá utilizar esta causa de justificación.

Tanto los bienes propios o ajenos son tutelados por el derecho, el daño que causa el agente al bien protegido es para salvaguardar otro ya sea un bien propio o ajeno de menor o igual valor. En el estado de necesidad no es necesario que el sujeto afronte el peligro en que se encuentra, sino por el contrario, ante tal peligro debe de actuar para salvaguardar el bien jurídico amenazado.

No es aceptable una causa de justificación de esta naturaleza en el delito de retención indebida, toda vez que no se esta ante un peligro real, actual e inminente.

### **Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.**

“Dentro de la noción de cumplimiento de un deber se comprende, por ello tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ellas autorizadas”<sup>103</sup>

<sup>103</sup> PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. ob. cit. p. 368

Tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho se encuentran previstos en el artículo 15 del Código Penal; ambos en la fracción VI

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando:...*

*"VI La acción o la omisión se realice en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; ..."*

Dentro del ámbito jurídico, existen derechos y obligaciones en que se establecen y expresan las disposiciones legales, pero también existen otros deberes y obligaciones nacidas en razón de las funciones públicas del sujeto, de una profesión, de la calidad de una persona sujeta a la ley, a una orden o autorización expedida por quien tenga competencia para ello.

Quedan completamente excluidas las obligaciones sociales y de cortesía por irrelevantes para modificar el carácter jurídico o antijurídico de un acto.

Por cuanto hace a las funciones públicas del sujeto, si la persona realiza una conducta típica esta no será antijurídica siempre y cuando se encuentre dentro de sus funciones.

La ley no establece el límite del deber, por lo que es necesario que el juzgador realice un juicio valorativo de la contradicción hecho-norma y determinar si el deber de servidor público estaba o no cubriendo la conducta típica. El deber también resulta por estar el individuo sujeto al imperio de la ley.

En la retención indebida se puede encontrar una causa de justificación cuando el sujeto retiene el bien, motivado por una orden que le otorga la calidad de depositario, por lo tanto tiene

impedimento legítimo para retener la cosa, sin que su condición sea antijurídica; como puede observarse el activo se encuentra sujeto a una disposición legal.

### 3.4 CULPABILIDAD

La culpabilidad representa el aspecto subjetivo del delito. Se ha definido a la culpabilidad “como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”<sup>104</sup>

Castellanos Tena define a la culpabilidad como “el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.”<sup>105</sup>

El estudio de la culpabilidad ha ido evolucionando con el paso del tiempo. En sus orígenes se estudio como una relación psicológica entre el sujeto y su conducta; relación que podía ser a título de dolo o de culpa. Posteriormente fue estudiado como un juicio de reproche. Sobre la culpabilidad surgen las siguientes teorías:

**Teoría Psicologista.** Esta teoría fue sustentada por diversos autores causalistas naturista, entre ellos destacan Carlos Binding, Franz Von Litz, Gustav Radbruch, entre otros. Esta teoría concibe a la culpabilidad como la relación subjetiva existente entre el autor y el hecho; son consideradas como especies de culpabilidad el dolo y la culpa.\*

En la culpabilidad se presentan dos elementos el elemento volitivo que consiste en querer la conducta y el resultado y otro intelectual que consiste en el conocimiento de su conducta. De ahí que a una persona se le atribuya un hecho por haberlo cometido.

<sup>104</sup> JIMENEZ DE ASUA. ob. cit. p. 352

<sup>105</sup> CASTELLANOS TENA. ob. cit. p. 234

\* Cfr. DAZA GOMEZ. ob. cit. p. 234

**Teoría Normativista.** Tiene como exponentes a Reinhard Frank, Goldschidt, Mezger, entre otros. En México se adhieren a esta doctrina Castellanos Tena, Raúl Carranca y Rivas y Pavón Vasconcelos.\*

Esta teoría pasa de una culpa producto de un resultado atribuido psicológicamente a un sujeto para posteriormente realizar una valoración de reprochabilidad. El juicio de reprochabilidad consiste en la exigibilidad del sujeto para comportarse conforme al deber. Se trata entonces de una conducta dolosa o culposa que el autor pudo haber evitado, que frente a esta conducta existe un orden normativo que exige un determinado comportamiento.

**Teoría Finalista.** El precursor de esta teoría es Hans Welzel. En esta doctrina la conducta va dirigida hacia una finalidad ya que el hombre dentro de sus límites puede prever las consecuencias de su actitud. Por ello culpabilidad es voluntad y si el hombre actuó voluntariamente le puede ser reprochada su conducta como culpable. El dolo y la culpa se ubican en el tipo en donde se da la relación psicológica. En la culpabilidad se da únicamente el reproche como valoración.\*

El reproche que surge en la culpabilidad, radica en la voluntad del autor al imprimir su conducta. Son elementos de la culpabilidad:

- 1.- La imputabilidad o capacidad del autor.
- 2.- Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.
- 3.- La exigibilidad de un comportamiento distinto.

**La imputabilidad o capacidad del autor.** La imputabilidad es la capacidad del sujeto para comprender lo ilícito de una conducta, de valorar el deber y capacidad de actuar conforme a su comprensión.

---

\*Cfr. DAZA GOMEZ, ob. cit. p. 16<sup>o</sup>

La imputabilidad tiene como base el elemento intelectual, es decir, la conciencia de quebrantar el deber, esta representada por dos aspectos: el psicológico y la edad. El desarrollo mental generalmente se relaciona con la edad; en cuanto al aspecto psicológico este se refiere a la salud mental. Solo es posible exigir responsabilidad al sujeto de su conducta o hechos, cuando al tiempo de cometer su ejecución se tenga salud y desarrollo mental.

La capacidad en la culpabilidad se forma cuando el sujeto comprende lo injusto (cognositivo) reconoce que su conducta transgrede normas sociales sin que sea necesario que conozca el hecho tipificado literalmente en la ley; y que encamine su voluntad hacia ese fin (volitivo)

**Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.** Este elemento tiene íntima relación con la imputabilidad, es decir, el sujeto debe tener capacidad de comprensión de lo ilícito y así representar el momento cognositivo (intelectual y el volitivo).

**La exigibilidad de otra conducta.** El sujeto siendo imputable y teniendo conciencia de la antijuridicidad, se hace necesario examinar si le es exigible una conducta apegada a derecho.

### 3.4.1 FORMAS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad solo se refiere a la reprochabilidad atribuida a un sujeto por el conocimiento que tenga de la antijuridicidad. Las formas tradicionales que mencionaban al dolo y la culpa como formas de culpabilidad, fueron trasladadas como elementos subjetivos del tipo por ser ahí donde la conducta del sujeto se dirige hacia un fin determinado.

### 3.4.2 INCULPABILIDAD

Las causas de inculpabilidad son aquellas que anulan los elementos de la culpabilidad y son

- 1.- Por falta de capacidad de culpabilidad.
- 2.- Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.
- 3.- Por Inexigibilidad de otra conducta.

**1.- Por falta de capacidad de culpabilidad.** Ya quedo establecido que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad se forma por dos elementos, uno cognositivo y otro intelectual; la falta de uno de estos elementos o de ambos trae como consecuencia la inimputabilidad y por ende de su culpabilidad.

Nuestro ordenamiento penal consagra las causas de inimputabilidad en el artículo 15 relativo a las causas de exclusión del delito, específicamente en la fracción VII.

*“Artículo 15. El delito se excluye cuando:...*

*“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. ...”*

Cabe destacar que en la determinación de la inimputabilidad se utiliza un criterio biológico en lo referente a la minoría de edad; y otro de carácter psíquico al mencionar estados de inconsciencia y enfermedades mentales.

La fracción VII contempla los casos de inimputabilidad y comprende tanto a aquellos que bajo trastorno mental transitorio o permanente, como a quienes tienen desarrollo intelectual retardado; no comprenden lo ilícito de su conducta, salvo aquella excepción que establece la fracción en comento y que se refiere a las acciones libres en su causa.

Se esta en presencia de una "Actio libera in causa" acciones libres en su causa, cuando se produce un resultado antijurídico por un acto u omisión en un estado de inimputabilidad que el agente propicio dolosa o culposamente y para el cual tiene plena capacidad de comprender.

Por lo que se refiere a los menores de edad, se considera que debido a su inmadurez mental quedan al margen de la aplicación de la norma penal. Para estos supuestos entro en vigor la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal; cuya función es la protección por parte del Estado a los derechos de los menores; así como la adaptación social de aquellos menores que tengan conductas tipificadas penalmente.

**2.- Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.** El conocimiento de la antijuridicidad es contenido de la culpabilidad, pues una vez comprobada la imputabilidad del sujeto activo, corresponde a hacer o no la imputación objetiva del hecho al sujeto. En consecuencia la culpabilidad no tiene formas, es graduable según se haya podido conocer la antijuridicidad del hecho o no.

El conocimiento de lo injusto o conciencia de la antijuridicidad se puede destruir por el llamado error de prohibición. "El error de prohibición se presenta cuando el sujeto se equivoca,

se confunde, respecto del conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.”<sup>106</sup>

El sujeto tiene conocimiento de su conducta, pero erróneamente cree que le es permitida, como consecuencia de no conocer la norma o conocerla mal o por suponer que concurre en una causa de justificación. En consecuencia cada caso deberá estudiarse y determinar si se trata de un error de tipo o error de prohibición; solo cuando el error se refiera a la comprensión del injusto (antijuridicidad), será error de prohibición, dejando subsistente el dolo pero no la culpabilidad.

El artículo 15 del Código penal declara en la fracción VIII causa de exclusión del delito al error de prohibición en el inciso b);

*“Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*“VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible: ...*

*“B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. ...”*

Por tanto se esta en presencia de un error directo de prohibición; cuando el error versa sobre la existencia de la ley penal; es decir, sobre su vigencia o aplicabilidad.

Será error indirecto de prohibición; cuando el error se refiera a la existencia de una determinada causa de justificación, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.

El error de prohibición contempla las siguientes situaciones:

- a) Error invencible al considerar que el hecho típico ejecutado no esta prohibido.\*
- b) Error invencible al considerar que el hecho típico ejecutado se encuentra justificado en una

<sup>106</sup> ORELLANA WIARCO, ob. cit. p. 123

circunstancia que no tiene eficacia.\*

c) Error invencible al considerar que el hecho típico ejecutado se encuentra justificado en una causa de justificación que no existe.\*

Si el error de prohibición es vencible, da lugar a atenuar la culpabilidad pero no elimina el dolo; se elimina la culpabilidad cuando el error de prohibición es invencible.

“Los estados putativos (legítima defensa putativa, obediencia jerárquica putativa, etc), dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.”<sup>107</sup>

- a) Defensa putativa
- b) Estado de necesidad putativo
- c) Ejercicio de un derecho putativo
- d) Cumplimiento de un deber putativo

**Defensa Putativa.** Concorre cuando por un error esencial de hecho, el sujeto cree encontrarse ante una situación de agresión en la que es necesario repeler mediante la defensa legítima; sin que en verdad exista esa injusta agresión.

**Estado de necesidad putativo.** Es la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente alejado de toda realidad. Constituye un erróneo conocimiento del hecho lo que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos. No es por demás mencionar que el error debe ser invencible.

**Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber putativo.** El autor de la conducta la supone lícita, basado en que su actuación se encuentra fundada en la existencia del derecho o

\* Cf: PAVON VASCONCELOS Manual de Derecho Penal. ob. cit. p. 471

<sup>107</sup> ORELLANA WIARCO ob. cit. p. 124

del deber que se cumplimenta.

La diferencia entre el error de tipo y error de prohibición estriba en que el error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto sobre circunstancias objetivas del tipo penal que pueden ser elementos descriptivos, normativos o subjetivos del tipo; en el error de prohibición el sujeto cree que su conducta es lícita toda vez que desconoce la norma penal o tiene un inexacto conocimiento de la misma; o bien por que el sujeto cree que su conducta es lícita por encontrarse amparada por una causa de justificación.

Podría surgir inculpabilidad en la retención indebida por un error directo de prohibición, ya que el sujeto activo puede entregar la cosa requerida a una persona distinta de quien la recibió siempre y cuando ambos sujetos tengan relación con el hecho; y con lo que estima que ha cumplido con su obligación

De igual forma puede haber inculpabilidad en el delito en estudio al presentarse alguna eximente putativa, tal sería el caso del cumplimiento de un deber putativo.

**3.- La inexigibilidad de otra conducta.** Bajo este término se debe entender que la conducta se tiene como excusable de culpabilidad de un comportamiento determinado, ya que si bien el hecho se encuentra penalmente tipificado, este tiene como origen una situación apremiante.

“No procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar.”<sup>108</sup>

“Los casos de inexigibilidad de otra conducta son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le puede pedir que cumpla con esos mandatos por encontrarse en determinada situación extrema; ...”<sup>109</sup>

<sup>108</sup> MEZGER, Edmundo, Derecho Penal. ob. cit. p. 272

<sup>109</sup> ORELLANA WIARCO, ob. cit. p. 130

La ley penal recoge en su artículo 15 los casos de no exigibilidad de otra conducta, en las fracciones V y IX.

*"Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...*

*"V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; ..."*

*"IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho ..."*

El sujeto actúa contrario a la norma, sin que se le pueda formular reproche toda vez que no tenía otra opción.

Respecto a la no exigibilidad de otra conducta no sería aplicable al delito de abuso de confianza por retención.

### 3.5 PUNIBILIDAD

Se debe entender por punibilidad "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del

orden social.”<sup>110</sup>

La punibilidad se considera como el merecimiento de una pena por la ejecución de una conducta que la ley a marcado como ilícita y que el estado se encarga de sancionar.

Se ha discutido en la doctrina, el considerar a la punibilidad como una parte integrante del delito o una consecuencia necesaria del mismo. Los criterios se dividen en cuanto se considera que toda norma esta compuesta por un mandato o una prohibición y una sanción incluyendo a la punibilidad como elemento del delito; otro criterio considera a la punibilidad como una consecuencia lógica y necesaria a conductas violatorias de normas penales, por lo que el término punibilidad se excluye de la definición formal de delito.

La legislación mexicana define formalmente el delito diciendo que es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Partiendo de este concepto se puede observar que en la propia ley se encuentra inmersa la punibilidad a la definición legal del delito. Sin embargo no se debe considerar a la punibilidad como un elemento esencial del delito; ya que la pena es la forma en que se reprimen conductas ilícita, es algo externo al delito de ahí que se pueda decir que un acto es punible por ser delito; pero no es delito por el solo hecho de ser punible. A diferencia de la afirmación de que una conducta es considerada como delito por ser antijurídica, típica y culpable.

El criterio anterior se sustenta al existir “infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas.”<sup>111</sup>

Por lo que respecta a la punibilidad en el delito de retención indebida, se reputa como abuso de confianza; en razón a esto la pena aplicable al primero será el criterio seguido por el segundo, es decir, por la retención indebida. La ley penal fija la pena en atención a la cuantía del daño causado, de la siguiente manera.

<sup>110</sup> PAVON VASCONCELOS; Manual de Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 487

<sup>111</sup> CASTELLANOS TEN A. ob. cit. p. 272

*Artículo 382. ... se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.*

*“Si excede de esta cantidad, pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario*

*“Si el monto es mayor de 2000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario.”*

### 3.5.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y su función radica en la inaplicación de la pena. Se definen como “aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.”<sup>112</sup>

Cuando surge una excusa absolutoria los elementos esenciales del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad permanecen inalterables solo se excluye la punición; en razón a justicia, equidad o política criminal.

La ley penal tiene identificados los casos en que surgen excusas absolutorias y que se pueden agrupar de la siguiente manera:

1° En razón del arrepentimiento del agente: artículos 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de diez veces el salario).

2° En razón exclusiva de factores de política criminal: artículo 33, primera parte (aborto por

<sup>112</sup> Ibidem, p 278

imprudencia de la propia mujer embarazada)."<sup>113</sup>

En el delito de retención indebida no se contempla ninguna excusa absolutoria. Anteriormente "el artículo 385, derogado por decreto promulgatorio del 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, que se relacionaba con el también derogado artículo 377, recogía una excusa absolutoria para el caso de que el autor de la disposición fuera un ascendiente y el que sufriera el perjuicio su descendiente o viceversa, sin que la excusa en cuestión beneficiara al extraño participante en la acción dispositiva.

La derogación de las disposiciones citadas hizo desaparecer la excusa en cuestión y al adicionarse el Código Penal con el artículo 399 bis, el abuso de confianza entre parientes cercanos entre conyugues o concubinos, se convirtió en infracción punible, aunque perseguible por querrela de parte ofendida."<sup>114</sup>

*"Artículo 399-bis. los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley.*

*"Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395."*

<sup>113</sup> PAYON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p. 499

<sup>114</sup> PAYON VASCONCELOS: Comentarios de Derecho Penal, ob. cit. p. 209

---

**CAPITULO CUARTO**

***ANALISIS JURIDICO SOBRE EL REQUERIMIENTO  
COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL DELITO  
DE RETENCION INDEBIDA.***

---

## **CAPITULO CUARTO**

### **ANALISIS JURIDICO SOBRE EL REQUERIMIENTO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA**

#### **4.1 CONCEPTO DE REQUERIMIENTO**

El requerimiento es un elemento de la definición del delito de abuso de confianza en la modalidad de retención; en atención a esta situación y por ser la base medular del presente trabajo se decidió estudiar el elemento requerimiento en un capítulo especial, con el propósito de ser analizado desde diversos enfoques.

El requerimiento es una forma de comunicación; entendiéndose a ésta, es decir, a la comunicación como el género y al requerimiento como la especie. La comunicación representa una garantía, la de hacer valer el derecho, es decir, que el sujeto haya tenido debida noticia; que se le haya dado la oportunidad de comparecer y exponer sus derechos; incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, documentos y otras pruebas relevantes.

El requerimiento como una forma de comunicación fue definido en el capítulo segundo: como la acción y efecto de requerir/ Acto judicial por el que intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa. Aviso, manifestación o pregunta que se hace generalmente bajo fe notarial, a alguna persona exigiendo o interesando de ella que exprese y declare su actitud o su respuesta.

Otra definición de requerimiento es “intimación que se dirige a una persona, para que haga o deje de hacer alguna cosa o para que manifieste su voluntad con relación a un asunto.”<sup>115</sup>

De lo anterior se desprende que el término requerimiento debe entenderse como la exteriorización que hace una persona para hacer saber a otra un mandamiento en el sentido de que haga o deje de hacer algo.

No se debe confundir el término intimar con la intimidación, el primero es la notificación que se hace a través de alguna autoridad o persona con fe pública para que cumpla una orden y haga o deje de hacer algo; en tanto la intimidación consiste en infundir miedo de sufrir un mal en la propia persona, bienes o en alguna persona cercana al amenazado.

Será erróneo colocar al requerimiento como un medio de información; ya que se trata de situaciones distintas y jurídicamente cumplen diversas funciones. La información puede ser impersonal y directa, de ahí que se informa quien lee un aviso. En cambio el requerimiento como forma de comunicación tendrá que ser personal e inmediato.

Para el delito de retención indebida el requerimiento es medular, es decir, sin él, éste no se integra; sin embargo en el artículo 384 del Código Penal no se ha determinado la forma, tiempo y la jurisdicción para realizarlo.

La forma de requerir cambia de una rama del derecho a otra; por ello será estudiado por separado en otras ramas del derecho, con el propósito de determinar una forma precisa y uniforme de realizar el requerimiento en el delito en estudio.

---

<sup>115</sup> C. ABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII, ob. cit. p. 169

## 4.2 EL REQUERIMIENTO EN LA LEGISLACION CIVIL.

En la historia de la humanidad a existido la comunicación como una necesidad de transmitir nuestras ideas y sentimientos; la manera de exteriorizarlos ha sido de diversas formas; en ese sentido puede hablarse de lenguaje oral, lenguaje escrito, lenguaje gráfico, etc.

La comunicación es la conducta por la cual se expresan deseos, sentimientos y pensamientos, por lo tanto no es exclusiva del derecho. Lo que el derecho hace es determinar la forma o el instrumento simbólico de la expresión personal.

Corresponde orientar el estudio a los medios de comunicación procesal, entendiéndose como el "vínculo, forma o procedimiento por el cual se transmiten ideas y conceptos (peticiones, informaciones, ordenes de acatamiento obligatorio, etc) dentro de la dinámica del proceso y para la consecución de los fines de éste."<sup>116</sup>

No se puede limitar la comunicación en derecho, exigiendo que se realice en forma directa e inmediata; por el contrario la ley regula y distingue diversos casos por tratarse de comunicación a distancia.

A lo dicho anteriormente se puede agregar que la comunicación jurídica es la conexión de las conductas en el procedimiento; la cual debe ser en un lenguaje normado, es decir, acorde a los términos legales. esta situación es importante si se considera que al no estar ante un procedimiento jurídico, los sujetos pueden comunicarse informalmente.

Existen diversos criterios para clasificar a los medios de comunicación procesal; la más practica y usual es la siguiente:

---

<sup>116</sup> GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, Editorial Harla, 8. Edición, México 1990, p. 305

**a) Medios de comunicación de los tribunales entre sí:**

**Suplicatorios.** Si el medio de comunicación emana de una autoridad de inferior grado y se dirige a otra de mayor jerarquía, se habla de suplicatorio. Por este medio, la autoridad inferior puede pedir a la superior, datos o informes.

**Carta orden o despacho.** Recibe este nombre cuando la autoridad superior se dirige a una de menor jerarquía. La autoridad superior en grado además de informar puede solicitar la practica de determinadas diligencias.

**Exhortos.** Es el medio de comunicación procesal entre autoridades judiciales de igual jerarquía, se emite cuando tenga que realizarse alguna diligencia fuera del lugar del juicio. A través del exhorto se realiza el auxilio judicial, es decir, brindarse asistencia y ayuda dentro del marco legal.

**b) Medios de comunicación de los tribunales con otras autoridades no judiciales:**

**Oficio.** Medio de comunicación escrito, utilizado por autoridades judiciales para dirigirse a otras autoridades no judiciales. El oficio puede contener la petición de algún informe o simplemente transmitir una información

**c) Medios de comunicación de los tribunales a los particulares:**

**Notificación.** Es el medio o la forma a través del cual, el tribunal hace llegar a las partes o a terceros el conocimiento de algún acto procesal. Por su finalidad existen diversos tipos de notificaciones: emplazamiento, requerimiento y citación.

**Emplazamiento.** Es el llamado judicial que se hace a una persona o personas para que dentro del plazo señalado por la ley, comparezcan en juicio ante el tribunal a usar de su derecho, so pena de sufrir el perjuicio a que hubiere lugar. Según el artículo 114 fracción I del código de

procedimientos civiles deberá realizarse personalmente en el domicilio señalado por los litigantes y siempre que se trate de la primera notificación.

*"ART. 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:*

*"I El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte; ..."*

**Requerimiento.** "El requerimiento es el acto de intimar, en virtud de resolución judicial, a una persona que haga o se abstenga de hacer alguna cosa."<sup>117</sup> Todo requerimiento, según dispone el artículo 114 fracción V del código en comento deberá ser notificado en forma personal. El requerimiento implica la orden del Tribunal para que la persona requerida haga algo, deje de hacer o entregue alguna cosa. El destinatario en el requerimiento puede ser alguna de las partes, pero también puede ser un perito, un testigo o un tercero.

*"ART. 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por lo litigantes:*

*"V. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo; "*

**Citación.** La citación es el acto de poner en conocimiento de alguna persona un mandato del juez para que concurra a la practica de alguna diligencia judicial.

---

<sup>117</sup> DE PINA, Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 11ª. Edición, México 1976, p. 234

Los testigos, peritos o terceros que no constituyan parte, podrán ser citados por correo certificado o telégrafo, en ambos casos a costa del promovente, dejando constancia en autos.

Si las partes consideran pertinente que la segunda y ulteriores notificaciones se les hagan por vía telefónica, proporcionando al tribunal los correspondientes números telefónicos para que así se realice, dejando constancia en autos de que se realice en la forma mencionada. El artículo 120 del Código de Procedimientos Civiles señala:

*“ART - 120 Cuando se trate de citar a peritos y testigos, la citación se hará por conducto de la parte que haya ofrecido dichas pruebas y será en su perjuicio la falta de comparecencia de tales citados a quienes no se les volverá a buscar salvo que este código o el juez dispongan otra cosa. La entrega de la citación por las parte, a peritos y testigos, tendrá como efectos para éstos, la comprobación ante las personas que a los citados les interese, de su llamamiento en la fecha y hora que se precise, pero su inasistencia no dará lugar a la imposición de medida de apremio alguna a dichos terceros, sino que se desechará tal probanza.”*

“La citación y el emplazamiento pertenecen a la clase de notificaciones y puede decirse que comprende a éstas porque dan una noticia o ponen un acto en conocimiento de una persona, mas la citación se diferencia de la notificación en que aquélla tiene por objeto no sólo notificar un acto, sino que comparezca a presenciarlo o a efectuarlo; y se distingue el emplazamiento en que designa un día fijo para presentarse, más no un término, como éste, dentro del cual se verifique la presentación y en que se refiere a distintos actos.”<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Idem

#### **d) Medios de comunicación de los tribunales con autoridades y tribunales extranjeros:**

**Exhorto, carta o comisión rogatoria.** Es la comunicación dirigida a autoridades de países extranjeros.

De la clasificación anterior, la que resulta relevante para el presente estudio, es la correspondiente a la comunicación de los tribunales con los particulares, realizada a través de notificación, emplazamiento, requerimiento y citación, por lo que resulta conveniente el determinar quien debe practicarla, en que forma, en que lugar y en que tiempo.

Por ser la notificación el medio por el cual se hace saber en forma legal a alguna persona una resolución judicial, esta se puede realizar: a) Personalmente; b) Por cédula; c) Por boletín judicial; d) Por edictos; e) Por correo; e) Por telégrafo.

##### **a) Notificación personal**

Es aquella que hace el actuario del juzgado en forma personal comunicando de viva voz con la persona interesada la noticia que deba darle. El artículo 114 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina quien será notificado personalmente.

*"ART 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:*

*"I. El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte; ..."*

Por ser el emplazamiento el acto procesal por el cual se hace saber a una o más personas que existe una demanda en su contra y que deben comparecer a hacer uso de su derecho, dentro de un plazo determinado.

*"ART 114.- Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes: ...*

*"II El autor que ordena la absolución de posiciones o reconocimiento de documentos;*

*"III La primera resolución que se dicte cuando se dejare de actuar por más de seis meses por cualquier motivo; ..."*

La falta de promoción abarca al principal y a sus cuadernos; si existe promoción en alguno de ellos, el término que establece esta fracción, se interrumpe.

*"ART 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes: ..*

*"IV. Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene. .."*

Esta determinación será a consideración del juez.

*"ART 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:*

*"V. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo; "*

Puede tratarse de una notificación personal cuando el requerimiento sea el solicitar la entrega de la cosa.

*"ART 114 - Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes: ...*

*"VI. La sentencia que condena al arrendatario de casa habitación a desocuparla, y*

*"VII. En los demás casos que la ley disponga."*

#### **b) Notificación por Cédula.**

La cédula es el documento firmado por el actuario mediante el cual se notifica una resolución judicial, especialmente la concerniente al traslado de la demanda.

Tratándose de un emplazamiento a juicios, la notificación por cédula se rige según lo estipulado en el artículo 117 del Código de Procedimientos Civiles.

*"ART 117.- Si se tratare del emplazamiento y no se encontrare al demandado, se le hará la notificación por cédula.*

*"La cédula, en los casos de este artículo y del anterior, se entregará a los parientes, empleados o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, después de que el notificador se haya cerciorado de que ahí tiene la persona que debe ser notificada. se expondrán en todo caso los medios por los*

*cuales el notificador se haya cerciorado de que ahí tiene su domicilio la persona buscada.*

*“Además de la cédula, se entregará a la persona con quien se entienda la diligencia, copia simple de la demanda debidamente cotejada y sellada, más, en su caso, copias simples de los demás documentos que el actor haya exhibido con su libelo inicial.”*

La notificación de la demanda, es un acto que realizan los actuarios de un tribunal, debiéndose reunir todas las formalidades y requisitos que marca la ley, para garantizar la eficacia del emplazamiento y no violar la garantía de audiencia.

La ley determina que el emplazamiento se realice personalmente al interesado en su domicilio y de no encontrarlo, le notifique por medio de cédula, después de que el actuario se haya cerciorado de que allí vive.

Dentro del procedimiento las notificaciones que deban realizarse personalmente, si no se encontrare la persona solicitada se realizara por medio de cédula, lo cual presupone que la parte ya señalo su domicilio procesal en donde habrá de oír notificaciones personales por sí o a través de la persona autorizada. A éste respecto el artículo 116 del mismo ordenamiento señala lo siguiente:

*“ART 116 - Todas las notificaciones que por disposición de la ley o del tribunal deban hacerse personalmente se entenderán con el interesado, su representante, mandatario procurador o autorizado en autos, entregando cédula en la que hará constar la fecha y la hora en que se entregue; la clase de procedimiento, el nombre y apellidos de las partes, el juez o tribunal que manda practicar la diligencia;*

*transcripción de la determinación que se manda notificar y el nombre y apellidos de la persona a quien se entrega, levantandose acta de la diligencia, a la que se agregará copia de la cédula entregada en la que se procurará recabar la firma de aquel con quien, se hubiera entendido la actuación "*

**c) Notificación por Boletín Judicial.**

El boletín Judicial contiene una lista con el señalamiento de los asuntos en que se dictaron resoluciones, para que los interesados acudan al juzgado a enterarse de esas resoluciones. Los interesados acudan o no al juzgado, se da por hecha la notificación con su publicación en el Boletín Judicial. El artículo 123 del Código de Procedimientos Civiles regula sobre las notificaciones en el Boletín Judicial

*"ART - 123 - La primera notificación al promovente de cualquier procedimiento se hará por Boletín Judicial, salvo que se disponga otra cosa por la ley o el tribunal. En todo caso el tribunal tendrá la obligación de notificar personalmente, entregando copia simple o fotostática de la resolución, la segunda y ulteriores notificaciones a los interesados o a sus apoderados, procuradores o autorizados, si éstos ocurren al tribunal o juzgado respectivo, el mismo día en que se dicten las resoluciones que hayan de notificarse, y exigen que se les haga conocedoras de las providencias dictadas, sin necesidad de esperar a que se publiquen en el Boletín Judicial, dejando constancias en autos de dicha notificación, firmada por el notificado y el fedatario, o haciendo saber si el primero negó a firmar."*

Se trata de notificaciones posteriores al emplazamiento, las cuales se pueden realizar dentro del tribunal o juzgado respectivo.

**d) Notificación por edictos.**

A través de la notificación por edictos se realizan los siguientes actos: el emplazamiento a juicio. La notificación de algún acto, el llamado a persona interesada para que ocurra a tener conocimiento de expediente, dentro del plazo fijado por la ley. La notificación por edictos tiene como objetivo el citar a un ausente o a un extraño, la publicación se puede realizar en días festivos o dominicales. El artículo 122 del Código de Procedimientos regula éste tipo de notificación.

*"ART 122 - Procede la notificación por edictos:*

*"I Cuando se trate de personas inciertas;*

*"II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de la policía preventiva; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el título noveno de este código.*

*"En los casos de las dos fracciones que preceden, los edictos se publicaran por tres veces, de tres en tres días, en el Boletín Judicial y en el periódico local que indique el juez, haciéndose saber que debe presentarse el citado dentro de un término que no será inferior a quince días ni excederá de sesenta días ..."*

El lenguaje simbólico que se ha estudiado, es el utilizado en el campo procesal, el cual se encuentra regulado en la legislación civil. Se realiza a petición de parte y no en forma autónoma.

Para el objetivo que se persigue, que es la forma de realizar el requerimiento no se debe adentrar a las acciones o juicios civiles que se pueden instaurar en contra de determinada persona; lo que se pretende al estudiar la materia civil, es identificar la forma que sin llegar al procedimiento se de conocimiento a una persona en particular de que haga o deje de hacer algo, es decir, requerirle formalmente. En consecuencia ninguna de las formas anteriores de comunicación resulta útil para los fines que se persiguen.

De esta manera, para cumplir con lo exigido por el artículo 384 del Código Penal en estudio, es decir, el requerimiento formal, se piensa en la Jurisdicción Voluntaria que como acto unilateral se solicita la intervención del órgano jurisdiccional para que por su conducto ponga en conocimiento de otra persona una determinada situación. Con ello se le da fuerza y formalidad al acto de requerimiento.

## **JURISDICCION VOLUNTARIA**

Se define la jurisdicción voluntaria como "aquella en que no existe controversia entre las partes la que no requiere la dualidad de las mismas. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar."<sup>119</sup> El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula los casos de jurisdicción voluntaria.

---

<sup>119</sup> CABANELLAS, Guillermo *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V.* Editorial Eliasta, 21ª. Edición, Argentina 1989 p 54

*"ART 893.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. ..."*

En la jurisdicción voluntaria no existe conflicto entre partes, el juez se concreta a constatar, integrar, certificar algún hecho a petición del solicitante; sin que sus actuaciones adquieran la calidad de cosa juzgada.

Se pueden destacar como características de la jurisdicción voluntaria las siguientes:

- 1.- Se ejerce inter volentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona a quien importa la practica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero.
- 2.- En la jurisdicción voluntaria sólo se solicita al juez su intervención para dar fuerza y eficacia del acto, no adquiere la calidad de cosa juzgada a diferencia de las resoluciones definitivas pronunciadas en los procesos contenciosos.
- 3.- En la jurisdicción voluntaria existe ausencia de litigio, a veces se encuentra latente pero nunca presente. Desde el momento en que aparece contestación de parte y se hace oposición por quien tenga personalidad para formularla, se convierte en contenciosa y debe sujetarse a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. En concordancia con lo antes narrado se declara el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 896 antes invocado.

*"ART 896 - Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima después de efectuado el acto de la jurisdicción voluntaria se reservará el derecho al opositor para que lo*

*haga valer en la vía y forma que corresponda."*

4.- El conocimiento de causa de la jurisdicción voluntaria es informativo en tanto que en la jurisdicción contenciosa es legítimo, "Llámesse el primero informativo porque resulta de todos los medios propios para ilustrar la conciencia del juez, y dase el nombre de legítimo, porque resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales o recogidas por vías legales. Así, en todos los actos de jurisdicción voluntaria puede el juez decidirse por los datos y noticias personales que tenga; en los de jurisdicción contenciosa está obligado a juzgar según lo que resulte del proceso, en los primeros, puede tomar como base de su decisión los hechos articulados por el demandante o dejar de darles crédito por motivos que les son personales y, en los segundos, por el contrario, cuando se niega un hecho principal por alguna de las partes no puede darlo por cierto, cualquiera que sea el conocimiento particular que de él tuviere, sino que debe ordenar su prueba."<sup>120</sup>

De todo lo expuesto se determina que a través de la jurisdicción voluntaria se puede realizar un requerimiento formal; con el cual se puede dar por satisfecho el elemento requerimiento que exige el tipo del artículo 384 del Código Pena. Toda vez que por medio de la jurisdicción voluntaria es posible la tramitación de cualquier petición, en aquellos casos en los cuales, sin existir litigio entre partes se requiera la intervención de un órgano judicial.

La tramitación de la jurisdicción voluntaria brinda certidumbre jurídica al derecho penal, en el sentido de que el acto de requerimiento fue realizado; por lo tanto el sujeto activo no podrá negar el hecho de que tuvo conocimiento que debería hacer la entrega de la cosa. No es por demás señalar que dicho requerimiento debe practicarse en forma personal.

El objetivo de utilizar la jurisdicción voluntaria para requerir la entrega de la cosa, radica en someter al conocimiento de la autoridad judicial éste hecho, para que se de fe del mismo y se verifique su realización.

<sup>120</sup> DE PINA, Rafael, ob. cit p. 79

Por otra parte, no se discute que son los notarios quienes tienen el gran papel de representar diversos actos en la vida jurídica y que por esa situación pueden realizar un requerimiento formal sin que ello implique el hecho de sustituir a los jueces en ejercicio de funciones que nadie más que ellos están llamados a cumplir.

Ahora bien, dado que el requerimiento también se puede realizar a través de un acto notarial se estudiara a continuación por separado.

#### **4.3 EL REQUERIMIENTO EN LA LEGISLACION NOTARIAL**

Como consecuencia del número y complejidad de las relaciones jurídicas y dado que la mayoría de los ciudadanos no pueden presenciar diversos actos los cuales necesitan ser creídos para ser aceptados; fue necesario crear el sistema de fe pública.

*La fe pública es un función de orden público que se ejerce a través de dos formas:*

- a) Como parte de un servicio público, proveniente del estado; la cual es desplegada por las autoridades federales, estatales y municipales; así se habla por ejemplo de la fe pública del Ministerio Público, del Juez; o de los documentos que expiden las dependencias de gobierno.
- b) Como un servicio público autónomo que prestan los notarios públicos y corredores públicos, consiste en investir a una persona con una función autenticadora que al expedir un documento se considere como una verdad oficial por todos creíble.

La función notarial es necesaria en virtud de que su objeto es la fijación auténtica de determinados hechos. los notarios actúan en el instante mismo en que el hecho se produce a diferencia de los sistemas de prueba que procuran comprobar el hecho después de ocurrido aprovechando datos, huellas o cualquier indicio.

La ley del notariado prevé la intervención del notario para imponer confianza en el documento que a creado, dotando al mismo de credibilidad forzosa para todos, “por eso puede hablarse de que en virtud de la función notarial, el documento (instrumento) goza de fe pública y de que la fe pública notarial es la credibilidad (fe) impuesta a todos (pública) por la actuación del notario (notarial)”<sup>121</sup>

El artículo 10 de la ley del Notariado, define al notario de la siguiente manera:

*“ART 10.- Notario es un Licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídico. El notario fungirá como asesor de los compareciente y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”*

Se trata de fe pública en razón a que no se trata de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones de carácter objetivo que la sociedad civil acepta como verdaderas por haberse realizado acatando los preceptos legales; con facultad autenticadora, en razón de que al expedir un documento obliga a estimar como auténticos los hechos o actos sometidos a el.

Hay que distinguir el tipo de actos a los que el notario da forma y fe pública, entre los cuales se encuentran:

- a) Escrituras.
- b) Actas.
- c) Testimonios.

<sup>121</sup> AVILA ALVAREZ, Pedro, Derecho Notarial. Editorial Bosh, 7a. edición, España 1990, p. 3

*"ART. 82.- Acta notarial es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que éste asienta en un libro del protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello."*

Los preceptos relativos a las escrituras serán de igual forma aplicables a las actas notariales. Cuando debe darse fe de varios hechos relacionados entre si pero en diversos lugares o momentos, el notario podrá asentarlos en una sola acta una vez que todos se hayan realizado. El artículo 84 de la ley en comento refiere los hechos que el notario debe consignar en actas.

*"ART 84.- Entre los hechos que debe consignar el notario en actas, se encuentran los siguientes:*

*"I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario según las leyes;*

*"II. La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el notario;*

*"III. Hechos materiales, como el deterioro en una finca por construcción de otra en terreno contiguo o próximo a la primera;*

*"IV. Derogada;*

*"V. La existencia y detalles de planos, fotografías y otros documentos;*

*"VI. Entrega de documentos;*

*"VII Declaraciones de una o más personas, que bajo protesta de decir verdad, efectúen respecto de hechos que les consten, propios o de quien solicite la diligencia, y*

*"VIII En general toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente."*

### **c) Testimonios**

El testimonio: es la reproducción total o parcial de las escrituras y actas que consten en el protocolo; son expedidos por el notario siguiendo las normas de la ley del notariado.

*"ART. 93 - Testimonio en la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que les incluya en fotocopia con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento. ..."*

*"ART. 94 - Al final de cada testimonio se hará constar si es el primero segundo o ulterior número ordinal; el nombre del*

*o de los que hayan intervenido en la operación y que hayan solicitado su expedición; y el número de páginas del testimonio. Se salvarán la testaduras y entrerrenglonaduras de la manera prescrita para la escrituras. ...”*

De lo expresado anteriormente, se determina que las funciones que realiza el notario, adquieren una fuerza probatoria; por lo que se afirma que para dar cumplimiento al requerimiento formal solicitado en el artículo 384 del Código Penal, éste se puede realizar a través de los servicios del notario.

La realización del requerimiento formal antes aludido, se fundamenta en lo estipulado en los artículos 82 y 84 fracción I de la Ley del Notariado.

Las actas de notificación o requerimiento son utilizadas “cuando una persona necesita la prueba auténtica de haber puesto en conocimiento de otra, determinada información o noticia o una decisión propia, ajena o de haberla requerido o intimado <<(según la expresión reglamentaria que quizá podría sustituirse por la de <<a que haga o se abstenga de hacer algo>>) puede solicitar la intervención notarial para la autorización de la correspondiente acta de notificación o requerimiento, respectivamente.”<sup>122</sup>

En cuanto a los requerimientos hechos por el notario, estos deben acatar las siguientes disposiciones:

*“ART 85.- En las actas relativas a los hechos a que se refiere la fracción I del artículo anterior, se observará lo establecido en el artículo 62 de esta ley, con las modalidades siguientes*

---

<sup>122</sup> Ibidem, p. 136

*"I Bastará mencionar el nombre y apellidos que manifieste tener la persona con quien se practique la diligencia, sin necesidad de agregar sus demás generales.*

*"II. Una vez que se hubiere practicado cualesquiera de las diligencias mencionadas en la fracción I del artículo anterior, el notario podrá levantar el acta relativa en la oficina de la notaría a su cargo, a la que podrá concurrir la persona que haya sido destinataria del objeto de la diligencia efectuada, dentro de un plazo que no exceda de cinco días a partir de la fecha en que tuvo lugar la actuación de que se trate, para hacer las observaciones que estime convenientes al acta asentada por el notario, manifestar su conformidad o inconformidad con ella y, en su caso, firmarla. Si estas manifestaciones no pueden asentarse en el texto del acta respectiva, se hará constar en documento por separado firmado por el interesado, que el notario agregará al apéndice correspondiente y una copia del mismo se entregará al concurrente. ..."*

*"ART 86.- Cuando a la primera busca el notario no encontrase a la persona a quien va a notificar, se cerciorará de que ésta tiene su domicilio en el lugar en donde va a hacer la notificación, y en el mismo acto podrá practicar dicha notificación mediante instructivo que entregará a los parientes, empleados o domésticos del interesado o a cualquiera otra persona que viva ahí, y hará constar en el acta la forma en que se llevó acabo la diligencia. El*

*instructivo contendrá una relación sucinta del objeto de la notificación ”*

Es en virtud de la solicitud formulada por el interesado, que el notario acepta realizar la diligencia de requerimiento, por la cual se exhorta a la persona para que haga o se abstenga de hacerlo

Se considera que el requerimiento formal al que se refiere el artículo 384 en estudio debiera realizarse aplicando las disposiciones contenidas en la ley del notariado, toda vez que al realizarse por un profesional en derecho investido de fe pública, se acreditaría plenamente que se cumplió fehacientemente con uno de los elementos del tipo penal en comento, de tal suerte que no podría argumentarse que el sujeto activo no tuvo conocimiento de dicho requerimiento en el sentido de que debía realizar la entrega de la cosa que tiene en tenencia, a partir de ese momento y siempre que el sujeto permanezca con el bien mueble, su posesión será ilegítima.

Se difiere en cuanto al contenido del artículo 86 de la ley del notariado, arriba mencionado cuando "...podrá practicar dicha notificación, mediante instructivo que entregará a los parientes, empleados o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que viva ahí, y hará constar en el acta la forma en que se llevó a cabo la diligencia. El instructivo contendrá una relación sucinta del objeto de la notificación." A este respecto se puede argumentar que para que dicho requerimiento tenga eficacia en materia penal se hace necesario que sea realizado de forma personal con el requerido a efecto de que éste tenga pleno conocimiento de que su derecho a poseer la cosa a fenecido y que por tal motivo debe hacer la entrega del bien mueble a quien tenga derecho y que no basta que se le por cumplimentado un requerimiento, por el sólo hecho de dejar el notario un instructivo en que contenga la relación sucinta de la notificación con cualquiera de las personas que se mencionan en el artículo aludido, por carecer éstas de personalidad para conocer del asunto.

#### 4.4 EL REQUERIMIENTO EN LA LEY DE CORREDURIA PUBLICA

El corredor público es un ciudadano mexicano con título profesional de licenciado en derecho. Las funciones que desempeñan son como auxiliares del comercio, cuidando la seguridad jurídica de los actos en que intervengan.

Los actos que realiza en su ejercicio gozan de fe pública y deben considerarse como válidos por las autoridades y por los particulares.

Una de las primeras funciones del corredor fue poner en relación a las personas interesadas en celebrar un contrato, de tal situación sus servicios se fueron ampliando en múltiples cuestiones por ejemplo, si uno de los contratantes consideraba que no se ejecutaba lo pactado, el corredor con sus conocimientos en comercio y en el negocio podía decidir si se cumplía con lo estipulado o si el conflicto provenía de alguna cláusula y claro es que con la intervención del corredor éste hacía constar si el contrato se perfecciona o no; de tal suerte que de mediador se agregaron a esta figura otras actividades empezando a actuar como asesor, como perito o como fedatario, pero siempre en el área mercantil.

Desde sus orígenes el corredor público debe mantener una actitud imparcial y no favorecer los intereses de una de las partes. El corredor nunca contrata en su nombre ni en representación de otra persona, con ninguna de ellas se identifica, su función es de mediador y se mantiene a distancia de ambas partes.

A los corredores se les atribuyen las siguientes características:

- a) Tiene funciones de carácter público como fedatario.
- b) Su actividad se realiza únicamente en negocios y actos mercantiles.
- c) Se ejerce control sobre ellos a través de la ley.

El marco legal de los corredores públicos, queda integrado por la Ley Federal de Correduría Pública y su reglamento.

Las facultades del corredor público se pueden agrupar de la siguiente forma:

a) **Facultad como fedatario.** Goza de fe pública ya que la función que realiza tiene carácter público. Su responsabilidad estriba en cerciorarse y hacer constar que los contratos y convenios de naturaleza mercantil son celebrados conforme a derecho, con todos los efectos jurídicos que ello implica.

b) **Facultad como asesor.** Los corredores pueden aconsejar a quien lo solicite de la forma y características jurídicas de la operación o negocio que se quiera realizar o sobre cualquier actividad del comercio; lo que permite el asesorar a las partes en la preparación del documento o bien en la revisión del contrato que las partes traigan consigo, para que éste sea firmado ante su fe. Sin embargo dicho asesoramiento debe ser en materia mercantil.

c) **Facultad como mediador, perito y árbitro.**

Las funciones que tiene el corredor público en el ejercicio de sus funciones se especifican en el artículo 6º. de la Ley Federal de Correduría Pública.

*"ARTICULO 6º. Al corredor público corresponde:*

*"I. Actuar como agente mediador, para transmitir e intercambiar propuesta entre dos o más partes y asesorar en la celebración o ajuste de cualquier contrato o convenio de naturaleza mercantil;*

*"II. Fungir como perito valuador, para estimar, cuantificar y*

*valorar los bienes, servicios, derechos y obligaciones que se sometan a su consideración por nombramiento privado o por mandato de autoridad competente;*

*"III. Asesorar jurídicamente a los comerciantes en las actividades propias del comercio;*

*"IV. Actuar como árbitro, a solicitud de las partes, en la solución de controversias derivadas de actos, contratos, o convenios de naturaleza mercantil, así como las que resulten entre proveedores y consumidores, de acuerdo con la ley de la materia.*

*"V. Actuar como fedatario público para hacer constar contratos, convenios, actos y hechos de naturaleza mercantil, excepto en tratándose de inmuebles; así como en la emisión de obligaciones y otros títulos de valor; en hipotecas sobre buques, navíos y aeronaves que se celebren ante él, y en el otorgamiento de créditos refaccionarios o de habilitación o avío, de acuerdo con la ley de la materia;*

*"VI. Actuar como fedatarios en la constitución, modificación, fusión escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles y en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles y*

*"VII. Las demás funciones que señalen ésta y otras leyes o reglamentos."*

*"Las anteriores funciones se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes y no se consideran exclusivas de los corredores públicos."*

Los documentos que redacta el corredor público de los actos en que interviene, reciben el nombre de pólizas y actas. la utilización de estos documentos la proporciona el artículo 18 de la ley en comento.

*"ARTICULO 18. Póliza es el instrumento redactado por el corredor para hacer constar en él un acto, convenio o contrato mercantil en el que esté autorizado a intervenir como funcionario revestido de fe pública.*

*"Acta es la relación escrita de un hecho jurídico en el que el corredor intervino con fe pública y que contendrá las circunstancias relativas al mismo.*

*"Las actas y pólizas autorizadas por los corredores son instrumentos públicos y los asientos de su libro de registro y las copias certificadas que expida de las pólizas, actas y asientos son documentos que hacen prueba plena de los contratos, actos o hechos respectivos.*

*"El corredor podrá expedir copias certificadas para hacer constar las actas o pólizas en que haya intervenido, siempre que obren en su archivo y que aparezcan debidamente registradas en el libro correspondiente."*

Sobre el contenido de las actas que elabora el corredor público, éstas se encuentran en el Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública, en el artículo 35.

*"ARTICULO 35. El corredor hará constar mediante acta:*

*"I. Aquellos hechos materiales, ratificaciones, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas, relacionados con hechos mercantiles y que puedan ser apreciadas objetivamente; y*

*"II. Las notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que se encuentre autorizado para intervenir, de conformidad con las leyes y reglamentos.*

*"En los casos a que se refiere la fracción II se observarán las siguientes modalidades:*

*"a) Bastara mencionar el nombre que manifieste tener la persona con quien se practique la diligencia , sin necesidad de agregar sus demás generales; y*

*"b) El destinatario del objeto de la diligencia podrá manifestar en el momento de la misma, las observaciones que estime convenientes en relación con la diligencia, pudiendo manifestar su conformidad o inconformidad con los hechos respectivos lo cual deberá quedar asentado en el acta respectiva.*

*"El corredor podrá autorizar el acta, aun cuando ésta no haya sido firmada por el solicitante de la diligencia o por demas personas que hayan intervenido en ella."*

Tanto el notario publico como el corredor público gozan de fe pública como consecuencia de esa calificativa los actos que realizan hacen prueba plena.

Los actos en los que interviene el corredor público no son exclusivos de su competencia, por lo que se puede afirmar que los notarios públicos pueden actuar en materia de comercio de todos los actos. hechos. convenios, contratos y constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extincion de sociedades mercantiles, esta facultad deriva de que la función fedataria no es un acto de comercio sino del derecho notarial.

La diferencia de funciones entre el notario y el corredor público, estriba en que el primero, es decir. el notario, no tiene funciones de mediador, árbitro y actúa en materia de derecho común; en tanto que el corredor público realiza todas esas funciones solo en el ámbito comercial o mercantil.

A todo lo anterior hay que recordar que en el tipo que describe el artículo 384 del Código Penal no se establece a través de quien se puede realizar el requerimiento formal a que hace alusión dicho precepto legal; por lo que si bien es cierto que dentro de la Ley de Correduría Publica y su Reglamento. se encuentra contemplado que el corredor público puede realizar requerimientos; se considera que estos se refieren a hechos de naturaleza mercantil; dado que la designación del corredor público le es otorgada por la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial y el objeto de esa designación es para intervenir como auxiliar del comercio.

La utilización de la figura de corredor público o notario público definitivamente se atenderá a la naturaleza jurídica del asunto en particular.

Tratándose de otorgar fe pública al acto de requerimiento, ambas figuras pueden realizarlo; pero como ya anteriormente se dijo que la fe pública es una función notarial con la que se brinda credibilidad y eficacia jurídica al acto, siendo este el fin que se persigue en el requerimiento formal exigido por el artículo 384 del Código Penal; no se debe confundir o ir más allá de las funciones de tal o cual fedatario público, ya que lo único que se persigue es la certidumbre de que dicho requerimiento formal efectivamente fue realizado. Cabe agregar que en el delito de retención indebida existen casos en los cuales no se está en presencia de un acto o de un objeto que por su naturaleza sea considerado como un acto de comercio tratándose entonces de un simple acto entre dos particulares; por lo que el requerimiento debe hacerse a través del notario público y no de un corredor.

#### 4.5 REQUERIMIENTO EN LA LEY PENAL

Resulta repetitivo pero necesario el mencionar que el tipo de retención indebida previsto en el artículo 384 de la ley penal sustantiva exige que se realice un requerimiento formal. En razón a esta circunstancia cabe hacer las siguientes reflexiones:

- 1.- Que formalidades debe reunir el requerimiento.
- 2.- Por que medio se debe hacer el requerimiento.
- 3.- Que tiempo debe considerarse posterior al requerimiento para considerar que se trata de una retención indebida.
- 4.- El lugar competente para realizar el requerimiento.

Es necesario por lo tanto saber que se debe considera como requerimiento en materia penal.

“Requerimiento

USE: Medios de Comunicación Procesal.”<sup>123</sup>

“Medios de comunicación procesal

Citaciones

Emplazamientos

Notificaciones

Requerimientos”<sup>124</sup>

No se trata de estudiar la comunicación procesal; sino la forma de realizar el requerimiento, entendiéndose este como “el hacer saber a una persona en particular que tiene que hacer o dejar de hacer algo”, se trata entonces de determinar la forma de cumplir con el requerimiento formal exigido por el artículo 384 del código penal; y estar así en posibilidad de integrar el delito.

Sobre el estudio de este tipo, revisten importancia las aportaciones que hacen algunos juristas:

**Carranca y Trujillo** señala. “Que sea requerida en forma por quien tenga derecho a la posesión de la cosa; el requerimiento formal puede ser notarial, ante dos testigos, etc.”<sup>125</sup>

**Osorio y Nieto** comenta: “...en cuanto a la hipótesis normativa del artículo 384 del código Penal, debe probar el requerimiento formal mediante documentación o testigos...”<sup>126</sup>

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal hace la siguiente aportación:

<sup>123</sup> PENICHE DE SANCHEZ MACGREGOR, Surya; Terminología de Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 1997, p. 45

<sup>124</sup> Ibidem, p. 36

<sup>125</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, CARRANCA Y RIVAS; Código Penal Anotado, ob. cit. p. 941

<sup>126</sup> OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto; La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, 6a. edición. México 1992, p. 356

“ Que se le requiera formalmente la entrega de la cosa, por quien tenga derecho a la posesión de la misma. A este respecto cabe señalar que no necesariamente el dueño es el único que puede hacer el requerimiento ”<sup>127</sup> Si bien es cierto que en muchas ocasiones el legítimamente facultado para hacer el requerimiento de la cosa lo representa el propietario, por ser éste quien *reciente el perjuicio en su contra; también ocurre por ejemplo, que pueden realizar el* requerimiento de la cosa el representante legal, cuando se trata de personas morales; o bien el madatario que para el desempeño de sus funciones entrega a otro sujeto la tenencia de determinadas cosas, por consiguiente sin ser el propietario, puede el mandatario requerir la entrega de dichos objetos “Este requerimiento, por otra parte , puede ser judicial, notarial, o ante dos testigos. En todo caso, deberá acreditarse este extremo.”<sup>128</sup>

Será importante expresar una opinión a cada una de las cuestiones referidas al principio de este capítulo.

**1.- Que formalidades debe reunir el requerimiento.** El requisito exigido por el legislador en el requerimiento se encuentra representado por la formalidad, en atención a que el tipo establece “ser requerido formalmente”, sin que señale alguna forma en específico para cumplir dicha exigencia. El objeto del requerimiento entonces, es el solicitar la entrega de la cosa.

**2.- Por que medio se debe hacer el requerimiento.** En cuanto a los medios por los cuales se debe realizar el requerimiento, el legislador deja abierta la posibilidad a cualquier forma de realización y solo menciona la frase “requerimiento formal”. Diversos autores, Raúl Carranca, entre otros, han expresado sus comentarios en los que se expone que el requerimiento puede cumplirse a través de notario público, por la vía judicial o por medio de testigos.

Ya fueron estudiadas las formas de requerimiento notarial, jurisdiccional e inclusive a

<sup>127</sup> PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL; Diligencias Básicas para la Integración de la Averiguación Previa, México 1990, p. 135

<sup>128</sup> Idem

través de corredor público. corresponde entonces estudiar el requerimiento ante dos testigos; de ahí que revista importancia lo que señala el código de procedimientos penales sobre los testigos.

*“Artículo 189.- Si por las revelaciones hechas en las primeras diligencias, en la querrela, o por cualquier otro modo, apareciere necesario el examen de algunas personas para el esclarecimiento de un hecho delictuoso, de sus circunstancias o del inculpado, el Ministerio Público o el Juez deberán examinarlas.”*

El testigo es la persona física que comparece ante el Ministerio Público o el Juez a manifestar hechos sobre algo que percibió y de lo cual conserva en su memoria; o bien a aporta algún dato que conoce por si o por terceras personas. A lo manifestado por el testigo se le llama testimonio. El artículo 191 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal establece que cualquier persona deberá ser examinada como testigo.

*“Artículo 191. Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el juez estime necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes, y además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.”*

Todo ciudadano tiene el deber de declarar y aportar datos que ayuden al órgano investigador a llegar a la verdad de los hechos, esta obligación prevalece en aquellas personas que en términos de este artículo sea testigo por considerarse que su testimonio es importante.

De lo anterior se desprende que las personas señaladas por el querellante en el caso particular del delito de ilegítima retención, que hallan presenciado el requerimiento al sujeto activo, están en posibilidad de rendir su declaración sobre ese hecho, por haber sido partícipes de él

Para la valoración del testimonio se deberá tomar en cuenta todas las circunstancias de las cuales se pueda determinar la veracidad y mentira con que se producen. El artículo 255 del mismo ordenamiento determina los puntos que se deben considerar para la valoración de un testigo

*"Artículo 255. Para apreciar la declaración de un testigo, el Ministerio Público o el tribunal o el Juez tendrán en consideración:*

*"I. Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en este código;*

*" II. Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar el acto;*

*"III. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;*

*"IV. Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducción ni referencias de otro;*

*"I. Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni*

*reticencias ya sobre substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales, y*

*"VI. Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio no se reputará fuerza."*

En relación al tipo en análisis; se debe tratar de testigos de requerimiento, los cuales revisten importancia para que el órgano investigador pueda considerar que efectivamente fue requerida la entrega de la cosa al sujeto activo; a los testigos deben constarles ese hecho, es decir, que en forma clara y precisa manifiesten conocer el suceso, por haberse realizado en presencia de ellos, es decir, que físicamente se constituyeron al domicilio del requerido con quienes en presencia de ellos le fue solicitado al sujeto activo la entrega de la cosa objeto de la conducta. Los testigos podrán manifestar la actitud que tomó el requerido o la respuesta que dio a dicho requerimiento. Esto es que en la diligencia se asentará la razón de su dicho, lo que significa que se dejara constancia de los motivos y la forma en que conoció los sucesos, así como las causas por las cuales compareció a testificar, tal y como lo prevé el artículo 194 del ordenamiento antes invocado.

*"Artículo 194. Los testigos darán siempre la razón de su dicho, que se hará constar en la diligencia."*

Cabe ahora determinar en términos del artículo 122 del código de procedimientos penales, con que elementos se integra el tipo penal de abuso de confianza en su modalidad de ilegítima retención y como se acredita la probable responsabilidad.

*"Artículo 122. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado como base del*

*ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:*

*"I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;*

*"II. La forma de intervención de los sujetos activos, y*

*"III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.*

*"Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:*

- a) las calidades del sujeto activo y del pasivo;*
- b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;*
- c) el objeto material,*
- d) los medios utilizados;*
- e) las circunstancias de lugar; tiempo, modo y ocasión;*
- f) los elementos normativos;*
- g) los elementos subjetivos específicos, y*
- h) las demás circunstancias que la ley prevea.*

*"Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad*

*"Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable*

*responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."*

Con fundamento en el artículo anterior, el delito de ilegítima retención se integra cuando se encuentren reunidos y satisfechos los elementos a que hace mención el precepto invocado; dichos elementos son los que se han venido manejando a lo largo del presente trabajo dentro de la Teoría del Delito en la Doctrina Finalista.

El delito de **ABUSO DE CONFIANZA EN SU MODALIDAD DE ILEGITIMA RETENCION** previsto en el artículo 384 de la ley penal sustantiva, reviste una conducta omisiva artículo 7º del Código Penal (hipótesis de omisión) en relación con la fracción II (hipótesis de delito permanente o continuo) en virtud de que con la retención de la cosa, la consumación se prolonga en el tiempo. La comisión es totalmente dolosa, toda vez que el sujeto activo *conociendo lo ilícito de su conducta quiere y acepta la realización de su conducta*; artículo 8º (hipótesis de dolosa), artículo 9º (hipótesis de obra dolosamente). En consecuencia, el tipo se integra con los siguientes elementos:

- a) Con la Querrela presentada ante el Ministerio Público.
- b) Con la declaración del ofendido en la que describa y detalle los objetos que fueron transmitidos en tenencia al sujeto activo. Así como la forma en que se dio la transmisión de tenencia
- c) Con las documentales que acrediten *la transmisión de tenencia de la cosa al sujeto activo, o a falta de documentales con la declaración de testigos.*
- d) Con el dictamen rendido por peritos contadores o valuadores, en el que se acredite el daño patrimonial causado tomando como base los elementos o documentos aportados por el querellante.

- e) Con la declaración del probable responsable.
- f) Con la Inspección Ministerial de la cosa, sobre la cual recae la conducta. Esta diligencia se considera relevante en virtud de que a través de ella se determina si se está en presencia de una disposición o de una retención.
- g) Con el requerimiento formal realizado al probable responsable; para lo cual se debe exhibir el acta notarial o la jurisdicción voluntaria que acredite dicho requerimiento.
- h) Con la declaración de testigos de requerimiento.
- i) Con el informe de policía judicial.

La probable responsabilidad se acredita con los mismos elementos que sirvieron para integrar el tipo penal, pero principalmente con los siguientes elementos de convicción:

- a) *Con la formal Querrela.*
- b) Con el requerimiento formal realizado directamente al probable responsable; por ser éste el momento en que el sujeto activo adquiere conocimiento de su obligación a devolver la cosa y en consecuencia, encamina su conducta hacia un fin determinado que consiste en permanecer con la cosa.
- c) Con la declaración de testigos de requerimiento si los hubiere.
- d) Con la declaración del probable responsable.

Una vez que se encuentran acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad se ejercita Acción Penal y el expediente es turnado a la Dirección General de Consignaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal es precisamente en esa Dirección donde los Ministerios Públicos Consignadores no tienen unificado un criterio sobre la forma de realizar el "requerimiento formal" que exige el artículo 384 del código penal; lo que para unos Consignadores se cumple con la declaración de testigos para otros no y en forma literal expresan. "que el requerimiento formal, aludido por el artículo 384 del Código Penal sea realizado ante notario público."

De lo anterior, se desprende que la Dirección de Consignaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal solicita que el requerimiento formal cumpla con determinadas características como el hecho de que conste en documento por escrito y más aún convertido en un instrumento público con valor probatorio pleno.

**3.- Que tiempo debe considerarse posterior al requerimiento para considerar que se trata de una retención indebida.** Se considera que la ilegítima posesión de la cosa nace a partir de que el sujeto no la entrega después de haberle sido requerida. Con su negativa se esta consumando el delito; por lo que el tiempo que se le otorgue al sujeto activo para realizar la entrega de la cosa sera por voluntad del querellante previo acuerdo con el sujeto activo.

La figura del artículo 173, inciso 2º del Código Penal Argentino contempla la retención indebida, estableciendo: "El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo cosas, muebles, dinero o valores ajenos que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver"<sup>129</sup>; con relación al tiempo de entrega se menciona lo siguiente: "No restituye quien no devuelve algo a quien antes lo tenía o a quien éste se lo indique. No entrega quien no pone la cosa a disposición de un tercero, persona distinta de aquel de quien la recibió. En ambos casos, el delito se comete no cumpliendo con la obligación de

<sup>129</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos; Trafado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo VI. ob. cit. p. 120

hacer o no cumpliéndola a su debido tiempo. Lo primero supone una negativa; lo segundo requiere una mora del obligado. De estas exigencias resulta el momento consumativo del delito. Es opinión unánime la que fija ese momento en la omisión defraudatoria típica y no en la oportunidad de recibir o comenzar a tener la cosa por un título que produzca obligación de entregar o devolver. En los casos de quien se niega a entregar o devolver, no se presentan problemas mayores. En cambio pueden suscitarse cuando se trata de no entregar o no restituir a su debido tiempo. La norma es que cuando exista un término fijado por la ley o por las partes, éste es el debido tiempo; no estando establecido el momento a partir del cual se incurre en mora, ella debe ser determinada por la intimación judicial o extrajudicial.”<sup>130</sup>

A este respecto, el tipo del artículo 384 del código penal menciona que la cosa no sea devuelta a quien tenga derecho o que no sea entregada a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley. con lo que a falta de cumplimiento de ambas situaciones el delito se comete.

**4.- El lugar competente para conocer del delito.** Es competente para conocer del delito la autoridad donde se haya cometido la conducta ilícita. Siendo entonces que el requerimiento formal no reviste mayores problemas ya que tanto el sujeto activo como la cosa se encuentran en el mismo lugar, es decir, dentro de la misma jurisdicción.

Puede presentarse que la relación jurídica que trajo como consecuencia la posesión derivada de la cosa se haya efectuado en el Distrito Federal y que la retención de la cosa se configure en otra entidad federativa, lo que hace suponer que el sujeto activo y la cosa se encuentran en lugares diferentes, debiendo entonces conocer del ilícito la autoridad del lugar donde surge la conducta ilícita. Es posible que la fase investigadora incluyendo el requerimiento se pueda realizar en el lugar donde se realizó la entrega de la cosa, remitiendo posteriormente las actuaciones al lugar competente para conocer de ese ilícito.

---

<sup>130</sup> Ibidem, p. 126

#### 4.5.1 JURISPRUDENCIA

El requerimiento hecho al sujeto activo, representa una garantía, toda vez que le asiste el derecho de exponer o negarse a la devolución de la cosa retenida, además de exhibir pruebas que funden su negativa con el propósito de estar en aptitud de decidir sobre la comisión o no del delito.

En atención a esta circunstancia el requerimiento debe hacerse siempre en forma personalísima, es decir, en forma personal con quien recibió la tenencia y no con las demás personas con quienes el activo tenga alguna relación.

A continuación se transcribirán algunas tesis jurisprudenciales sobre el delito de retención indebida relacionadas con la retención, el requerimiento y la competencia.

#### ABUSO DE CONFIANZA

*“La simple retención de la cosa recibida por razón de uno de los contratos que no transfieren el dominio, no basta para considerar que existe el abuso de confianza, sino que es necesario para que la retención se haya hecho con el fin de apropiarse la cosa o de disponer de ella su dueño.”* Tomo XXVI. Pérez Primitivo. Pag. 421. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª.

#### ABUSO DE CONFIANZA, DELITO EQUIPARABLE, AL COMETIDO POR DOS O MAS MANDATARIOS.

“Por la especial integración de la conducta omisiva que se tipifica en el artículo 384 del Código Penal del Distrito Federal, esta se perfecciona en el momento en que el mandatario es requerido formalmente de manera personalísima y no entrega lo que ha recibido, por virtud del mandato que le fue conferido, y es a partir de ese momento cuando nace su obligación para entregar la cosa

a quien tenga derecho a ella o a la autoridad judicial, ello con independencia de los requerimientos hechos a otros mandatarios con quienes converja para la realización del delito por cuanto retengan ilegítimamente los bienes en perjuicio del ofendido, ya que el acto formal requerimiento solo puede surtir sus efectos legales al mandatario a quien se hace, y no a los demás apoderados, pues las obligaciones de cada uno para el poderdante solo son personales y autónomas, así las cosas, el derecho del ofendido para querellarse por cada uno de ellos nace en fecha distinta, cuando son varios los requerimientos que complementan el tipo delictivo.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 279/89 Carlos Cazanave Tapie Delecosse. 16 de agosto de 1989. Unanimidad de Votos Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Rivero Ortiz. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la federación. Epoca 8A2. Tomo: IV Segunda Parte-1. Página 34

**ABUSO DE CONFIANZA, NO SE CONFIGURA EL ILÍCITO DE, CUANDO NO SE DEMUESTRA QUE SE HAYA TRANSMITIDO LA TENENCIA DE LOS BIENES AL ACUSADO.**

“Se considera que no se actualiza el delito de abuso de confianza, cuando falta uno de los elementos esenciales para la configuración del mismo, como es la transmisión al acusado de la tenencia de los bienes muebles; no siendo obstáculo para lo anterior el haber contestado el procesado afirmativamente a la interrogante de la interpelación notarial en el cual reconoció haberse hecho responsable del resguardo de mercancía y del manejo económico y administrativo de la empresa a su cargo, pues no se detallan las mercancías, ni se anexaron al procedimiento el acta de entrega ni el inventario correspondiente; por lo que al no demostrarse plenamente que los bienes que se señalan en la auditoría sean los mismos que le fueron entregados al acusado al entrar en funciones de gerente, no se actualiza el tipo penal por el cual se le siguió proceso.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo directo 428/92. Liborio Soto Yocupito. 22 de octubre de. Unanimidad de votos. Ponente: José Enrique

Moya Chávez. Secretario Francisco Raúl Méndez Vega. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 8ª. Tomo: XI-Febrero. Página 194

#### **ABUSO DE CONFIANZA, COMPETENCIA.**

“Si en un juicio penal que da origen a una cuestión competencial, se encuentra demostrado que al inculpado le fue prestado por el denunciante para su uso un bien en un determinado lugar, y que posteriormente se ausentó de allí llevándose dicho bien, mismo que vendió en otro lugar, resulta inconcluso que el delito se consumó en el momento en que sin autorización de quien podía disponer del bien mueble, se propuso apoderarse de él; consecuentemente, la competencia se surte a favor del juez del lugar en que se ausentó llevándose consigo el citado bien mueble, sin que de hecho de haberlo vendido en otro lugar, con posterioridad, pueda constituir el delito mencionado, sino su consecuencia, ya que el inculpado se aprovechó en beneficio propio del dinero que con ello obtuvo de tercer persona.” Competencia 121 546 Francisco Pacheco. 5 de marzo de 1957. Mayoría de trece votos. Ponente: Carlos Franco Sodí. Disidentes: Franco Carreño. Genaro Ruiz Chávez. Octavio Mendoza González y José Castro Estrada. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario judicial de la Federación. Epoca: 5ª. Tomo CXXXI. Página 508

#### **ABUSO DE CONFIANZA, JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO DE.**

“Si de acuerdo con la legislación penal de dos entidades federativas, se ha configurado el delito de abuso de confianza, es competente para conocer del mismo, el juez del lugar en que se haya cometido la infracción antisocial, aun cuando se haya celebrado en otra entidad el contrato transgresivo de la ley.” Medrano Miguel. Pág. 2015. Tomo LXXVII. 20 de Julio de 1943, dieciséis votos. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca 5ª.

## **ABUSO DE CONFIANZA, COMPETENCIA PARA CONOCER DEL DELITO DE.**

"Es competente para conocer del delito de abuso de confianza, el juez del lugar en que se haya cometido." TOMO LXXXII, Página 4033. Pasquel Caraza Jorge. 27 de Noviembre de 1944. Catorce votos. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: 5ª.

### **4.6 PROPUESTA AL ARTICULO 384 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El delito de abuso de confianza en su modalidad de retención se tipifica en el artículo 384 Capítulo II denominado Abuso de Confianza, dentro del Título Vigésimosegundo Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

El abuso de Confianza ha ido evolucionando; desde sus orígenes hasta dar nacimiento a la modalidad de retención, publicado en el diario oficial de fecha 9 de marzo de 1946, el cual sigue vigente hasta nuestros días: precepto que expresa:

*"Artículo 384.- Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelva 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 "*

Se considera que como consecuencia del cabal cumplimiento a los elementos que exige el tipo penal, se encuentran latentes algunos problemas de interpretación. Esto se ve reflejado por la utilización de frases jurídicas tan genéricas que han dejado abierta cualquier posibilidad para

*cumplirlas; ante tal situación se llega a determinar que sería conveniente adicionar al artículo 384 la explicación de lo que debe entenderse por requerimiento formal y la manera en que debe realizarse.*

Para que dicho requerimiento formal tenga pleno valor probatorio y brinde certidumbre jurídica; deberá convertirse a instrumento público, situación que solo se logra a través de un requerimiento formal realizado ante notario público.

Si con anterioridad al requerimiento formal se solicita la intervención del Órgano Jurisdiccional para hacer el requerimiento de entrega a través de una jurisdicción voluntaria; con dicho acto debe darse por satisfecho el requerimiento formal exigido por el tipo en estudio.

Sin embargo no debe olvidarse que tanto los servicios que presta el notario público como los derivados de una jurisdicción voluntaria, representa el pago de honorarios, lo que en muchas ocasiones los gastos pasarían la suerte principal. Por esta situación es necesario que se considere el monto del daño causado y dejar especificado que solo cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces el salario mínimo podrá realizarse el requerimiento ante dos testigos.

El requerimiento formal siempre deberá realizarse en forma personalísima, es decir, se debe intimar personalmente al tenedor o poseedor de la cosa para que la entregue.

Cubierto el requerimiento formal de manera personal al tenedor de la cosa, no cabe posibilidad para éste de negar el conocimiento que tuvo en relación a que su posesión es ilegítima, como consecuencia del contrato o del acto que no le transfiere el dominio. Por consiguiente no se debe aceptar como válido el requerimiento hecho con persona distinta al sujeto activo o carente de toda personalidad jurídica.

Definitivamente en el artículo 384 del Código Penal deberá especificar los siguientes puntos:

- 1.- Que el requerimiento formal sea realizado ante notario público.
- 2.- Si existe requerimiento a través de jurisdicción voluntaria se le debe otorgar valor probatorio pleno
- 3.- La utilización de testigos solo procede cuando el monto no exceda de doscientas veces el salario mínimo
- 4.- El requerimiento deberá realizarse en forma personalísima al sujeto activo.

Con estas consideraciones, el artículo 384 de la ley penal sustantiva, conservara su misma redacción y se agregara bajo la designación de 384-Bis, la explicación que contenga los elementos arriba mencionados, quedando redactado de la siguiente manera.

Artículo 384-Bis.- Por requerimiento formal se debe entender la intimación que se hace al sujeto activo para que entregue la cosa. Cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces el salario mínimo, podrá realizarse el requerimiento por medio de testigos. Si el monto del abuso excede de doscientas veces el salario mínimo, el requerimiento formal, deberá realizarse ante notario público o por medio de una jurisdicción voluntaria. Para esta hipótesis, el requerimiento siempre deberá tener como destinatario el tenedor de la cosa o quien tenga personalidad jurídica para recibir notificaciones y que brinde certeza jurídica de que el sujeto activo tendrá conocimiento de que debe entregar la cosa

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.** En la antigüedad el abuso de confianza quedaba comprendido dentro de la amplia concepción del hurto: en consecuencia las penas aplicadas eran demasiado severas.

**SEGUNDO.** La figura de abuso de confianza como delito autónomo nace en Francia con el Código de Napoleón de 1810; descripción que sirve de modelo para que las legislaciones extranjeras aplicaran a su sistema jurídico este avance.

**TERCERO.** En México el delito de abuso de confianza surge con doble significación: como circunstancia agravante de cualquier delito, y como figura típica; otorgándosele plena autonomía hasta el Código Penal de 1931.

**CUARTO.** Desde el Código de 1871 se consideraba como abuso de confianza la ilegítima retención, cuando ésta se realizaba con ánimo de apropiación, sin que se pudieran determinar los elementos propios de esta forma de abuso de confianza.

**QUINTO.** El delito de retención indebida aparece tipificado con la redacción que se conoce hasta nuestros días, por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1946. De donde se concluye que son elementos de éste delito: La ilegítima posesión de la cosa retenida, el requerimiento formal y la negativa a devolver la cosa.

**SEXTO.** La tutela penal del delito de retención indebida lo constituye el patrimonio, entendiéndose no como unidad incorporea; sino por el contrario, en forma individual y como parte integrante del mismo

**SEPTIMO.** La previa tenencia de la cosa ajena mueble en manos del agente, constituye el presupuesto del delito de retención indebida. La transmisión de tenencia se puede realizar a través de cualquier acto o contrato, siempre que no se transmita la propiedad; dicha transmisión no necesariamente debe provenir en forma inmediata del sujeto pasivo, pues puede emanar de un acto judicial o de un tercero en forma mediata y en agravio del sujeto pasivo.

**OCTAVO.** La ilegítima posesión de la cosa, consiste en poseer sin derecho, es decir, en forma injusta, en perjuicio de determinada persona sea física o moral; la ilegítima posesión deriva de la negativa a devolver la cosa que ha sido requerida.

**NOVENO.** La negativa a devolver la cosa representa el no realizar el acto debido, es decir, que el sujeto activo no entregue o no devuelva la cosa a quien tenga legítimo derecho a ella.

**DECIMO.** En atención a la conducta que realiza el sujeto activo en la figura de retención indebida: se clasifica como un delito de comisión por omisión.

**DECIMO PRIMERO.** La acción y la omisión para ser típicos deben tener una finalidad, por lo tanto la conducta puede ser dolosa o culposa; en consecuencia el delito de retención indebida sólo

admite una comisión dolosa, a virtud de que la conducta del agente va dirigida voluntariamente hacia el fin que persigue y que en el caso concreto radica en no entregar o devolver la cosa ajena mueble.

**DECIMO SEGUNDO.** Las características que contiene el tipo de retención indebida son: es un tipo anormal, complementario, subordinado y de lesión.

**DECIMO TERCERO.** El requerimiento determina el momento consumativo del delito, por ser éste el instante en que nace la negativa a la devolución de la cosa. En consecuencia deberá practicarse en forma personalísima con el sujeto activo.

**DECIMO CUARTO.** El contenido de la frase requerimiento formal, a que hace referencia el tipo de retención indebida es de naturaleza genérica, por lo que se hace necesario orientar la forma en que se deba dar cumplimiento a ese elemento solicitado por el legislador; por tal situación se menciona la propuesta a que hace alusión el capítulo cuarto del presente trabajo.

**BIBLIOGRAFIA DOCTRINARIA**

- 1.- AVILA ALVAREZ. Pedro; **Derecho Notarial**. Editorial Bosh, 7a. edición, España 1990.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; **Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa, 15a. edición, México 1986.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; **Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México**. Editorial Porrúa, 2a. edición. México 1981.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, CARRANCA Y RIVAS; **Código Penal Anotado**. Editorial Porrúa, 20a. edición, México 1997.
- 5.- CARRARA, Francesco; **Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. IV**. Editorial Temis, 4a edición. Bogotá Colombia 1987.
- 6.- CASTELLANOS TENA. Fernando; **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Editorial Porrúa, 23a. edición Mexico 1986.
- 7.- CORTES IBARRA. Miguel Angel; **Derecho Penal**. Cárdenas Editor y Distribuidor, 4a. edición, México 1992.
- 8.- DAZA GOMEZ. Carlos; **Teoría General del Delito**. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997

- 9.- DE P. MORENO, Antonio; Curso de Derecho Penal Mexicano. Delitos en Particular. Volumen VIII, Editorial Jus, México 1944.
- 10.- DE PINA, Rafael; Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 11a. edición, Mexico 1976.
- 11.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge; Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez, Editorial Porrúa, 2a. edición, México 1996.
- 12.- FLORIS MARGADANT S. Guillermo; El Derecho Privado Romano, Editorial Porrúa, 11a. edición, México 1989
- 13.- FONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal. Introducción y Parte General, Editorial Abeledo Perrot, 14a. edición, Buenos Aires 1993.
- 14.- FONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Abeledo Perrot, 13a. edición, Buenos Aires 1991.
- 15.- FONTAN BALESTRA, Carlos; Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo VI, Editorial Lavalle, 2a. edición, Buenos Aires 1994.
- 16.- GOMEZ LARA, Cipriano; Teoría General del Proceso, Editorial Harla, 8a. edición, México 1990.
- 17.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco; Derecho Penal Mexicano. Los Delitos, Editorial Porrúa. 26a. edición, México 1993.
- 18.- JIMENEZ DE ASUA, Luis; Principios de Derecho Pena. La ley y el Delito, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990.

- 19.- JIMENEZ HUERTA, Mariano; Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Editorial Porrúa, 4a. edición, México 1983.
- 20.- JIMENEZ HUERTA, Mariano; Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, La Tutela Penal en el Patrimonio. Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1984.
- 21.- J. URE, Ernesto. El delito de Apropiación Indebida, Editorial Ideas, Buenos Aires 1943.
- 22.- MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal. Delitos en Particular. Tomo V, Editorial Temis, 4a edición, Bogota 1956.
- 23.- MARQUEZ PIÑERO, Miguel Angel; Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, Mexico 1986.
- 24.- MAZEAUD, Henri y León; Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952.
- 25.- MEZGUER, Edmundo; Derecho Penal. Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, 6a edición, Buenos Aires 1955.
- 26.- ORELLANA WIARCO, Octavio; Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista, Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1997.
- 27.- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto; La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, 7a. edición, Mexico 1994.
- 28.- PAVON VASCONCELOS, Francisco; Comentarios de Derecho Penal. Delitos Contra el Patrimonio, Editorial Porrúa, 8a. edición, México 1997.

- 29.- PAVON VASCONCELOS, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa 12a. edición, México 1995.
- 30.- PETIT, Eugene; Tratado de Derecho Romano, Editorial Porrúa, 5a. edición, México 1984.
- 31.- PLANIOL Y RIPERT; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo III. Los Bienes, Editorial Porrúa, 15a. edición, México 1993.
- 32.- PORTE PETIT Candaudap; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa. 15a edición, México 1993.
- 33.- ROJINA VILLEGAS Rafael; Compendio de Derecho Civil II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, 27a. edición, México 1996.
- 34.- SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino. Tomo IV, Tipografía Editora Argentina, 10a. edición, Buenos Aires 1992.
- 35.- VELA TREVIÑO, Sergio; Antijuricidad y Justificación, Editorial Porrúa, 5a. edición, Mexico 1990.
- 36.- VILLALOBOS. Ignacio; Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa. 5a. edición, México 1990.
- 37.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal. Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, primera reimpresión, México 1991.

## LEGISLACIONES

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México 1998.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Editorial Sista, México 1998.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Delma, México 1998.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Sista, Mexico 1998.
- 5.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 1997.
- 6.- Ley del Notariado para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 1997.
- 7.- Ley Federal de Correduría Pública. Compendio de Leyes Mercantiles y Disposiciones Conexas. Ediciones Fiscales ISEF, México 1998.
- 8.- Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública. Compendio de Leyes Mercantiles y Disposiciones Conexas, Ediciones Fiscales ISEF, México 1998.

## OTRAS FUENTES

- 1.- CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Eliasta, 21a. edición Argentina 1989.
- 2.- CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Eliasta, 21a. edición Argentina 1989.
- 3.- Diccionario de la Lengua Española, Tomo V, Talleres Gráficos de la Editorial Espasa Calpe, S.A., 19a edición, Argentina 1989.
- 4.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Talleres Gráficos Carollo S.C.A.
- 5.- GOLDSTEIN, Raúl; Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, 3a. edición, Argentina 1993.
- 6.- Jurisprudencias y Tesis Aisladas 1917-1995, Poder Judicial de la Federación. 5° CD-ROM Septiembre de 1995, quinta versión.
- 7.- PENICHE DE SANCHEZ MACGREGOR, Surya; Terminología de Derecho Penal, Universidad Nacional Autónoma de México y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 1997
- 8.- Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; Diligencias Básicas para la Integración de la Averiguación Previa, México 1990.
- 9.- RICCIO, Steffano; Los Presupuestos del Delito: Concepto y Determinación. Revista Jurídica Veracruzana, XII, 1961.