

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE  
RETENCION INDEBIDA  
TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO  
PENAL**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO  
DE LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA:  
NORBERTO TISNADO CORONA**

Asesor: Lic. Susana Ruiz Cárdenas

MÉXICO, D. F.

2006



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## DEDICATORIA

Son muchas las personas a quienes me debo y dedico el modesto producto de este trabajo.

A mi abuela en quien me veo reflejado, María Hernández Rodríguez.

A mis padres, Alejandro Tisnado Andrade y Justina Corona Hernández. Al lado de ellos a Don Inés Yáñez Arceo, que se hizo cargo de la familia al faltar mi padre. Dios los tenga en su gloria.

A mis hermanos María Guadalupe, Juana Justina y Narciso Alejandro. Al lado de ellos a Josefina, Eva y Odilia.

A mis innumerables sobrinos .

A Irma Carolina y María Eugenia, quienes me han dado el invaluable tesoro que son mis hijos.

A mis hijos Irma Carolina, Alejandro, Luis Norberto y Getsemaní.

A todos mis maestros, especialmente a Don Celestino Porte Petit, Ernesto Gutiérrez y González, Elpidio Ramírez Hernández, Carlos Daza Gómez y Susana Ruiz Cárdenas que me dirigió infatigablemente sin permitirme desistir en esta obra.

## ESTUDIO DOGMÁTICO

### DEL DELITO DE RETENCION INDEBIDA

#### TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 229 DEL CODIGO PENAL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	1
CAPITULO PRIMERO.....	6
Antecedentes Históricos en México.....	6
1. Época precortesiana.....	6
1.1. El Pueblo Tarasco.....	6
1.2. El Pueblo Maya.....	7
1.3. El Pueblo Azteca.....	7
2. Época Colonial.....	8
2.1. Leyes de Toro.....	9
3. México Independiente.....	10
3.1. Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz.....	10
3.2. Código Penal de 1869 (de Corona).....	10
3.3. Código Penal de 1871 (Martínez de Castro).....	11
3.4. Código Penal de 1929 (Almaraz).....	12
3.5. Código Penal de 1931.....	12
CAPITULO SEGUNDO.....	15
Concepto de Retención Ilícita.....	15
1. Etimología.....	15
2. Definición legal.....	16
3. Definición personal.....	17
4. Diversas denominaciones.....	21

5. Distinción de esta figura con el delito de abuso de confianza, fraude y robo. .....	21
CAPITULO TERCERO.....	24
Teoría Del Delito.....	24
1. La conducta.....	25
1.1. La conducta típica en la retención indebida.....	28
1.2. Ausencia de conducta.....	34
1.2.1. Vis absoluta.....	34
1.2.2. Vis maior.....	34
1.2.3. Movimientos reflejos.....	35
1.2.4. Hipnosis.....	35
1.2.5. Sueño.....	35
1.2.6. Sonambulismo.....	35
1.3. Clasificación en orden a la conducta.....	37
2. Tipicidad.....	39
2.1. Elementos del tipo.....	42
2.1.1. Deber jurídico penal.....	43
2.1.2. Bien jurídico.....	44
2.1.3. Sujeto activo.....	45
2.1.4. Sujeto pasivo.....	51
2.1.5. Objeto material.....	56
2.1.6. Conducta.....	57
2.1.7. Violación al deber jurídico.....	57
2.1.8. Lesión al deber jurídico.....	58

2.2. Ausencia de tipo.....	58
2.3. Atipicidad. ....	58
2.4. Clasificación del delito en orden al tipo. ....	59
3. Antijuridicidad. ....	61
3.1. Aspecto positivo. ....	61
3.2. Causas de licitud.....	62
3.2.1. Legítima defensa. ....	63
3.2.2. Estado de necesidad.....	63
3.2.3. Cumplimiento de un deber. ....	64
3.2.4. Ejercicio de un derecho.....	64
3.2.5. Consentimiento del ofendido.....	65
4. Imputabilidad.....	66
4.1. Aspecto positivo. ....	66
4.2. Inimputabilidad.....	68
4.2.1. Minoridad .....	68
4.2.2. Trastorno mental.....	69
5. Culpabilidad .....	72
5.1. Aspecto positivo.....	74
5.1.1. Dolo. ....	77
5.1.2. Culpa. ....	78
5.2. Inculpabilidad. ....	79
5.2.1. No exigibilidad de otra conducta. ....	79
5.2.2. Error.....	79
5.2.3. Coacción sobre la voluntad.....	82

6. Condiciones objetivas de punibilidad.....	83
6.1. Aspecto positivo.....	84
6.2. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.....	87
7. Punibilidad y pena.....	88
7.1. Punibilidad.....	88
7.1.1. Constitución y punibilidad.....	90
7.1.2. Código Penal y punibilidad.....	91
7.1.2.1. Punibilidad para el delito doloso..	91
7.1.2.2. Punibilidad de los delitos culposos.....	93
7.1.2.3. Punibilidad de la tentativa de delito.....	93
7.1.2.4. Punibilidad para el caso de concurso de delitos.....	93
7.1.2.5. Punibilidad para el delito continuado.....	94
7.1.2.6. Punibilidad para el caso de la complicidad o auxilio en cumplimiento de promesa anterior y autoría indeterminada.....	94
7.1.2.7. Punibilidad para el caso de error esencial vencible.....	94
7.1.2.8. Punibilidad para el caso de error de licitud.....	94
7.1.2.9. Punibilidad para el caso de exceso de alguna causa de licitud.....	95
7.2. Excusas absolutorias.....	95
7.3. Pena.....	97
7.3.1. Constitución y Pena.....	98
7.3.2. Código Penal y pena.....	99
7.4. Impunidad.....	101

CAPITULO CUARTO. ....	103
Formas de Aparición del Delito.....	103
1. Iter criminis. ....	103
1.1. Fase interna. ....	103
1.1.1. Concepción.....	104
1.1.2. Deliberación.....	104
1.2.3. Determinación. ....	104
1.2. Fase externa. ....	104
1.2.1. Manifestación. ....	105
1.2.2. Preparación. ....	105
1.2.3. Ejecución.....	106
1.2.4. Consumación.....	108
2. Concurso de delitos.....	109
2.1. Concurso ideal de delitos.....	109
2.2. Concurso material de delitos.....	110
3. Participación.....	113
3.1. Concepto.....	113
3.2. Grados de coparticipación.....	115
3.3. La coparticipación en el delito de ilegítima posesión .....	118
CONCLUSIONES:.....	120
PROPUESTA: .....	126
BIBLIOGRAFÍA. ....	131
LEGISLACIÓN. ....	134



## EXPOSICION DE MOTIVOS.

Una iniciación de trámites para recibirse en la avanzada edad con que lo hago, confieso que obedece a motivos fuera de lo común, tanto con relación al momento para hacerlo como acerca de la materia y tema sobre la que presento este tan modesto trabajo.

Debo admitir con relación a lo primero que nunca he desconocido la gran ventaja que significa el que, en la medida de lo posible, el alumno inicie la tesis antes de concluir sus créditos, a fin de pasar enseguida por el examen que le permita obtener su licenciatura cuanto antes y que finalmente con el título de abogado en sus manos aspire a obtener sus bien merecidos triunfos.

Sin embargo, como todos sabemos, de la mano no siempre van lo deseable y lo posible, así que dejando pasar los días sin ocuparme de mi titulación cuando y como debiera, he sufrido los resultados imaginables en las últimas décadas que cada vez parecen correr más rápido.

Pese a las atenuantes que pueda alegar en mi descargo, me confieso culpable del delito de haber perdido el tiempo y el rumbo, aun cuando de la pena no ha sido posible evadirme.

Si hasta ahora trato de dar fin a mi omisión y de reparar los múltiples daños, es debido a que de momento en el seno familiar se han presentado situaciones que obligan a hacerlo, así como a recapacitar dolorosamente sobre el hecho de que la satisfacción de recibirse, más que para beneficio propio, debe servir para complacer a quien debemos no solo la vida sino los logros que en ella obtenemos gracias a su apoyo y sacrificios.

Mi deuda hasta el momento se encuentra en mora lo que continuaría sin cambio sino fuera porque la autora de mis días, gravemente enferma como se encuentra, sólo espera a que la vida le alcance para ver el resultado por el que desde su trinchera tan denodadamente ha luchado y sin que yo ponga el esfuerzo final a pesar de haber ya cubierto los créditos en forma total, de tener la constancia de terminación de estudios y el mismo tema aprobado desde hace un cuarto de siglo.

Es por ello que si cerrara los ojos ante lo que estoy viviendo, me sentiría más vil que el peor de los criminales si no intento ahora la titulación, para darle aun cuando resulte tardía la satisfacción que, entre muchas más, se merece.

Solo aspiro a que el tiempo me alcance para brindársela, mostrándole el honroso título de Licenciado en Derecho que sin decir nada ella tanto espera llegar a ver.

Respecto a lo segundo siento que también debo mencionar la causa de que con dichos motivos entre tantas y tan variadas disciplinas para escoger, he optado por el Derecho Penal.

La explicación obedece a la influencia de un extraordinario gran señor que no solo era capaz de transmitir sus conocimientos como muy pocos, sino que sabía sembrar ideas como nadie en la mente del alumno y transmitir, con todo lo difícil que es, su gran cariño por esta materia tan hermosa. Me refiero, puesto de pie, al inolvidable maestro Don Celestino Porte Petit.

Es debido a su ejemplo y empeño de aplicar la dogmática, a la que tanto aportó, a todas y cada una de las figuras delictivas como fuera posible, la inclinación hacia el Derecho Penal despertada por él a infinidad de alumnos.

Si dentro del campo del Derecho Penal escojo la ilícita posesión, supuestamente equiparable al abuso de confianza, es a causa de que se trata de un delito que poco ha sido aun abordado y por las múltiples dificultades que ofrece haciéndolo especialmente atractivo

Estoy muy lejos de lamentar dicha decisión porque, independientemente del gran peso que se quita de encima quien por fin afronta el reto de la titulación, ha resultado ser un delito más común de lo que parece y menos aprovechado de lo que conviene, para tratar de vivir en una sociedad más justa y que, bien entendido, resultaría de gran utilidad al abogado como una herramienta más para defender derechos o hacer cumplir deberes.

Con tal objetivo en mente, por ser imprescindible la búsqueda en el tiempo de antecedentes del ilícito abordado, incluyo en primer término un muy breve

repaso histórico en busca de ellos, con relación a las antiguas civilizaciones y legislaciones pasadas de nuestro país.

Debido al tiempo transcurrido desde mi lejana época de estudiante hasta la fecha, ha sido necesario un esfuerzo de actualización, tanto en el campo de la teoría como en el de la nueva legislación penal, que no han detenido su avance en momento alguno.

En el intento me he encontrado con la agradable sorpresa de que la inclusión de los elementos valorativos en el tipo es ya generalmente aceptada, así como componentes subjetivos, que no he vacilado en aprovechar.

Ello no significa que abandone los principios consistentes sembrados por el maestro Porte Petit que han resistido el paso del tiempo y la aparición de nuevas ideas y teorías muy sugestivas; tampoco, implica que acepte servilmente afirmaciones doctrinales no totalmente convincentes a mi juicio incluso sin mayor fundamento que el prestigio y la autoridad del autor.

En consecuencia, procuro aplicar a la figura escogida la teoría del delito que lo descompone en elementos o aspectos del mismo como conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, tanto en sus aspectos positivo y negativo, en la medida en que tengan apoyo en la legislación vigente.

No obstante, seguramente por apreciaciones erróneas de mi parte, llego en mi trabajo a desprender conclusiones en algunos temas diferentes a las usualmente admitidas, entre otras en torno a la imputabilidad y a la culpabilidad, enfocándolas como atributos que califican al sujeto activo y no a su conducta y que por lo tanto podrían quedar ubicadas como elementos del tipo.

De acuerdo con ello, por ejemplo, en los diversos puntos del capítulo respectivo, trataré fundamentalmente de averiguar y expresar en qué consiste una persona imputable y cuál es el sujeto culpable, en lugar de seguir la práctica de estudiar a la imputabilidad y a la culpabilidad como entes abstractos, sustantivando adjetivos, con olvido de no tienen existencia aislada sino que son atributos de la persona a la que califican.

Sirva de disculpa el que no me anima más propósito que el de encontrar, proponer o introducir cambios en la legislación relativa penal y civil vigente en el Distrito Federal, conducentes a una más sencilla y precisa interpretación y, sobre todo, un manejo con la mayor celeridad eliminando plazos inaceptablemente excesivos en procedimientos engorrosos.

En los puntos restantes, aplicados los principios generales al delito propiamente tema de mi esfuerzo, tal vez haya algo bien hecho, pero ha sido gracias a las bondades del método aprendido y utilizado en una figura escasamente atendida por los autores.

No obstante la numerosa literatura existente sobre otros ilícitos patrimoniales como robo, abuso de confianza y fraude, ninguna obra hay que trate el delito de retención que inexplicablemente ha venido siendo ignorado, lo que no dejó de ser una muy seria dificultad a vencer.

Del análisis desprendo una serie de ideas que espero resulten afortunadas sobre algunos puntos que ameritan revisión como los referentes a:

El equiparar erróneamente retención indebida al abuso de confianza, siendo que comparando disponer (acción) y retener (omisión) es fácil advertir que no son conductas iguales, aunque compartan la misma punibilidad.

- El hablar de tenedor o poseedor redundantemente, en vista de que sin necesidad de esas expresiones, del restante texto legal se entiende perfectamente que quien siga teniendo o reteniendo lo que debería devolver al pasivo o entregar a la autoridad cuando le sea exigible, es autor del delito en estudio.
- La omisión a la calidad mueble del bien objeto material de la figura en estudio.

Ojalá que mi esfuerzo, conclusiones y propuesta sean congruentes con dicho propósito y que la determinación del mismo resulte atinada.

NORBERTO TISNADO CORONA.

## CAPITULO PRIMERO.

### Antecedentes históricos en México.

En busca de antecedentes que permitan conocer el origen de la figura de la retención ilícita en tiempos remotos, es preciso un somero repaso histórico.

#### 1. Época precortesiana.

Por no haber existido un Estado propiamente dicho antes de la conquista de lo que hoy es México, solo me refiero en este capítulo a tres de los pueblos más destacados que ocupaban parte del territorio invadido, como son los tarascos, los mayas y los toltecas.

##### 1.1. El Pueblo Tarasco.

Al igual que en los otros reinos, se caracterizaban los tarascos, por la excesiva severidad de sus penas. Baste destacar, entre la escasa información disponible, algunos ejemplos.

El adulterio habido con alguna mujer del soberano o calzontzi, se castigaba, no solo con la muerte del infractor, sino, además, con la de toda su familia, sin dejar de incluir la confiscación de todos sus bienes.

Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y le eran confiscados sus bienes.

Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas y enseguida lo empalaban hasta hacerlo morir.

El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. Dentro del rigor de sus sanciones, sin embargo, no faltaba consideración al estado de necesidad. Por ejemplo, a quien robaba por primera vez generalmente se le perdonaba, pero si reincidía se le hacía despeñar dejando que su cuerpo fuera comido por las aves.

El derecho de juzgar estaba en manos del soberano normalmente, aunque en ocasiones la administración de justicia se dejaba en manos del sumo sacerdote o petemuni.

Es de suponerse, como era común entonces, que la indebida retención, aun cuando no fuera conocida como figura separada de la del robo, fuera castigada a criterio del soberano o del petemuni.

### 1.2 El Pueblo Maya.

Entre los mayas correspondía la pena de muerte a los adúlteros, homicidas, raptos y a corruptores de doncellas.

La esclavitud era pena reservada a los ladrones. Si su autor era un señor principal, se le labraba el rostro desde la barba hasta la frente.

Para los esclavos fugitivos, el castigo era la prisión en jaulas de madera.

Los batabs o caciques ejercían la función de juzgar los delitos y de ejecutar sus decisiones. Irrecorribles eran las sentencias penales.

Es probable que al igual que los tarascos, los mayas comprendieran también, dentro del robo diversas conductas lesivas al patrimonio. No parece posible que acciones que hoy se consideran como fraude, abuso de confianza y retención indebida hubieran quedado sin castigo.

### 1.3. El Pueblo Azteca.

Dominaban los aztecas la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana e imponían a los subyugados su cultura.

No sancionaban los delitos culposos igual que a los ilícitos dolosos. Tampoco ignoraban las circunstancias atenuantes o agravantes de la pena, las causas de licitud o de justificación, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Su serie de sanciones incluía el destierro, la pérdida de la nobleza, la suspensión o destitución de empleo, esclavitud, demolición de la casa del infractor, prisión y multa, sin faltar la pena de muerte mediante la decapitación, incineración, estrangulamiento, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote o machacamiento de la cabeza.

Prevenían delitos contra la seguridad del imperio, contra el orden de las familias, cometidos por funcionarios, cometidos en estado de guerra, contra la

libertad y seguridad de las personas, usurpación de funciones y uso indebido de insignias, crímenes sexuales y contra las personas en su patrimonio.

No sancionaban algunos robos. Si el viajero, para saciar su hambre, tomaba menos de veinte mazorcas de maíz de la primera inglera de la orilla del camino, no recibía castigo.

A quien incurriera en traición a la patria se le descuartizaba en vida, veía confiscados sus bienes, demolida su casa y a sus hijos reducidos a la condición de esclavos.

La homosexualidad se castigaba con la muerte. El activo era empalado, mientras que al pasivo se le extraían las entrañas por el orificio anal.

El reo que hubiera proferido injurias, amenazas o golpes a su padre, recibía la pena máxima. Era además privado del derecho de heredar bienes del ofendido, al igual que sus descendientes.

No obstante la amplitud de semejante sistema, pienso que, de acuerdo con la época en el mundo, no se encontraba prevista la figura en estudio, aunque es probable que los aztecas la comprendieran dentro de su amplísimo concepto del robo no dejándola sin castigo.

## 2. Época colonial.

Consumada la conquista, no tardaron los monarcas españoles en imponer a los pueblos subyugados sus costumbres idioma y cultura.

No operaron en la labor de conquista finalidades de total exterminio. Ello, y seguramente factores diversos adicionales, determinaron la fusión de una y otra cultura, generándose el mestizaje y, mas tarde, una nueva nacionalidad: la mexicana.

Normal resultó pues que a pesar de que se importaron cuerpos legales completos de la Península Ibérica para regir en el territorio de los pueblos sojuzgados, no tardó Carlos V en disponer el respeto de las leyes y costumbres de los indígenas a menos que se opusieran a la fe o a la moral.

### 2.1. Leyes de Toro.

En tales circunstancias, entró en vigor para la Nueva España la Legislación de Castilla, conocida también como Leyes de Toro compuestas por una larga serie de disposiciones como el Fuero Real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, Los Autos Acordados, La Nueva Recopilación y La novísima Recopilación.

Además concurrían varias ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendencia y la de Gremios.

En general, prevenían un trato muy desigual para las distintas castas. A los negros y mulatos les estaba vedado portar armas y transitar por las calles de noche. Debían rendir tributo al rey, vivir con amo conocido y sufrir penas de trabajo en minas y azotes, dictadas tras procedimientos sumarísimos.

Al menos según la ley, menor infortunio deberían padecer los indios. No eran objeto de sanciones pecuniarias y de azotes. En lugar de trabajo en minas, debían vivir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia, siempre que la infracción fuera grave. En caso de delito leve, no dejaba de imponerse pena buscando la adecuada a su escasa gravedad, continuando el reo en su oficio y con su mujer. Los delitos cometidos en su agravio debían ser sancionados con mayor rigor que los que recayeran en negros o en mulatos.

Por lo que hace a la búsqueda que intento, en las Leyes de Toro y en las ordenanzas mencionadas no se localiza la figura en estudio, lo cual es perfectamente acorde con la evolución del derecho penal alcanzada hasta entonces.

### 3. México Independiente.

Tras la conclusión del movimiento independiente, merced a la circunstancia de que cada entidad federativa puede emitir su propia legislación penal, resulta numerosa la cantidad de códigos sobre la materia. Como referirse a cada uno de ellos excedería los límites de este trabajo que persigue finalidad distinta, únicamente se hará referencia a los más remotos, así como a los que han tenido vigencia en el Distrito Federal.

Por tanto sólo menciono muy brevemente el Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz, el Código Penal de 1869 del Estado de Veracruz (de Corona) El



Código Penal de 1871 (de Martínez de Castro), el Código Penal de 1929 (de Almaraz) y el Código Penal de 1931.

### 3.1. Código Penal de 1935 del Estado de Veracruz.

Reconocido como el primero promulgado en México, el 28 de abril de 1835, el Código Penal para el Estado de Veracruz, siguiendo una tendencia que aun actualmente resulta adecuada, contiene una parte general para aplicarse a cada uno de los delitos, mas un apartado destinado a los ilícitos contra la sociedad y otro que se refiere a los cometidos en agravio de particulares.

### 3.2. El Código Penal de 1869 del Estado de Veracruz (de Corona).

Proyectado por el jurista Fernando J. Corona, junto con un Código Civil y otro de procedimientos, entró en vigor el 5 de mayo de 1869.

Dentro de las formas del hurto tutelaba el derecho de una persona a que obtuviera la devolución del bien entregado, aunque en forma menos amplia que en la actualidad.

Disponía en su artículo 705:

“...Son reos de hurto:

“...2º. Los que con ánimo de lucrar negaren maliciosamente haber recibido dinero u otra cosa mueble o semoviente que se les hubiere entregado en préstamo, depósito u otro título que obligue a la devolución o restitución.”

Llama la atención la pena prevista que era de ocho días a un año de trabajos forzados.<sup>1</sup>

### 3.3. El Código Penal de 1871 (de Martínez de Castro).

Inspirado en el Código español de 1870, consta de 1152 artículos y 28 transitorios, predominando la orientación de la escuela clásica, aunque sin faltar algunos preceptos de corte positivista. Incluye, por tanto, medidas preventivas y correccionales, al lado de la libertad preparatoria y retención.

---

<sup>1</sup> Leyes Penales Mexicanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, Pág. 411.

Previene el deber de la autoridad de no retener con animo de dominio el bien que le haya entregado el particular que lo encontró. Su violación se sancionaba con la pena del robo simple.

Presuponía el caso de una persona que en un lugar público se halle una cosa que tenga dueño, sin saber quien sea éste, se apodere de ella y no la presente a la autoridad que corresponda dentro del plazo estipulado por el Código Civil.

Puede leerse en el artículo 379 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871:

“Artículo 379. La autoridad que en los casos especificados en las fracciones II y III del artículo anterior, reciba la cosa y no practique las diligencias prevenidas en el Código Civil para este caso; sufrirá una multa igual al valor de la cosa. Pero si la retuviere en su poder y no la entregara a quien corresponda; será castigada con la pena señalada en este Código contra los que cometan abuso de confianza.”

En la fracción II del artículo 378 se advierte que ante dicha autoridad deben entregarse determinados bienes, al disponer que “...Cuando el que halle en lugar público una cosa que tenga dueño, sin saber quien sea éste, se apodere de ella y no la presente a la autoridad que corresponda dentro del término señalado en el Código Civil.”

Este numeral trata de una prohibición de no retener impuesta a la autoridad y no a particular alguno como sería el siguiente paso en la evolución del delito en estudio.

#### 3.4. El Código Penal de 1929.

Consta de 1228 artículos y 28 transitorios, con inspiración en la escuela positivista tal que si no la siguió en forma total fue por su oposición a preceptos constitucionales y a causa de fallas de tipo técnico.

Reproduce literal e íntegramente las reglas del Código de 1871 con relación al deber de no retener impuesto a la autoridad, en sus artículos 1146 y 1148.

#### 3.5. El Código Penal de 1931.

Es el penúltimo código que ha regido en el Distrito Federal.

Contiene dos libros con un total de 400 numerales y tres artículos transitorios, representando una postura ecléctica entre la doctrina clásica y la teoría positivista.

En su artículo 384 tipifica una figura curiosísima que constituye antecedente del actual delito de retención. Lo transcribo:

“ARTICULO 384. No se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida, cuando no se haga con el fin de apropiársela, o disponer de ella como dueño.”

Es decir que interpretado a contrario sensu prescribía que se juzgará como abuso de confianza la simple retención de la cosa recibida cuando se haga con el fin de apropiársela, o de disponer de ella como dueño.

En una hipótesis era retención ilícita y en otra abuso de confianza, dependiendo del animo de dominio del activo sobre la cosa.

González de la Vega lo comenta diciendo que “la retención del bien con animo domini, es forma que integra el abuso de confianza, el animo se prueba circunstancial o indiciariamente observando el juez la actitud del agente indicadora de su afán de adueñamiento a través de la no restitución. En caso contrario desaparece el abuso. No es necesario probar que el inculpado ha sido formalmente puesto en mora por una interpelación formal, siendo suficiente la demostración de la negativa apropiante conforme a las probanzas del proceso penal.”<sup>2</sup>

Mas tarde, por decreto presidencial de 31 de diciembre de 1945 (D. O. marzo 9 de 1946), se reformó para quedar como sigue:

“ARTICULO 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.”

Comentando el nuevo texto de la ilegítima retención de una cosa, como llaman al delito en estudio, Carranca y Trujillo en unión con Carranca y Rivas, señalan que el tipo se compone de:

---

<sup>2</sup> González de la Vega Francisco, Código Penal Comentado, México, 1939, Pág. 311.

“a) que una persona física –no una moral- sea tenedora o poseedora en precario de una cosa; 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 testigos, etc.”

“c) que, no obstante, el agente no devuelva la cosa a quien tenga derecho a ella porque conozca esta circunstancia, y si lo desconociese no lo entregue a la Autoridad correspondiente para que disponga de la cosa conforme a la ley.”<sup>3</sup>

Sin cambio alguno en su redacción la misma conducta se encuentra descrita en el tipo contemplado en el artículo 229 del vigente Código Penal, así como en la mayoría de las legislaciones locales, con algunas notables excepciones. Por ejemplo, en el artículo 247 del Código Penal de Jalisco aparece la figura en estudio como un aparente delito de acción cuando dispone:

“Artículo 247. Se impondrán las mismas sanciones del abuso de confianza a quien, requerido formalmente, retenga la cosa que estuviere obligado a entregar o devolver si la hubiere recibido por cualquier título que produzca tal obligación, o cuando la cosa deba entregarse a resultas de una resolución firme de autoridad competente.”

Por su parte en el numeral 322 del Código Penal de Michoacán han tenido sus juristas el acierto de señalar un plazo para la devolución del objeto material:

“Artículo 322.- Se equipara al abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve dentro del plazo de tres días a pesar de ser requerido en forma indubitable por quien tenga derecho o por la autoridad a resultas de una resolución firme, o no la deposita a disposición de autoridad competente, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.”

---

<sup>3</sup> Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, Porrúa, México, 1989, Pág. 871.

## CAPITULO SEGUNDO.

### Concepto de Retención Ilícita.

Para entender sin lugar a dudas el objeto de estudio del tema elegido, es indispensable conocer el significado de la expresión retención indebida, considerando que el conocimiento del significado de los términos que utiliza el legislador en la redacción del precepto es el punto de partida para su correcta aplicación y estudio.

#### 1. Etimología.

Recurriendo al diccionario puede verse que retención proviene del infinitivo latino *retentio retentionis*, traducido por el verbo *retener* y que denota, en la acepción más adecuada a los fines de este trabajo, la acción y efecto de *retener*.

Indebido, palabra con que se ha venido calificando la acción y efecto de *retener* algún bien determinado, proviene de dos expresiones, también de origen latino, *in* que expresa negación y *debito* que denota deber, significando por ende lo que no es debido, que no es obligatorio ni exigible, evento injusto, falta de equidad.<sup>1</sup>

En consecuencia, conforme su significado gramatical castellano y a sus raíces latinas, el vocablo retención indebida expresa la acción de *retener* determinado bien en forma injusta.

#### 2. Definición Legal.

En el nuevo Código Penal para el Distrito Federal vigente el precepto que describe al delito tema de esta tesis se muestra en su artículo 229, como puede apreciarse en la siguiente transcripción:

“Artículo 229. Se equipara al abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser

---

<sup>1</sup> Diccionario Básico Espasa, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1985, Pág. 4149.

requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.”

Amerita algunos comentarios.

Primero.- Equiparar ambos delitos resulta sumamente erróneo dado que ningún juicio válido de comparación podría encontrar que son equivalentes el acto de disponer de un bien que el no devolverlo. La circunstancia de que a sus respectivos tipos se les asocie la misma punibilidad no convierte en iguales a una acción y a una omisión.

Segundo.- Tenedor tiene un significado gramatical muy claro denotando a quien tiene algo en su poder, por lo que no es necesario desentrañarlo a través de sesudas interpretaciones o recurriendo a otras ramas del Derecho.

Sin embargo, en concordancia los civilistas lo aprecian substancialmente igual al considerar que la tenencia consiste en el poder que se ejerce sobre un bien sin el ánimo de convertirse en propietario por el transcurso del tiempo.

Tercero.- De la lectura del precepto se desprende que, sin perjuicio de otros requisitos, la simple tenencia de la cosa es suficiente para el efecto de que el activo deba devolverla o no retenerla una vez cumplidas las condiciones para ello, a menos que quiera sufrir una pena.

No requiere la norma que dicho bien lo tenga el activo con el ánimo de devenir en propietario mediante el transcurso del tiempo, de tal suerte que el término de posesión resulta ser una expresión redundante.

Cuarto.- De la expresión pasiva cosa retenida que equivale indiscutiblemente a decir que alguien ha realizado el acto de retener, no se desprende que la actividad típica de éste consista en un hacer aunque gramaticalmente lo parezca. No realiza ningún movimiento corporal quien retiene, sino que no devuelve o no entrega algo como es lo característico de toda abstención.

Quinta.- La parte del tipo en que se previene que el pasivo requiera formalmente la devolución o entrega del bien objeto material, peca de incompleta en tanto que no aclara a cuáles formalidades el autor de la ley se refiere, dando pie a interpretaciones que serían innecesarias si en el precepto estuvieran incluidas.

### 3. Definición personal.

No hay autor que de luces en cuanto al concepto de ilegítima retención.

Incluso los comentarios acerca del precepto que lo previene resultan muy escasos, pero son de capital importancia porque en ellos se encuentra el germen de los elementos que permitirán la elaboración del concepto del delito en estudio.

Entre ellos, además de los que he mencionado de González de la Vega, Carranca y Trujillo en unión con Carranca y Rivas, después de reproducir el artículo 384 del Código Penal de 1931, ha escrito:

“...Los elementos del tipo delictivo, equiparado al de abuso de confianza según el artículo comentado son:

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

“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.;

“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 ella conforme a la ley. No se precisa en el texto legal el lapso dentro del cual, después del requerimiento formal, debe ser devuelta o entregada a la autoridad la cosa retenida, por lo que la omisión de devolución o entrega podría surtir efectos inmediatamente después del requerimiento; pero es lógico que deba correr un lapso prudente, que acredite la voluntad y conciencia del agente de no hacer la devolución o la entrega. Pudiera el requerimiento anunciar ese lapso prudente.”<sup>2</sup>

Como consecuencia de la actividad reformista, el nuevo Código Penal no define delito a diferencia de su antecesor.

Sin embargo menciona los elementos que lo componen en sus numerales 3, 4 y 5, preceptuando que la conducta además de ser típica lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado y que quien la realiza obre culpablemente, para que su autor pueda ser penalizado válidamente.

---

<sup>2</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Op. Cit., Pág. 871.

Reza el primero de los artículos citados.

“Artículo 3. (Prohibición de responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.”

El siguiente preceptúa:

“Artículo 4. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción y la omisión sean consideradas delictuosas se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

Indica el último de los mencionados:

“Artículo 5. (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.”

Continúa diciendo en su siguiente párrafo:

“Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquella. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquellas pudieran alcanzarse.”

Considero que con apoyo legal estricto en las mencionadas disposiciones se encuentra base para considerar como delito toda conducta típica, antijurídica y punible, realizada por un sujeto culpable.

También estimo que partiendo de dicho concepto y de los citados textos legales, adminiculados con el artículo 229 del nuevo Ordenamiento repressivo, dispongo del material necesario para proponer como noción del delito tema de este trabajo la que sigue:

**Ilícita retención es la típica omisión de cumplir con el deber de devolver una cosa o de entregarla a quienes tengan derecho a dicha prestación, realizada por una persona culpable, requeridas para la imposición de la sanción penal que la ley señale.**



Dicha sugerencia reúne, a mi juicio, las notas requeridas por el legislador de conducta típica y antijurídica, realizada por un sujeto culpable que deberá purgar pena o medida de seguridad, que dan sustento legal al concepto expresado.

En efecto, de un análisis que se practique al referido concepto de delito, es posible desprender sus elementos esenciales:

Primero.- Figura la descripción de la conducta consistente en la abstención de devolver o de entregar, en sus respectivos casos (conducta).

Segundo.- Figura la relación conceptual respecto a que los elementos del ilícito son objeto de la descripción en un tipo legal (conducta típica) y que por tanto debe haber correspondencia o adecuación entre ellos.

Tercero.- No se omite la antijuridicidad en cuanto a que la abstención de devolución y entrega delictuosas han de darse tan pronto como el cumplimiento del deber de hacerlo sea legalmente exigible.

Cuarto. Se incluye la exigencia legal de que quien realice las omisiones señaladas, proceda culpablemente.

Quinto.- Figura la punibilidad como consecuente lógico de que en el caso estén concurriendo la conducta típica y antijurídica de un sujeto culpable.

#### 4. Diversas Denominaciones.

Durante la vigencia del anterior código era usual para unos llamar a esta figura retención indebida o retención ilícita de acuerdo con los verbos de su artículo 384.

Tras la promulgación del vigente Código Penal que reproduce la figura íntegramente en el numeral 229 se han venido repitiendo las mismas designaciones.

No merece el legislador que se desprecie la designación que utiliza de ilegítima posesión, que, nos guste o no, es la obligatoria.

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas utilizan la mejor designación posible al utilizar el rubro de ilegítima retención de una cosa, para el delito objeto del presente estudio.<sup>3</sup>

Si, como se ha dicho, de acuerdo con su significado gramatical y el texto legal, puede entenderse que significan lo mismo los términos de retención indebida (aunque ésta es más genérica), retención ilícita e ilícita posesión, o ilícita retención de una cosa, en nada perjudica que se usen indistintamente, siempre y cuando no quede duda acerca de que su significado será siempre el mismo.

##### 5. Distinción de esta figura con el delito de abuso de confianza, fraude y robo.

Tanto retención indebida como el abuso de confianza, fraude y robo, tienen en común la circunstancia de pertenecer a un mismo conjunto de delitos patrimoniales, aunque la actividad que para cada uno de ellos describe el autor de la ley permite distinguirlos con claridad, entre otros criterios.

En el primero de ellos, con base en la descripción legal, el activo retiene un bien, absteniéndose de devolverlo o de entregarlo a la autoridad, mientras que en abuso de confianza la acción que se concretiza consiste en disponer del bien cuya tenencia no el dominio le fuera transferida, y en el robo el comportamiento ilícito se realiza desapoderando al pasivo del objeto material, en tanto que en el tipo de fraude la cosa ha sido obtenida utilizando engaño o aprovechamiento de error.

Los restantes elementos o aspectos del delito pueden usarse como criterio para lograr un mayor catálogo de diferencias.

De ellos, el deber del ofensor y el derecho del pasivo (bien jurídico) me permiten señalar que si con respecto al delito de retención ilícita el mensaje del legislador es que en determinadas circunstancias será sancionado quien no haga entrega de algo, se deduce que el deber contenido implícitamente en la norma no puede ser otro que la obligación de devolver en su oportunidad la cosa solicitada y que el correlativo derecho del pasivo es el de obtener esa prestación de dar, lo que sin duda es el bien jurídico tutelado.

---

<sup>3</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Op. Cit. Pág.870.

En cambio, en el delito de abuso de confianza, al que supuestamente se subordina el de retención, si se haya amenazado con pena el que disponga ilícitamente de la cosa recibida, se deduce también que el deber implícito es el de no disponer y que el correlativo derecho del ofendido sería el de que nadie que no sea él disponga de los bienes que ha entregado para otros fines.

Por su parte, en el ilícito de robo, si ordena la aplicación de una pena para quien desapodere al pasivo de un bien mueble ajeno, se deduce que el deber implícito es el de abstenerse de ello y que el correlativo derecho del pasivo consiste en que nadie se apodere de sus muebles.

Respecto al fraude hay que decir que si se dispone legalmente la imposición de una sanción corporal para quien, induciendo a error o utilizando el que ya existe, obtenga una cosa o cualquier lucro al que no tenga derecho, el deber implícito es el de no hacerlo y que el correlativo derecho del ofendido es el de que nadie lo haga víctima de error o se aproveche del su falso conocimiento de algún parecer para mermar su patrimonio económico.

Expresado el anterior criterio de distinción todavía queda abierta la posibilidad de hacer otro tanto con relación a los demás aspectos del delito y la de buscar puntos de referencia adicionales como, por ejemplo, el que curiosamente en la retención el objeto material llega a manos del activo por efecto de un acto jurídico, mientras que en el robo, el abuso de confianza y en el fraude el bien queda en su poder por medio de un hecho jurídico (delito).

De cualquier manera, considero que evidentemente el propósito de evitar que puedan confundirse retención indebida, robo, abuso de confianza y fraude, o cualquier otro conjunto de ilícitos, es perfectamente posible de lograr mediante el método de practicar un estudio dogmático sobre cada uno de ellos.

## CAPITULO TERCERO.

### Teoría del Delito.

Antes de iniciar la aplicación de los principios generales de la teoría del delito, al caso de la ilícita posesión, es conveniente efectuar un somero repaso de ellos.

En el orden usualmente seguido por los autores que se valen de la dogmática penal, el estudio inicia con la conducta como elemento básico, para luego continuar con la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y terminar tocando el punto de la punibilidad. A ellos se les conoce como aspectos positivos del delito.

Al lado de ellos adicionalmente estudian los llamados aspectos negativos del delito, los cuales consisten, de acuerdo con Osorio y Nieto, en la falta de conducta, la ausencia de tipo, las causas de justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad, la ausencia e condiciones objetivas y las excusas absolutorias.<sup>1</sup>

Dichos elementos o aspectos del delito, guardan una relación llamada de prelación lógica, de acuerdo con la cual cuando falte uno de dichos componentes no existirá el siguiente.

A continuación inicio con la conducta y su ausencia, para ocuparme luego de los siguientes en el orden señalado y señalar el papel que desempeñan en el análisis del concepto de delito.

#### 1. LA CONDUCTA.

Para evitar dudas en quien lleve a cabo una investigación sobre el tema, conviene tomar en cuenta que no hay uniformidad en la selección del término usado por los autores para referirse a lo que en el curso de este trabajo designo como conducta o hecho.

De acuerdo con las preferencias de cada tratadista, se encuentran diversas palabras que denotan lo mismo, como acto, acción, actividad, hecho, verbo rector, kernel o núcleo del tipo, en referencia a la conducta del sujeto activo.

---

<sup>1</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Trillas, México, 1986, Pág. 44.

Entre todo ese amplio campo para escoger, utilizo, en los renglones que siguen, la terminología empleada por el maestro Celestino Porte Petit.<sup>2</sup>

Según sus explicaciones debe entenderse que la palabra conducta denota a la actividad como o a la inactividad voluntaria, que describe el legislador.

Del análisis se desprenden los siguientes elementos del concepto de conducta, a saber:

Uno.- Un elemento interno en cuanto se da dentro de la mente del sujeto, consistente en querer realizar determinada actividad u omitirla.

Dos.- El elemento externo que se traduce en el movimiento corporal (voluntario) prohibido o en la ausencia del mismo (voluntariamente omitido) cuando está preceptuado el llevarlo a cabo.

La importancia de esta información acerca de la conducta y sus elementos no es

solo de índole académica o meramente teórica. Aplicadas adecuadamente, permiten determinar cuando en cada caso hay o no conducta y si en consecuencia hay o no delito.

De ello se desprende que si falta uno de dichos elementos no puede existir conducta. Entonces ni siquiera sería preciso ahondar más en el asunto para decidir en consecuencia, con la certeza de no incurrir en error o en injusticia.

Al lado de la conducta se conoce lo que se denomina como hecho.

La explicación con relación al mismo es en el sentido de que de acuerdo con algunos tipos legales no es suficiente que se dé la conducta en determinado caso para que el delito pueda consumarse, puesto que para ello es además indispensable que la actividad produzca una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material (alteración de la salud, destrucción de un bien, muerte, son solo algunos ejemplos).

Con relación a algunos tipos, hecho es pues, en pocas palabras, la conducta más el resultado que el legislador requiera que la misma genere.

Del análisis del concepto de hecho se desprenden los elementos que siguen:

---

<sup>2</sup> Porte Petit Celestino, Apuntes tomados en clase, 1963.

Uno.- La conducta, conceptuada como ya está escrito, con los ya indicados elementos que la componen.

Dos.- El resultado material.

Tres.- Un nexo causal entre conducta y resultado.

El resultado material no debe ser consecuencia de ninguna causa diferente a la conducta que realizó el activo.

También con relación a la figura del hecho, cabe destacar que si no están presentes todos sus elementos mencionados no hay hecho y en consecuencia no habrá delito, siempre y cuando en el precepto relativo (tipo) se requiera dicha mutación en el mundo exterior.

Aunque no sea el lugar adecuado para mencionarla, no está por demás una advertencia. Si falta el resultado material, por causas ajenas a la voluntad del activo, se está en presencia de la figura llamada tentativa de delito, la cual si es considerada legalmente delictuosa y es por ende punible.

Después de exponerse las nociones de conducta o hecho en la forma anterior, corresponde tocar el punto relativo a las formas de la conducta.

Hay tres formas de la conducta, conocidas como actividad , inactividad y comisión por omisión, que menciono enseguida:

En la primera de las formas de la conducta se observa la presencia de un movimiento corporal voluntario, descrito por el legislador, a la que se da el nombre de actividad. Esta forma de conducta viola una norma prohibitiva.

Otra más de las formas de la conducta se traduce en la falta del movimiento corporal que el legislador ordena llevar a cabo, llamada inactividad. Esta forma de conducta viola una norma preceptiva.

En esta forma de conducta se manifiesta la del delito que estudio, en vista de que al retener, no devolver y no entregar, verbos usados en el tipo que lo previene, no se realiza ningún movimiento corporal, independientemente de la manera gramatical de la redacción del texto legal.

La siguiente y última de las formas de la conducta es la que se conoce con el nombre de comisión por omisión de la que se dice que se presenta cuando con

la inactividad, es decir, con la no realización de un movimiento corpóreo se produce un resultado material, o no se impide el que se tiene el deber de hacer lo necesario para impedir que se produzca. Con la omisión se desobedece un precepto (deber de hacer) y con el resultado lo que se desacata es una prohibición (deber de abstenerse).

#### 1.1. La conducta típica en la retención indebida.

Habiendo expresado que en todos los delitos existe como su elemento fundamental conducta o hecho, corresponde señalar enseguida, con su base legal o tipo, en que consiste la que se lleva a cabo en la comisión del delito de retención ilícita.

La conducta típica del activo cuando comete, en un momento histórico determinado el delito en estudio, consiste básicamente en dos abstenciones. Una de ellas es su abstención de devolver al pasivo el bien o cosa retenida.

La otra falta de actividad adicionalmente requerida se traduce en no entregar a la autoridad el objeto material, a fin de que ésta disponga del mismo conforme a la ley.

En opinión de Carrancá y Rivas en unión con Carrancá y Trujillo, procede la devolución del la cosa cuando el activo sabe quien tiene derecho a ella y que, en cambio, si lo ignora debe entregarla a la autoridad correspondiente para que disponga del bien conforme a la ley.<sup>3</sup>

Respecto a su base legal es importante destacar que no sería posible la existencia como delito de la retención indebida, ni de ningún otro, si no se encuentra claramente previsto en algún texto legal abstracto, general y permanente, a través de la figura lógica y jurídica conocida con la designación de tipo.

Es preciso no omitir el señalamiento de que, por preexistirlo, se considera que al tipo le corresponde la naturaleza de presupuesto del delito. Jamás debe ser confundido con uno de los elementos de éste.

---

<sup>3</sup> Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Op. Cit., Pág. 871.

El indispensable tipo con que el legislador prevé la conducta del delito objeto de esta tesis, está localizado fundamentalmente en el artículo 229 del nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal, que estipula:

“Artículo 229. Se equipara al abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.”

Por tanto, si en algún caso concreto en análisis se observa que el activo no ha devuelto voluntariamente al pasivo y, a falta de lo anterior, tampoco ha entregado la cosa a la autoridad, podrá considerarse, como punto de partida de dicho estudio, que ha tenido lugar la conducta del delito de retención ilegítima, su primer elemento, para ocuparse luego de buscar los que le siguen.

Como el tipo no distingue cuando procede devolver al pasivo de los casos en que hay que entregar a la autoridad, vale decir que de, acuerdo con la regla a comento, el activo tiene la opción de devolver el bien al acreedor cuando y donde deba hacerlo, o la de entregar el bien a la autoridad, indistintamente. De llevar a cabo cualquiera de esos actos es sostenible negar que se ha cometido retención ilegítima en algún caso determinado.

Con relación a la conducta de no devolver siento que puede aceptarse, aunque en lo personal la de no retener que previene, por ejemplo, el Código Penal de Jalisco (artículo 247) sería quizás preferible, en sus alternativas de no devolver o no entregar, porque le daría mayor extensión al universo del sujeto pasivo, quien podrá ser toda persona con derecho a recibir el objeto material, no solamente el que previamente lo puso en manos del tenedor.

Sin embargo, me declaro en total desacuerdo, con la disposición relativa a la entrega del bien a la autoridad por parte del activo, con sus implicaciones, contenida en el artículo 229 del nuevo Código Penal.

Obedece mi falta de acuerdo con semejante regla a varios motivos. El principal tiene su base en que, conforme a los términos empleados por el legislador, no se configuraría la ilícita retención si el sujeto entrega el bien a la autoridad, lo cual, salvo casos de excepción, no me parece que se aproxime a la mas justa regla posible.



Ejemplificando, de acuerdo con su redacción actual en vigor, puede al activo válidamente abstenerse de devolver el bien a quien tenga perfecto derecho exigible a recibirlo, con la condición de que lo entregue a la autoridad independientemente del motivo que lo anime (incluso el de fastidiar), aprovechando para tal fin el hecho de que acudir ante cierto tipo de funcionarios es todo menos agradable, sencillo y económico, y que, cuando lo consiga, el bien si es perecedero de nada sirva, siempre y cuando tenga mucha suerte.

Para los maestros Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, en quienes me he venido apoyando en el desarrollo de este punto, no es válido que el activo entregue a la autoridad el bien, cuando conoce quien tiene derecho a éste. Es decir, al menos en ese conjunto de situaciones debe el tenedor optar por devolver el objeto material del delito de que se ocupa esta tesis a su acreedor, lo que infortunadamente parece no tomaron en cuenta los autores de la ley penal en la elaboración del tipo para hacerlo más apegado a una elemental noción de lo intrínsecamente correcto.

Concordando con tan eminentes juristas, bien que el sujeto entregue el objeto físico de la obligación a la autoridad en casos muy particulares previstos en la legislación común, como, por ejemplo, cuando no puede localizar a su acreedor en el lugar del pago, éste haya incurrido en mora creditoris, se niegue a recibir la devolución del bien o a documentar el pago. Perfecto que con tales justificaciones le sea admisible la entrega del bien debido a la autoridad, caso en que no retiene el objeto material ni amerita sanción el que se opte por la abstención de devolverlo al pasivo.

Pero choca con el más elemental sentimiento de equidad que fuera de hipótesis como las anteriores o sólo por buscar la manera de hacer dar vueltas a su acreedor, decida el activo no devolverle el bien y entregárselo a la autoridad, sin que sea procedente el sancionarlo pues está cumpliendo con la norma que por tal motivo critico.

Otros defectos radican en el hecho de que es imprecisa la redacción del precepto en cuestión, pues la norma cuestionada no aclara a cual autoridad se refiere, aunque se ha venido diciendo que tiene que ser la competente. De ser

esa la intención del legislador, mejor sería expresarlo con todas las pocas letras adicionales necesarias, merced al principio de interpretación estricta de la ley penal. De paso no estaría por demás aclarar si la penal, la civil, o ambas, lo son con sus respectivos casos, porque no han faltado o faltarían discusiones acerca de ello.

Para estar seguro de solucionar la cuestión del párrafo precedente, creo que sería preciso determinar, con fundamento en el precepto que lo aclare, cuál es la autoridad dotada de la competencia requerida para recibir toda clase de bienes muebles, que alguna persona tenga la pretensión de entregarle, sin necesidad de distinguir las causas que lo motiven, respuesta que admito no me ha sido posible encontrar hasta el momento.

Una observación más sobre el particular, radica en la circunstancia de que se prescriba que el objeto material debe ser entregado a la autoridad para que disponga del bien conforme a la ley, expresión que pese a sonar muy elegante no deja de ser vacía porque de tan amplia no dice nada.

Para ilustrar esta observación final, basta citar como ejemplo que algún bien se ponga a disposición de un Agente del Ministerio Público que capte de inmediato que no hay retención ilegítima por falta de conducta. ¿Seguirá conociendo del asunto solo para decidir sobre el destino del objeto, con alejamiento de su función persecutoria?

Las fallas mostradas podrían enmendarse simplemente con la supresión de la condición relativa a la falta de entrega a la autoridad, como regla general, para que proceda sancionar a quien no cumple con su deber de devolver el bien al pasivo.

De ser derogada la parte del precepto en estudio referente a la entrega del bien a la autoridad, podrían operar, sin entrar en conflicto con ella, disposiciones de la legislación común que consagran la figura de la consignación en pago, conforme a la que sólo es permisible la entrega del objeto debido a un órgano jurisdiccional en situaciones que lo ameritan y que previenen los preceptos que la norman, no a opción caprichosa o perversa del deudor.

La institución aludida de la consignación en pago, se encuentra establecida fundamentalmente en los artículos 224 al 234 del Código de Procedimientos

Civiles vigente para el Distrito Federal, que previenen, entre otras cosas, como motivos en los que procede la entrega (consignación) del bien a la autoridad o ante un notario público, las hipótesis en que el acreedor se haya rehusado a recibir la prestación debida o a dar el documento justificativo del pago, se trate de persona incierta o incapaz de recibir o sean dudosos sus derechos.

En dichos casos, no sería pensable que se esté reteniendo el bien objeto material, pese a que no haya sido devuelto al supuesto pasivo.

En cambio, para diversos casos en que no proceda la consignación del bien debido, considero que debiera ser irrelevante conforme a derecho que el activo entregue a la autoridad el objeto físico en lugar de devolverlo al pasivo cuando y donde éste tenga derecho a dicha prestación exigible, para lo cual, sin embargo, es necesaria la derogación de la opción de entrega del bien a la autoridad.

Excluida del tipo la disposición cuestionada, sería suficiente que se de la conducta de no devolver el objeto material, con sus requisitos, para que el delito en estudio se consume.

A pesar de ello no quedaría excluida la posibilidad de que por aplicación de las normas que facultan al activo a entregar el bien a la autoridad en sus casos, se considere que el deudor ha ejercido un derecho que la ley le concede para liberarse de su obligación o de un estado de mora, no tipificándose en consecuencia el delito en estudio.

Abierta sigue también desde luego la posibilidad de que al tener intervención en los hechos la autoridad investigadora o la jurisdiccional se ocupe de recibir la entrega del objeto material y de hacerlo llegar al ofendido de ser procedente.

Considerando lo expuesto, en su oportunidad, propongo suprimir del tipo lo referente a la opción de entregar a la autoridad el objeto físico, como regla general que ignora casos en que tal conducta es una burla a la ley y al pasivo.

#### 1.2. Ausencia de conducta.

La expresión ausencia de conducta o aspecto negativo de la misma denota que falta en el caso particular y concreto que se examina alguno de sus elementos.

No habiendo la concreción de la voluntad o del elemento externo de la conducta que se investigue, podrá válidamente sostenerse que en la especie no se da la presencia de ese primer elemento y que por tanto no existe delito.

La doctrina proporciona varios ejemplos en los que es muy probable es que falte el elemento interno de la conducta, a saber:

1.2.1. La vis absoluta caracterizada porque la actividad se da, aunque la voluntad está ausente, puesto que los movimientos del activo son causados por la fuerza de un tercero.

1.2.2. La vis mayor, en donde también se da la presencia de movimiento corporal en el supuesto autor y tampoco opera su voluntad dado que su actividad está determinada por la fuerza de fenómenos naturales o por seres irracionales.

1.2.3. Los movimientos reflejos, caracterizados en que en ellos el movimiento corporal es debido a un estímulo fisiológico y no a la voluntad del sujeto.

1.2.4. La hipnosis, un estado que de darse, a causa de la labor de sugestión de un tercero, daría lugar a una serie de actos animados por el mandato del hipnotizador y no por la voluntad del sujeto.

Su aceptación como un fenómeno en que este ausente la conducta, depende de que se admita que el hipnotizado no pueda conservar su resistencia a algunas órdenes del hipnotizador, lo que es tema discutible.

1.2.5. El sueño, un estado fisiológico de recuperación del organismo, en donde los movimientos corporales no están regidos por la voluntad.

1.2.6. El sonambulismo, movimientos corporales en la persona que deambula dormida durante el sueño, inconscientes y, por tanto, sin que la voluntad esté presente.

Señaladas los anteriores fenómenos en que puede haber ausencia de conducta, por faltar el elemento interno, el paso siguiente es el de tratar de determinar cuáles de ellos es posible que operen respecto a la ilícita retención.

La ausencia del movimiento corporal consistente en devolver o entregar a quien corresponda, en su caso, si puede ser obra de fuerza física, exterior e irresistible, durante el tiempo que ésta opere.

Los actos o movimientos reflejos definitivamente quedan desechados como una posibilidad respecto a la retención indebida, pues al consistir en movimientos en ellos solo pueden observarse en los delitos de acción, no en las conductas de omisión como es el no devolver algo.

Al sonambulismo no lo descarto durante el tiempo que dure, si el ataque se produce precisamente cuando debiera efectuarse la devolución o la entrega del bien.

La pérdida de la memoria o enfermedades que afectan las facultades mentales, pudieran ser tomadas como una causa de involuntaria retención de la cosa.

En el estado de hipnosis se puede encontrar la probabilidad de que una persona que por efecto de la sugestión inducida no queda en condiciones de determinar si devuelve o no.

Durante el sueño o en los enfermos que no despiertan para ninguna labor, no podría pensarse que esté presente la voluntad de retener ni la posibilidad de ocuparse de devolver o entregar algo.

Como puede apreciarse pueden operar factores que impidan que, en determinados casos concretos, esté dada la conducta de retener, ya sea por alguna de las causas enlistadas o por cualquier otra.

Consecuentemente, si en algún caso concreto en análisis se observa la falta de voluntad para no devolver al pasivo o para no entregar a la autoridad, o que dichas actividades sí se hayan realizado por el tenedor, podrá considerarse, como punto de partida, que no ha tenido lugar la conducta del delito en estudio. Es entonces cuando el jurista habla de ausencia de este primer elemento.

### 1.3. Clasificación en orden a la conducta.

Según la forma de la conducta, los delitos se clasifican en delitos de acción y delitos de omisión.

Los primeros son aquellos cuya conducta consiste en un movimiento corporal exterior, en un hacer.

En los delitos de omisión la conducta se traduce en una falta de movimiento corporal en el mundo exterior, en un no hacer.

A su vez éstos se subdividen en delitos de omisión propia y en delitos de omisión impropia.

Los de omisión propia no requieren para su consumación de un resultado material, mientras que los delitos de comisión si porque lo requiere el precepto.

De acuerdo con otro punto de vista, en orden a la conducta, los delitos pueden ser unisubsistentes y plurisubsistentes.

Unisubsistentes, si se consuman con un solo acto y plurisubsistentes si la actividad se compone de varios actos.

Conforme al tiempo que requiere su consumación, en orden a la conducta, los delitos pueden ser instantáneos, permanentes o continuados.

Serán instantáneos los delitos cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado los elementos típicos.

Permanentes o continuos, cuando se viola el mismo precepto legal y la consumación se prolonga en un tiempo más o menos largo.

Continuados si habiendo unidad de propósito, pluralidad de acciones y unidad de lesión el activo comete el delito.

Dentro de esas clasificaciones, la retención indebida se ubica dentro de los delitos de omisión propia, puesto que para su consumación no es requisito que se produzca un resultado material, independientemente de que éste se dé o no en el terreno de los hechos.

Es la retención indebida un delito permanente o continuo en vista de que su consumación perdura durante todo el tiempo en que el activo retenga el bien que deba devolver.

No puede ubicarse dentro de los delitos uni o plurisubsistentes debido a que esta clasificación sólo comprende delitos de acción.

## 2. TIPICIDAD.

Para la comprensión de la tipicidad es necesaria una breve explicación del tipo y tener presente al menos su diferencia fundamental con el delito.

Respecto al tipo, antes de proporcionar sus definiciones, hay que tomar en consideración la realidad social que le ha dado contenido.

Toda conducta humana que dentro de la convivencia social ha lesionado, aislada o reiteradamente, intereses de otras personas genera la convicción social de que ese comportamiento es indebido y justo el que sea castigado quien la realice y prevenido dicho comportamiento para que no se produzca.

Una de las diversas maneras de lograr lo anterior es a través de la función de crear leyes que lo prohíban del órgano encargado de ello en el cuerpo social, el poder legislativo.

El autor de estas disposiciones recoge la convicción social habida respecto de las conductas nocivas para la convivencia entre los miembros del grupo, reflejándola en los preceptos que formula y prohíbe su desobediencia ordenando la imposición de pena o medida de seguridad a quien ose llevarla a cabo en el futuro.

Esas normas de convicción cultural, recogidas por el legislador, más que los delitos que después se cometan, son lo que en rigor se modela describiéndolos en la parte de la norma que se conoce como precepto (tipos) y en proporción directa al daño a los intereses afectados por el infractor se señala la sanción adecuada que deberá sufrir éste, dentro del margen establecido en la ley.

Cuando, más tarde, ignorando las normas de cultura convertidas en preceptos legales, uno de los integrantes de la sociedad, en algún momento y lugar concreto lleva a cabo una de tales conductas prohibidas y sancionables con

una pena o que ameriten medidas de seguridad, estará cometiendo lo que se conoce como delito.

Ahora bien, si la conducta antisocial que ha efectuado el activo tiene total similitud con su modelo previsto en algún precepto legal (tipo), se dice que es típica.

Y a la labor que el jurista lleva a cabo para constatar que la conducta que en determinado momento histórico concretamente efectuó el activo, coincide con la norma de cultura convertida en tipo jurídico penal, porque reúne todas las notas previstas, se llama tipicidad. Es un proceso de la inteligencia.

Una particular norma de cultura de excepcional importancia que no puede ser pasada por alto, derivada de la experiencia histórica, radica en la convicción de los integrantes de la comunidad de que la determinación de los delitos no debe ya quedar al arbitrio del soberano, al igual que la imposición de las penas y el quantum de éstas, sino estar establecidas en la ley.

Una vez pasada por el proceso legislativo esta norma es conocida como principio de legalidad en materia penal, de acuerdo con el que no existe delito ni pena (o medida de seguridad) sin previa ley, con el rango de garantía constitucional visible en el artículo 14 de la Carta Magna.

En su parte relativa dispone el artículo 14 de la Constitución General de la República:

“En los juicios de 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.”

Esta idea la cataloga Osorio y Nieto como la función de principio de legalidad y seguridad jurídicas del tipo, escribiendo que al “establecerse el artículo 14 de los Estados Unidos Mexicanos, se da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídicas.”<sup>4</sup>

En el nuevo Código Penal se consagra con mayor amplitud y también con toda claridad la función de garantía del tipo, en los siguientes términos:

---

<sup>4</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Op. Cit., Pág. 58.



“Artículo 1. (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al momento de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.”

“Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.”

Además de las anteriores, se puede agregar la función fundamentadora, de acuerdo con la cual “toda construcción dogmática deberá tener como soporte al tipo.”<sup>5</sup>

Hecho el anterior preámbulo y expresadas algunas funciones del tipo, agrego su concepto y el de la tipicidad que aportan los autores enseguida citados.

Porte Petit concibe al tipo como la descripción hecha por el legislador de una conducta o hecho considerada como delito.

La tipicidad para el mismo jurista es la adecuación entre la conducta y lo descrito por el tipo.<sup>6</sup>

Para Castellanos Tena, la tipicidad es el “encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”<sup>7</sup>

## 2.1. Elementos del tipo.

Para el desarrollo de este punto es preciso reproducir de nuevo el precepto en que la ley previene el delito en estudio, a fin de desprender del mismo la serie de elementos que componen el tipo de ilegítima retención.

Se lee en el artículo 229 del nuevo Código Penal:

---

<sup>5</sup> Islas Olga y Ramírez Elpidio, Op. Cit., Pág. 29.

<sup>6</sup> Porte Petit Celestino, Apuntes tomados en clase, 1963.

<sup>7</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 166.

“Artículo 229. Se equipara al abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.”

No forma parte del tipo la expresión “Se equipara al abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida”. Únicamente expresa la designación del delito, así como una afirmación irrelevante y falsa, por lo que hago caso omiso de ella.

Enseguida desarrollo cada uno de los elementos del tipo contenidos en la figura en estudio, consistentes en la indicación del deber jurídico-penal, del bien jurídico, del sujeto activo, del sujeto pasivo, del, objeto material, de la conducta, de la violación al deber y de la lesión del bien jurídico.

2.11. Deber jurídico-penal.- Ha quedado indicado con relación al punto precedente que el legislador indica en el tipo la conducta antisocial y en la sanción el margen de punibilidad aplicable a su autor.

Entonces, aunque no lo exprese así el texto legal, por el hecho de prohibirse cierta conducta y de que se prescriba sanción para su autor, se entiende que existe el deber de no llevar la primera a cabo o quien lo haga queda sujeto a la obligación de recibir el castigo señalado.

De esa manera se deduce este elemento normativo. Corresponde a la implicación derivada de las partes de la norma, en el sentido de que no debe realizarse la conducta que prevé so pena de que se imponga al infractor la sanción prevista. Ello explica porque algunos autores estudien al deber jurídico-penal como uno de los elementos del tipo.

En el delito de retención, de acuerdo con el texto legal en análisis, el deber que genera el tipo o la norma jurídico-penal relativa, dados sus supuestos, consiste en la obligación del activo de devolver el objeto material al pasivo o de entregarlo a la autoridad.

Para la valoración que es preciso practicar sobre este elemento fundamental del tipo de retención ilegítima, si su existencia o validez son punto de discusión, será preciso remitirse a la materia fuente de la obligación de devolver, ya sea

civil, mercantil, laboral, entre otras, o depender de la decisión que al respecto pronuncie la autoridad que se encuentre conociendo del asunto.

2.1.2. Bien jurídico.- De la circunstancia de que se prevenga sanción para quien deba devolver el bien a su acreedor y no lo haga, así como del hecho de que el deber del activo radica en esa prestación de dar, se deduce que el bien jurídico que previene el tipo es el correlativo derecho del que es titular el pasivo de recuperar del activo el objeto material que haya entregado, cuando proceda su devolución, ya sea directamente o a través de la autoridad.

Este derecho que se protege mediante la creación de un tipo y su conminación de castigo, se considera esencial en la medida de que la existencia de cualquier norma carece de sentido alguno sin la finalidad que la valide de tutelar algún derecho del pasivo, cuando la sociedad primero y la ley después lo consideren conveniente.

Puede observarse que para la deducción del bien jurídico, además de la interpretación finalística que recomiendan los autores, me auxilio del principio general de derecho de correlatividad de las prestaciones entre el deber de dar a cargo del activo y el respectivo derecho a recibir del pasivo, debido a que encuentro que puede servir como un instrumento, medio o criterio adecuados para determinar cuál es el bien jurídico de cada delito, por lo que sugiero su utilización en cada oportunidad.

Esta regla permite que una vez conocido el deber y su objeto, pueda saberse el correlativo derecho del acreedor o bien jurídico, sin lugar a dudas y sin ser forzoso el recurrir a la opinión de algún autor que raramente, si no es que nunca, funda o demuestra.

Al respecto escriben Olga Islas y Elpidio Ramírez que "...A través del deber jurídico se establece el bien jurídico y se delimita su marco."<sup>8</sup>

2.1.3. Sujeto activo.- En todos los tipos el legislador alude al sujeto activo.

En general los autores consideran que el sujeto activo que en el tipo señala el legislador y que en el delito está presente como uno de sus elementos, es la

---

<sup>8</sup> Islas Olga y Ramírez Elpidio, Op. Cit., Pág. 38.

persona que actualiza lo que señala el autor de la ley en la norma jurídico-penal.

Con relación al tipo del delito de retención ilícita, conforme al texto del artículo 229 del nuevo Ordenamiento Penal, el sujeto activo será quien se abstenga de devolver al pasivo y, en su defecto, de entregar a la autoridad, el objeto físico, cuando deba realizar dichas prestaciones.

Hay algunos requisitos o calidades para que alguien sea sujeto activo del delito de retención ilegítima.

En el tipo contenido en el numeral en análisis se desprende que en primer lugar el activo habrá de ser tenedor precario (detentador) o no precario (poseedor) del objeto material del delito en estudio.

La expresión tenedor empleada en el precepto en estudio, admite dos interpretaciones. Una en el sentido de que sencillamente el activo tenga la cosa, según el significado gramatical del término; otra, denotando que sea detentador precario sin ánimo de devenir en propietario, por el transcurso del tiempo. Ambas aceptables.

Si es tenedor con el ánimo de convertirse en propietario con el transcurso del tiempo y los requisitos legales (poseedor), se cumple también con esta calidad del activo, aunque la simple detentación o tenencia del objeto material, en poder del activo, sería suficiente para tener por satisfecho el requisito típico de referencia, por lo que es redundante la parte del texto legal de referencia que alude al poseedor.

Es posible el caso en que el supuesto activo ya no tenga válidamente la cosa, como, por ejemplo, si la recibió con la carga de entregarla a su vez a un tercero y cumplió con ella. Entonces faltará, por lo menos, en el supuesto activo la calidad típica de ser tenedor del bien así como su obligación de devolverlo al solicitante, con sus implicaciones.

El segundo requisito del activo es que haya recibido del pasivo el objeto material, es decir, el bien cuya devolución se le exige, en vista del verbo empleado por el legislador como núcleo del tipo.

Para la existencia del deber jurídico-penal, el siguiente o tercer requisito en el activo, se traduce en que es imprescindible, en todos los casos, que el pasivo le haya practicado la interpelación que marca el artículo 229 del nuevo Código Penal, requiriéndole la devolución del bien que previamente le entregara y espera recuperar, independientemente de las reglas que marque en su ámbito de aplicación el Código Civil o cualquier otro ordenamiento legal.

El cuarto requisito del activo consiste en que tenga la calidad de deudor del sujeto pasivo de la prestación de dar devolviendo el bien de que se trate, exigencia derivada de la propia naturaleza de aquel.

El quinto requisito radica en la circunstancia de que, además de que el tenedor tenga a su cargo el deber de dar aludido en el párrafo anterior, es imprescindible que el cumplimiento de dicha obligación le sea exigible. Obviamente no es válido pretender la recuperación de bien alguno o cualquier prestación fuera del tiempo o lugar procedentes.

El que el cumplimiento del deber sea exigible se determina mediante en análisis en cada caso particular en busca de esclarecer si en el mismo se acordó, por ejemplo, determinada modalidad como algún plazo o condición de cuyo transcurso o realización dependa el que la obligación de devolver sea exigible al tenedor de la cosa

Cuando no se haya fijado plazo para ejecutar el adeudo de devolver la cosa, en el ámbito del derecho civil, disponen las reglas legales relativas el que se proceda a interpelar el supuesto o real acreedor a su pretendido o innegable deudor, requiriéndole la devolución de la cosa, para lo que es requisito que transcurran treinta días a partir de dicho acto jurídico. Esto, repito, en los casos en que no figure plazo convencional.

Acerca de semejantes eventos prescribe el artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Art. 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente; ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones

de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.”

Treinta días es un plazo que muy en lo personal me parece excesivo. Entiendo que si las partes no convienen alguno, es porque intentan un cumplimiento inmediato o no en un lapso tan prolongado, por lo que siento que debe reducirse en los términos de mi correspondiente propuesta de modificación a dicho numeral.

Respecto a la mora en la obligación de dar si no hay plazo, explica Gutiérrez y González:

“Si se pactó una obligación de dar y sólo se convino sobre lo que se habría de dar, pero sin fijar plazo para ello, la mora se inicia cuando el acreedor interpela a su deudor de una manera fehaciente, ya por medio de notario, judicialmente o con testigos, para exigirle el cumplimiento de su obligación, y transcurren treinta días de ese requerimiento; si pasado ese término, el obligado no cumple, se estima ilícita su conducta y se constituye en mora, quedando por lo mismo responsabilizado...”<sup>9</sup>

Si, en cambio, del análisis del caso particular se desprende que se estipuló por las partes el plazo para la exigibilidad de la devolución o entrega del bien, generalmente deberá hacerlo el deudor dentro de dicho lapso.

Sobre ello establecen los artículos 2104 y 2105 del Código Civil.

“Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:”

“I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;”

“II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.”

“Artículo 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior.”

---

<sup>9</sup> Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 5ª. Edición, Editorial Cajica, México, 1978, Pág. 468

“Si no tuvieran plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera.”

Gutiérrez y González indica respecto a la mora en la obligación de dar si hay plazo que “esta hipótesis no reviste problema, pues si al obligado se le otorga un plazo para que cumpla y no lo hace, está realizando un hecho ilícito desde el vencimiento del término...” Invoca el mismo artículo 2105 que he reproducido.<sup>10</sup>

Sin embargo, el artículo 229 del nuevo Código Penal no dispensa el caso de obligaciones de dar con plazo del requisito de la interpelación, como si lo hace el Código Civil, por lo que dicho acto jurídico habrá de practicarse invariablemente para determinar que está dada en el particular asunto la exigibilidad del deber del activo en el tipo del delito en estudio y determinar que se da la presencia de un elemento más para tipificar con el máximo rigor posible.

Nada impide que cada una de dichas legislaciones se aplique en sus respectivos campos, por lo que no sería válido suponer que se trata de un conflicto de leyes.

El momento de devolución o entrega del bien por parte del activo en los casos en que no se estipulo plazo alguno será de inmediato en la medida de lo posible, a partir del acto de la interpelación.

Visto uno de los grupos de casos en los a pesar de existir el deber no es exigible a efecto de proceder válidamente contra el probable activo futuro, señalo que es perfectamente posible no solo otro sino muchos más, no sólo con relación del tiempo, sino respecto al lugar en que la acción de devolver debe ser realizada..

No me ocupo de ellos por exceder los límites de este trabajo. Me limito simplemente a señalar como diverso e importante grupo de ejemplos todos aquellos casos en que el deber de dar está sujeto a condición suspensiva, que se revuelven por las reglas del contrato o acto jurídico fuente de la obligación, a las que será necesidad ineludible acudir en busca de determinar si el deber de devolver es ya exigible al tenedor con sus implicaciones.

---

<sup>10</sup> Gutiérrez y González Ernesto, Op. Cit., Pág. 469.

Además de darse las condiciones anteriores, el activo deberá ser imputable y culpable en el momento de realizar el delito de retención indebida (o cualquier otro), para que la retención sea considerada como tal, de acuerdo con diversos preceptos del nuevo Código Penal.

La razón de ello radica en la circunstancia de que el delito queda excluido si el activo no es imputable, de conformidad con la fracción VII del artículo 29 del mismo Ordenamiento legal, aplicable a todo delito, incluyendo al de retención ilícita, que señala:

“Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:”

“VII (Inimputabilidad y acción libre en su causa). 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 sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.”

El activo debe ser culpable, como lo exige el artículo 5 del nuevo Código Penal, aplicable a todo delito incluyendo al de referencia, pero solo se le sancionará si actúa con dolo por estar en el caso del decimonoveno numeral de dicho Ordenamiento Legal.

Reza el artículo 5 invocado en su parte relativa:

“Artículo 5. (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. ...”

Se lee en el artículo 19 mencionado:

“Artículo 19. (Principio de numerus clausus para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”



En resumen, probable sujeto activo de retención ilegítima será pues una persona mayor de dieciocho años de edad, que haya omitido intencionalmente devolver determinado bien a quien se lo entregó a sabiendas de que tiene el deber de hacerlo.

En el curso la investigación será indispensable dilucidar si de la relación jurídica habida entre las partes se desprende el deber de restituir la cosa al pasivo, que se le haya interpelado para ello, que la obligación de devolver le sea exigible y que se encuentre en mora sino en franco estado de incumplimiento

2.1.4. Sujeto pasivo.- En todos los tipos se implica o expresa la presencia de un sujeto pasivo.

En general el sujeto pasivo que se describe en el tipo y figura en el delito, corresponde a la persona dotada de la titularidad del bien jurídico tutelado.

En el tipo que previene el artículo 229 del nuevo Código Penal, sujeto pasivo será la persona titular del derecho a obtener del activo la devolución del objeto físico de la obligación y del delito de retención indebida.

Con respecto al sujeto pasivo hay algunos requisitos o calidades para que puede ser considerado como tal en el delito de retención.

Así, se requerirá que haya sido la persona que entregó al activo el bien retenido, generándole su calidad de tenedor o poseedor.

Además es indispensable que tenga la calidad de acreedor frente al tenedor, es decir que sea la persona titular del derecho a exigir y obtener del activo la devolución del bien que previamente le entregara.

También el que haya interpelado al tenedor requiriéndole la devolución del bien, tanto en los casos en que no se convino plazo por disponerlo el Código Civil, como en aquellos en los que si hay acuerdo en cuanto a ese lapso por requerirlo el artículo 229 del nuevo Código Penal sin exceptuarlos.

Igualmente debe de haber pasado el momento en que se haga efectivo en el terreno de los hechos su derecho a obtener la devolución del bien retenido, para lo cual no debe hallarse pendiente de darse alguna condición o de transcurrir determinado plazo, de la que dependa la exigibilidad del deber de su

contrario de cumplirlo devolviéndole materialmente el bien materia de la obligación. Jamás es o será válido exigir prestación alguna antes del momento en que legalmente proceda.

De forma conjunta con lo anterior, es menester que el pasivo no encuentre que haya sido hecho efectivo su derecho con el evento de obtener la devolución del bien, por la actitud morosa o incumplida del activo que ilegalmente lo retiene.

Consecuentemente, no procede considerar sujeto pasivo a la persona que no haya sido quien entregó el bien al activo y conservara para si el derecho de recuperarlo de manera que válidamente pueda pedir su devolución o no esté en tiempo para obtenerla; a quien no haya practicado la interpelación requerida por el tipo que previene la ilícita retención, o no satisfaga alguna de las condiciones enlistadas en los párrafos precedentes.

Ejemplificando expreso que no podrá ser sujeto pasivo quien a falta de éste, siendo tercero en la relación jurídica correspondiente (cónyuge, pariente, amigo), pretenda la devolución de lo que no entregó al pasivo previamente, ni acredite actuar en nombre y representación de aquel, aunque haya interpelado.

Es de hacerse notar que no siempre se tiene el derecho a obtener la devolución del bien, después de haberlo entregado al activo, e incluso haya requerido su devolución, cuando, por ejemplo, se trata del nudo propietario al usufructuario, o si hay algún plazo o término no transcurrido, o si se pactó alguna condición suspensiva, plazo o término no verificados, u otras muchas circunstancias más según las particularidades de cada caso.

Vale la pena insistir en el punto relacionado a que el pretendido pasivo no tendrá derecho a hacer valer su calidad de acreedor, desde el punto de vista penal, antes de tiempo.

Del propio artículo 229 de referencia, se desprende que solamente después y nunca antes de que suceda en el tiempo el requerimiento formal de devolución de la cosa por parte del pasivo al activo, nace el deber jurídico-penal de que el activo se ocupe de devolver el objeto material.

Con respecto a la temporalidad aludida en el párrafo anterior, insisto enseguida un punto que considero de suma importancia.

Es de observarse que, en materia civil, cuando no figure señalamiento del plazo o término para la devolución del bien, el artículo 2080 del Código Civil determina con toda claridad que el lapso para cumplir con el deber de llevar a cabo cualquier prestación de dar es treinta días posteriores a la interpelación.

Más sencillo es el caso respecto al tiempo cuando se establece condición suspensiva, plazo o término, porque entonces las reglas operan en el sentido de que el deber es exigible o nace en el momento en que se cumpla el plazo, llegue el momento del término o se verifiquen los acontecimientos futuros de realización incierta.

Sin embargo, estimo que aun cuando aparezca fijación de plazo convencional, es procedente la interpelación a que alude el artículo 229 del nuevo Código Penal, porque éste comprende a todas las hipótesis sin excluir alguna y en vista de que aplicar una regla no se opone ni impide la ejecución de la otra. Siento que los preceptos deben entenderse de manera que armonicen y no de modo en que se opongan y que en realidad no existe sobre el punto en cuestión conflicto de leyes alguno.

Probablemente no dañaría ponderar la conveniencia de que el legislador disponga expresamente si opera con relación al delito tema de mi tesis, el principio de que el plazo hace las veces de interpelación, con el objeto de disipar dudas en cuanto a su aplicabilidad en materia penal.

Por ende, pudiera resultar conveniente proponer que en los casos en que no haya discrepancia o duda en cuanto al hecho de que las partes convinieron plazo, el nuevo Código Penal dispensara al pasivo del trámite de la necesidad de interpelar al activo y estableciera que éste deberá devolver el bien en el plazo o momento acordado, respetando la voluntad de las partes y con base en el principio según el cual lo pactado debe cumplirse.

Por lo pronto y mientras dudosamente suceda lo anterior, de nuevo insisto en un detalle que conviene subrayar hasta el cansancio, con relación a la calidad de acreedor del pasivo.

Como es sabido y está dicho, para el derecho civil, si el acto jurídico del que emana el crédito del acreedor (después pasivo) existe, es válido y es exigible, es suficiente para exigir su pago o cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, para el derecho penal esa calidad civil es necesaria, en su caso, pero no suficiente. Además exige el tipo que el acreedor requiera el acto de la devolución sin éxito, siempre, sin excepción alguna. De lo contrario, no deberá ser considerado como sujeto pasivo en el delito de retención.

Distinción relevante habida al respecto es con relación al distinto trato que da el Código Civil a las obligaciones de dar sin plazo y las obligaciones de dar con plazo.

En el primero, es decir cuando las partes no convinieron plazo para la obligación de dar, como lo es el devolver la cosa, dicho ordenamiento legal exige la practica de una interpelación y que transcurran treinta días a partir de ello, mientras que tratándose de obligaciones de dar con plazo la regla es que se debe respetar éste para ejecutar la devolución del bien, y para efectos civiles (no penales) debe entenderse que el plazo hace las veces de interpelación, lo que es un viejo principio de derecho muy atendible.

En resumen, probable sujeto pasivo de retención ilegítima será pues aquella persona que haya entregado el bien retenido con la facultad de recuperarlo en el plazo convenido o supletorio una vez hecha la interpelación indispensable en materia penal requiriendo sin éxito la devolución de la cosa.

En el curso de la investigación relativa será indispensable dilucidar si de la relación jurídica habida entre las partes se desprende la exigencia del derecho a recuperar el bien que así como la de su cumplimiento o realización, concomitante con el deber del activo a hacerlo.

Es de fundamental importancia asegurarse de que el derecho del pasivo de recuperar el bien al lado de la obligación del activo a devolverlo están presentes y que además de ello el momento de cumplir haya llegado sin que tal cosa ocurra por la mora de éste último.

2.1.5. Objeto material.- El tipo previsto en el artículo 229 invocado, requiere que el objeto físico sobre el que recaiga el deber del activo y el derecho del pasivo, sea un bien mueble susceptible de ser valuado en dinero conforme a las variaciones del salario mínimo. Los verbos de devolver y entregar generan la idea de movilidad del bien.

Cabe hacer notar que el legislador penal brinda el mismo trato a cualquier clase de bienes muebles. De igual modo regula los casos en que el pasivo trata desesperadamente de recuperar bienes percederos, que aquellos en los que su necesidad no es tan apremiante puesto que la cosa no se deteriora ni se menoscaba su valor.

También es de observarse que la cantidad de bienes muebles de que se trate en determinado asunto, al legislador no parece importarle.

Piénsese si se quiere como mero ejercicio teórico que solución satisfactoria encontrar para recuperar alguien el camión repleto de mariscos, que el chofer no le devuelve, pero que ni siquiera tiene el propósito de retener y lo entrega a la autoridad, celoso de su deber.

Haber quien puede recomendar algo que hacer entonces con los camarones y el resto de la carga recién entregada, como solución legal.

2.1.6. Conducta.- El tipo que previene el delito de retención indebida determina que la conducta que constituye este ilícito consista en la no devolución del activo al pasivo del objeto material y, a falta de lo anterior, en no entregarlo a la autoridad.

No parece bastante meditado el efecto que produzca en el ámbito de los hechos ese deber de entrega del bien requerido. Tal vez sea conveniente una propuesta en el sentido de que en lugar de entregar el bien se someta el asunto a la decisión de la autoridad, sin necesidad de que sus instalaciones se vean reducidas a la calidad de almacén de depósito.

2.1.7. Violación al deber jurídico.- Si tiene el activo la obligación de realizar determinada conducta y no lleva a cabo ésta, se estima dado el requisito conocido como violación al deber jurídico. Se viola el deber de actuar o de abstenerse, no haciendo lo que se ordena o haciendo lo que se prohíbe.

En el delito de retención ilícita, de acuerdo con el texto legal en análisis, la violación del deber-jurídico penal, consiste en el incumplimiento del activo a su obligación de llevar a cabo la acción de devolver el objeto material al pasivo o la de entregarlo a la autoridad.

No basta tener el activo la obligación a su cargo de devolver el objeto material o de entregarlo a quien, en su defecto, sea procedente. Es preciso además que en cada caso estén dadas las modalidades para que ese deber potencial se traduzca en actos concretos. Su no realización es materia de la violación al deber jurídico. Si no está realizada la condición o transcurrido el plazo, habrá deber pero no violación al mismo por no ser exigible su cumplimiento. Es un punto que amerita la sutilidad característica del jurista en cada oportunidad.

2.1.8. Lesión del bien jurídico.- Con la destrucción o compresión del bien jurídico, o la conculcación del derecho del pasivo, por la conducta del activo, se da lo el elemento que se conoce como lesión del bien jurídico.

En la ilícita retención se produce la lesión del bien jurídico cuando el derecho del pasivo a la devolución del objeto material no es satisfecho por el activo, en el momento y lugar debidos, obviamente, dados los supuestos normativos y satisfechos los requisitos conducentes.

La lesión del bien jurídico es concomitante con la violación del deber de no retener. Por un lado el crédito del pasivo a recibir el bien no es hecho efectivo y, por otro, al mismo tiempo, el activo no cumple su correlativo deber de dar.

## 2.2. Ausencia de Tipo.

En general, habrá ausencia de tipo cuando la conducta realizada por determinada persona en un lugar y momento históricos, no concuerde con descripción legal alguna, por más reprobable que pueda parecer el comportamiento del reo.

## 2.3. Atipicidad.

La atipicidad se produce cuando en el desempeño de determinado activo no se localiza su concordancia exacta con todas las notas que especifica determinado tipo legal.

Sin embargo, de no haber tipicidad con respecto al delito de ilegítima posesión todavía es posible que los hechos se adecuen a otra figura legal.

## 2.4. Clasificación del delito en orden al tipo.

Un punto que no se puede pasar por alto con relación a la conducta típica, es el referente a la clasificación del delito en orden al tipo.

Con base en el tipo, puede mencionarse que los delitos pueden ser:

Por su ordenación metodológica, fundamentales o básicos y dependientes y complementados.

Fundamentales o básicos, como se designa a aquellos delitos que tienen vida propia.

Dependientes son los delitos que en cambio necesitan de otro para subsistir, pues carecen de esa vida propia. Se componen de los elementos del tipo básico adicionado con algunas particularidades.

Complementados son los delitos que a partir del fundamental o básico se acompañan de una circunstancia adicional.

Si esa circunstancia adicional produce el efecto de reducir la punibilidad aplicable, se habla de delitos complementados-privilegiados.

Cuando la circunstancia que concurra en cambio determina una mayor sancionabilidad, se está frente a los delitos complementados cualificados.<sup>11</sup>

De acuerdo con su autonomía o independencia, los delitos son autónomos o subordinados.

Autónomos son aquellos que no necesitan de otro delito para subsistir. Subordinados los que si requieren de otro para su existencia.

Según su formulación los delitos pueden ser de formulación libre o de formulación casuística, según se exprese un género de conductas o conjuntos menos amplios.

López Betancourt subdivide los delitos de formulación casuística en acumulativamente formados y en alternativamente formados.<sup>12</sup>

Serán acumulativamente formados los tipos que describan varias conductas y se exija la realización de todas.

---

<sup>11</sup> Porte Petit Celestino, Apuntes tomados en clase, 1963.

<sup>12</sup> López Betancourt Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Porrúa, México, 1993, Págs. 117 y Ss.

Alternativamente formados son aquellos tipos que en cuya elaboración se incluyen varias conductas, siendo suficiente una de ellas para la comisión del delito.

La ilegítima retención es un delito fundamental o básico, pues tiene vida propia, no dependiendo del abuso de confianza como comúnmente se piensa; es autónomo y de ninguna manera subordinado y acumulativamente formado puesto que son precisas las abstenciones de devolver y de entregar para que pueda darse la conducta típica de dicha figura.

### 3. ANTIJURIDICIDAD.

En la labor necesaria para determinar si en algún caso hay o no delito, además de una conducta cuyas particularidades coincidan con las especificaciones de su respectivo tipo legal, el siguiente paso, de acuerdo con el método empleado, corresponde a indagar si se le puede considerar como antijurídica.

#### 3.1. Aspecto positivo.

En materia penal, los autores hablan del aspecto positivo de la antijuridicidad en el sentido de que con la conducta realizada en determinado momento histórico, su autor incumple el deber derivado de la norma jurídico penal que se contemple.

Osorio y Nieto se refiere a este elemento del delito escribiendo que “la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.”<sup>13</sup>

Repitiendo la explicación más socorrida al respecto se dice que mientras no se demuestre que el indiciado actuó bajo el amparo alguna causa de licitud, se estimará que su conducta típica es también antijurídica.

Porte Petit escribe con relación a este punto, que “Al realizarse una conducta adecuada al tipo se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación. Hasta hoy día así operan los Códigos Penales valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo

---

<sup>13</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Ob. Cit., Pág. 58.



que quiere decir que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: positiva una, violación de una norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una causa de exclusión del injusto.”<sup>14</sup>

### 3.2. Causas de Licitud.

Al lado de las nociones anteriormente apuntadas con relación a cuando está presente la antijuridicidad, hay algunas más que giran en torno a su aspecto negativo, el cual se da cuando se tiene el dato de que el activo realizó su conducta en medio de determinadas circunstancias que la justifican.

De acuerdo con lo anterior, Castellanos Tena conceptúa las causas de justificación como “las condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de la conducta típica”.<sup>15</sup>

Osorio y Nieto explica al respecto que “cuando la conducta realizada, sea cual fuere (alterar la salud, privar de la vida, etc.), se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.”

“Esto es, alterar la salud, privar de la vida, etc., no son antijurídicas cuando se efectúan al amparo de una causa de justificación.”<sup>16</sup>

Las causas de licitud o de justificación reconocidas en el nuevo Código Penal, de acuerdo con la doctrina, son la legítima defensa y el estado de necesidad, así como el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de una obligación.

Brevemente señalo enseguida las características legales de cada una, precedidas de un intento de sencillo ejemplo relacionado con el delito objeto de estudio en esta tesis.

3.2.1. Legítima defensa.- En primer término me ocupo de citar la legítima defensa entendida como la necesaria repulsa a una agresión real, actual, inminente y sin derecho contra bienes jurídicos, no provocada en forma dolosa, suficiente e inmediata.

---

<sup>14</sup> Porte Petit Celestino, *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, Gráfica Panamericana, México, 1954, Pág. 41.

<sup>15</sup> Castellanos Tena Fernando, *Ob. Cit.*, Pág.181.

<sup>16</sup> Osorio y Nieto César Augusto, *Ob. Cit.*, Pág. 59.

De acuerdo con lo previsto en la fracción IV del artículo 29 del nuevo Código Penal, el delito se excluye cuando: “Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.”

Después de buen rato en la cantina, A, enfurecido y con algunas copas de más, no conforme con insultar, amenazar y hasta de lanzar algunos fuertes golpes torpes contra B que se concreta prudentemente a esquivarlos, tiene la ocurrencia de requerir de éste la devolución del arma que momentos antes le entregara, cosa de la que éste se abstiene en defensa de su vida o salud y de terceros que también expuestos al peligro.

3.2.2. Estado de necesidad.- En el estado de necesidad hay el imperativo de realizar el verbo característico de algún tipo, sacrificando un bien ajeno de igual o menor jerarquía que el bien salvado, en ocasiones de peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente o que deba afrontar, si no existe otra opción menos lesiva al alcance.

Según lo dispone la fracción V del artículo 29 del nuevo Código Penal estableciendo como excluyente de delito que: “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, 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;”

En medio de un naufragio A, buen nadador requiere de B, débil persona y con muchos años a cuestas, la devolución del salvavidas que poco antes le diera a guardar, cosa que éste no atiende para salvar su vida, evento del que resultan ambos lesionados.

3.2.3 Cumplimiento de un deber.- En el cumplimiento de un deber el verbo correspondiente a algún tipo se efectúa realizando la prestación objeto de una obligación.

Conforme lo previene la fracción VI del artículo 29 del nuevo Código Penal el delito se excluye si: “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un

deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”

A se abstiene de devolver a B el OM que le reclama, en vista de que no se ha cumplido el término pactado para su devolución, teniendo derecho a retener la cosa hasta entonces.

3.2.4. Ejercicio de un derecho.- En el ejercicio de un derecho se realiza la conducta de un tipo, ejerciendo la facultad que genera a favor del activo un acto jurídico.

Esto lo corrobora la misma fracción VI del artículo 29 reproducido en líneas anteriores.

B, usufructuario del OM se abstiene de devolver a A, nudo propietario, el mismo OM que éste le requiere, pues se encuentra en la situación de un usufructo aun vigente, que lo faculta al uso y goce de la cosa.

3.2.5. Consentimiento del ofendido.- Opera como causa de justificación si las partes se han puesto de acuerdo en que una de ellas realice una prestación igual a la conducta prevista en algún tipo, sobre un bien disponible, cuando dicho consentimiento no figure en la serie de elementos descritos por el legislador.

La conformidad del titular del bien o derecho tutelado se desempeña como causa de atipicidad en los casos en que el consentimiento sea necesario para la adecuación al tipo.

La misma figura es irrelevante como aspecto negativo respecto de aquellos delitos cuyo bien jurídico no sea de naturaleza disponible.

Fundan lo anterior lo previsto en las fracciones II y III del artículo 29 del nuevo Código Penal.

A pesar de que ha llegado el momento en que A regrese a B el OM, hablando sobre el asunto se ponen de acuerdo en que el primero conserve en su poder la cosa indefinidamente.

Expuestos los anteriores puntos relativos a las causas de licitud, debo concluir indicando que, como puede observarse, con relación al delito de retención

resultan posibles las figuras de la legítima defensa y el estado de necesidad, así como el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

#### 4. IMPUTABILIDAD.

##### 4.1. Aspecto positivo.

En cada caso conducta que lleve a efecto el ser humano, debe satisfacer las condiciones de ser típica y antijurídica, para ser considerada delictuosa.

De acuerdo con el método de trabajo, una vez seguros de que la conducta cuenta con tales atributos, el paso siguiente corresponde fundamentalmente a examinar si el sujeto activo, en el momento de realizarla, era capaz de entender su ilicitud.

En esto consiste tratar de decidir si el activo ha satisfecho el requisito de ser imputable o no en el momento de realizar su conducta típica.

El nuevo Código Penal no menciona directamente la imputabilidad sino al sujeto inimputable, haciendo necesario deducirla. El activo no lo será en los términos de la fracción VII de su artículo 29, cuando; "... Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión...", en cuya situación la regla prescribe que se excluye el delito.

Interpretando dichos términos en sentido contrario, puede inferirse que el activo será imputable, conforme a la ley, si al momento de realizar la conducta típica y antijurídica, contaba con el atributo de poseer "la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de su propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión".<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, México, 1985, Pág. 51.

En cuanto a las causas por las que es imputable el sujeto activo, los autores señalan que radican en el hecho de que disponga del juicio crítico que le permita comprender que su desempeño es ilícito (capacidad de entender), así como de la aptitud necesaria para conducirse de acuerdo con dicha comprensión (capacidad de querer), en el momento de realizarlo.

Olga Islas escribe sobre este punto que “la imputabilidad se sustenta en el juicio crítico que rige a la conciencia.” Y agrega: “Esto quiere decir que con juicio crítico o sin el de todos modos hay conciencia, y la presencia del juicio crítico sustenta únicamente a la imputabilidad, en tanto que su ausencia elimina esta última.”<sup>18</sup>

Sin embargo hay situaciones en las que el sujeto activo voluntariamente se colocó en el estado de inimputabilidad en que se encontraba al cometer el delito.

En tales casos conocidos como acciones libres en su causa, no se considera excluido el delito y el activo responderá por el resultado típico producido, conforme a la segunda parte de la fracción VII del artículo 29 del nuevo Código Penal.

Además de las normas legales relacionadas con el sujeto imputable, el nuevo Código Penal previene y sanciona la figura del imputable disminuido.

En su artículo 65 dispone que: “...Si la capacidad del autor solo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.”

#### 4.2. Inimputabilidad.

La inimputabilidad corresponde a la circunstancia de que falte en el autor del ilícito el atributo de ser imputable en el momento de efectuarlo.

---

<sup>18</sup> Islas de González Mariscal Olga, Op. Cit., Pág. 39.

Olga Islas y Elpidio Ramírez sostienen que si la conciencia se encuentra perturbada, no hay imputabilidad.<sup>19</sup>

En el Ordenamiento represivo vigente en el Distrito Federal, pueden encontrarse normas alusivas a la minoridad, así como al trastorno mental, que han sido consideradas de manera inexacta como causas de inimputabilidad.

4.2.1. Minoridad. En cuanto a los menores de edad hay diversas posturas. Una sostiene que, por su falta de desarrollo físico y mental, ameritan ser considerados como personas inimputables.

Diversa corriente de opinión estima que sobre los menores de dieciocho años se debe proceder a la creación de un régimen legal propio.

De acuerdo con esta última tesis, el nuevo Código Penal excluye la aplicabilidad de sus preceptos a los menores de edad. En su duodécimo numeral establece que: "...Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad."

Ello no impide que el Consejo de Menores de acuerdo con su Ordenamiento Legal,<sup>20</sup> ignorando los cambios en las normas legales, se siga ocupando de la readaptación social de quienes, entre los once y dieciocho años de edad, han realizado conductas tipificadas en preceptos del Código Penal, a pesar de que conforme al nuevo Ordenamiento represivo sus preceptos no les son aplicables.

El Consejo Tutelar sólo sujeta a tratamiento interno a los menores que han tipificado una infracción al Código Penal si procedieron dolosamente y debe sobreseer el asunto si el activo padece de un trastorno psíquico permanente<sup>21</sup>, lo que implica que los infantes no son inimputables por la simple razón de su desarrollo físico. No tendría caso que su legislación requiera del dolo en los internos si fueran inimputables en realidad.

Es sostenible, pues, conforme a la legislación vigente y a la realidad, la idea de que de que la capacidad de conocer y querer puede estar presente en los

---

<sup>19</sup> Islas Olga y Ramírez Elpidio, Op. Cit., Pags. 51 y 52.

<sup>20</sup> Artículos 46 y 76 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

<sup>21</sup> Artículos 46 y 76 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

menores de dieciocho años y ausente en los mayores, aun cuando sea excepcionalmente, por lo que es recomendable la sana costumbre de verificarla siempre por un perito como primer paso del procedimiento, no dándola jamás por supuesta o excluida a priori.

En apoyo de lo anterior, hay voces tan autorizadas como la del maestro López Betancourt para quien el juicio crítico que sustenta a la imputabilidad puede observarse claramente hasta en infantes de 12 años.<sup>22</sup>

#### 4.2.2. Trastorno mental.

Reciben distinto tratamiento legal quienes se encuentren en estado de trastorno mental permanente o transitorio en el momento de realizar el ilícito.

Conforme al nuevo Código Penal los inimputables que al realizar el injusto no disponen de capacidad para comprender que violan el deber jurídico con su conducta, por efecto de trastorno mental permanente, serán objeto de medidas de seguridad.

Establece su artículo 62 que: "...En el caso de que la inimputabilidad sea permanente, a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código."

En el último párrafo del mismo numeral: "Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o en sus anexos."

En el artículo siguiente se establece la posibilidad de que la autoridad competente entregue al inimputable permanente a sus familiares o a las personas obligadas a hacerse cargo de él.

Para este efecto se requiere que el daño haya sido reparado, así como que los familiares o dichas personas se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen su cumplimiento.

---

<sup>22</sup> López Betancourt Eduardo, *Imputabilidad y Culpabilidad*, Editorial Porrúa, México, 1999, Pág. 32.

Respecto a quien en el momento de actuar típicamente se encuentre trastornado de su mente de manera transitoria, el legislador ordena dejarlo en inmediata libertad.

Se trata de la única hipótesis en que válidamente se pueda sostener que no hay delito por la carencia de un elemento esencial, la imputabilidad.

La regla correspondiente se encuentra en la parte relativa del mismo artículo 62 invocado en el párrafo que antecede, en el sentido de que: "...Si se trata de trastorno mental transitorio...se le pondrá en absoluta libertad".

Para concluir este punto con relación a la ilegítima retención señalo que siendo las normas sobre imputabilidad de carácter general son aplicables a cada delito en particular, por lo que todas ellas encuentran campo de aplicación dentro de la ilegítima retención.

Consecuentemente, el activo mayor de dieciocho años de edad, durante el tiempo en que retenga el bien que está obligado a devolver, deberá gozar de la capacidad de comprender que su abstención es ilícita y ser apto para conducirse de acuerdo con esa comprensión, para ser objeto de pena o medida de seguridad.

Respecto de los menores de dieciocho años hago hincapié en que por disposición legal expresa no se encuentran sujetos a las disposiciones del nuevo Código Penal.

El trastorno mental transitorio no opera en el delito de ilegítima retención, debido a la naturaleza permanente de la conducta del delito en estudio.

## 5. CULPABILIDAD.

Se ha venido expresando en páginas anteriores, acerca de la conducta realizada por el activo, que es precisa su concordancia con determinado tipo



legal, en oposición con la norma legal respectiva, para ser considerada como delictuosa.

También se ha dicho que el autor de dicha conducta típica y antijurídica debe tener capacidad de querer y entender (imputabilidad), para que pueda responder por sus actos o abstenciones.

Es preciso agregar a lo mencionado la existencia de otro requisito más. Esto es que al realizar su conducta ilícita el activo actúe culpablemente, a fin de que proceda la imposición de pena o medida de seguridad.

Aun cuando la culpabilidad, es uno de los temas de los que más se ha escrito, en cuanto a su naturaleza y concepto aun no se dispone de alguna teoría que resuelva a satisfacción todo problema o no adolezca de fallas graves.

Para una de ellas, la corriente psicologista la culpabilidad se traduce en el nexo psicológico que une al sujeto con su conducta o hecho. Es culpable el sujeto que ha querido realizar su falta. Quien hable todavía sólo del ingrediente volitivo (querer), además de considerar el dolo y culpa como formas de la culpabilidad, muestra su orientación hacia dicha postura doctrinal, lo que no es raro encontrar aun a casi un siglo de distancia.

Para otra teoría, la normativista la culpabilidad consiste en el juicio de reproche que procede contra el autor del injusto, por haber decidido realizar su conducta lesiva, pese a su libertad para decidir entre hacerlo o no. Además del querer concretizar el tipo se exige que el sujeto lo conozca o entienda, aparte de que el dolo y la culpa no se consideran en esta postura doctrinal como formas de la culpabilidad, sino como sus especies. Es decir, culpabilidad equivale a querer y entender la conducta o hecho.

Los autores de una tercera posición, la teoría finalista, por su parte, también consideran que la culpabilidad es la reprochabilidad hacia el autor del evento injusto, cuando ha tenido a su alcance la libre opción de elegir si ofende o no.

Sin embargo, a diferencia de las teorías anteriores, sus exponentes no consideran que el dolo y la culpa pertenezcan al campo de la culpabilidad.

Sostienen que el lugar que les corresponde se encuentra dentro de la conducta como sus componentes internos, lo que cambia radicalmente el orden y

ubicación de los elementos del delito y explica porque dan a entender cuando hablan de voluntad dolosa o voluntad culposa que se refieren a la conducta.

Suponiendo que no puede haber acción sin voluntad referida a una meta, para los finalistas, hay voluntad dolosa o voluntad culposa, en la integración de la conducta (voluntabilidad). Por ejemplo, en el caso de un homicidio utilizando arma de fuego, la voluntad no consiste simplemente en querer disparar (acción causal), sino en querer privar de la vida al pasivo disparándole (acción finalista).

Ninguna de las teorías es satisfactoria en cuanto a la culpabilidad en los delitos no intencionales, ni parecen orientarse hacia la solución del problema fundamental de determinar cuándo el sujeto es culpable, discutiendo en torno a la culpabilidad en abstracto como si sustantivaran un adjetivo. Nada resuelve respecto al problema de calificar cuando el autor es culpable o no, que se reciba una respuesta en el sentido de que hay un nexo psicológico, o de que la culpabilidad es un juicio de reproche, o explique donde queda mejor ubicada.

### 5.1. Aspecto positivo.

En la Teoría del Delito se habla del aspecto positivo de la culpabilidad cuando se encuentra satisfecha la exigencia legal de que la persona del activo posea la calidad de ser culpable al momento de realizar su ilícito, para la aplicación de pena o adopción de medidas de seguridad.

Así lo señala Porte Petit y explica que el sujeto actúa culpablemente cuando conoce y quiere lo descrito en el tipo.<sup>23</sup>

Agrega la relación de las especies de la culpabilidad llamadas dolo, culpa y preterintención, con toda claridad y extensión como corresponde a la importancia del tema.

De conformidad con la legislación vigente, concordando con la teoría, el nuevo Código Penal, efectivamente requiere la calidad de ser culpable en el activo

---

<sup>23</sup>Porte Petit Celestino, Apuntes tomados en clase, 1963.

ajustándose al concepto anotado, con sus especies aunque no recoge la figura de la preterintención.

Según el nuevo Ordenamiento represivo es culpable el activo cuando al realizar el delito está en la situación de que su conocimiento concuerda con la realidad, acerca de los elementos objetivos del tipo que lo previene, de que existe ley que lo prohíbe con sus alcances y de que carece de justificación.

Es de aclararse que los mencionados elementos objetivos del tipo son los referentes a la conducta, a los sujetos, al objeto material y el bien jurídico así

como la afectación de éste.

También se previene que el sujeto será culpable en el caso, de que el conocimiento que posea sobre dichos elementos del tipo, no se apega a la realidad, por efecto de un error vencible.

Entonces la punibilidad será equivalente a la del delito culposos si el error recae sobre los elementos objetivos de la descripción legal, o de un tercio cuando tiene por objeto la existencia de la ley, su alcance o suponga sin serlo que procede justificadamente.

Además del conocimiento sobre dichos elementos, con la salvedad anterior, para que pueda ser culpado el autor imputable de la conducta antijurídica, se requiere la falta de concurrencia de circunstancias en atención de las cuales no se le pueda exigir un comportamiento diferente.

En otra regla habida sobre este punto establece que el activo será culpable sólo cuando su proceder lo lleve a efecto el activo o con dolo o culposamente.

Señalo a continuación los artículos del nuevo Código Penal relacionados con el aspecto positivo de la culpabilidad.

El artículo 5 establece la necesidad de la culpabilidad del activo para la existencia del delito.

Reza el artículo 5:

“Artículo 5º.- (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la

pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.”

En su párrafo siguiente agrega:

“Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito con que aquéllas pudieran alcanzarse.”

De las fracciones VIII y IX del artículo 29 interpretadas a contrario del nuevo Código indicado, derivan las hipótesis apuntadas en las cuales el activo se considera culpable.

En los términos de la fracción VIII, se estipula que una de las causas de exclusión del delito será que “se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) 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.”

Y conforme a su fracción IX se excluye el delito si:

“...En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”.

En el artículo tercero previene que el activo procede culpablemente si en su desempeño o es doloso o es culposo.

Dice el citado numeral del referido nuevo Código:

“Artículo 3º.- (Prohibición de responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.”

La llamada preterintencionalidad prevista en el código anterior ha dejado de ser reconocida como una de las formas de la culpabilidad, por lo que, conforme al nuevo Ordenamiento represivo, solo será preciso en cada caso ocuparse de determinar si el indiciado actuó con dolo o culpa.

5.1.1. Dolo. El activo procede con dolo cuando, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, quiere su realización (dolo específico).

También es doloso su desempeño ilícito cuando, conociendo el activo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, acepta la realización de éste (dolo eventual).<sup>24</sup>

Dispone el Artículo 18 del nuevo Código Penal, en su parte relativa, que “Obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta su realización.”

Aplicando estas nociones y reglas generales al delito en estudio, estimo que su autor lo cometerá con dolo si voluntariamente no devuelve el objeto material, cuya devolución le ha sido requerida, con conocimiento de que de manera indebida lo retiene y de que lesiona el derecho tutelado del pasivo de obtener su entrega.

5.1.2. Culpa. Obra culpablemente el activo de manera culposa o no-intencional cuando ha querido su conducta, pero no el resultado lesivo típico de ésta.

Con dicha noción concuerda el párrafo final del artículo 18 del nuevo Ordenamiento represivo, el cual dispone que “obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

No admite el delito en estudio la comisión culposa por su propia naturaleza, ni el ordenamiento legal lo sanciona, por no estar expresamente previsto.

Dispone el artículo 19 del nuevo Código Penal:

---

<sup>24</sup> Porte Petit Celestino, Apuntes tomados en clase, 1963.

“Artículo 19. (Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”

## 5.2. Inculpabilidad.

Dentro de la Teoría del Delito se habla del aspecto negativo de la culpabilidad cuando no está presente en el activo el atributo de ser culpable.

No deberá ser culpado cuando no le sea exigible conducta diversa a la realizada o en los casos de error expresados en renglones posteriores.

5.2.1. No exigibilidad de otra conducta. Uno de ellos corresponde a aquellos casos en los que el legislador no exige una conducta distinta a la realizada (no exigibilidad de otra conducta).

En torno a ello, la facción IX del artículo 29 del nuevo Código Penal, al referirse a lo que califica de causas excluyentes del delito, reza:

...”En atención a las circunstancias que concurren a la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”

5.2.2. Error. Otro de los grupos de eventos, en los que el enjuiciado carecerá de la calidad de ser culpable, se refiere a los casos en los que su actuación ocurrió bajo el influjo de un error invencible de tipo, de una ignorancia invencible de prohibición, o de un error invencible de licitud.

Se habla de que hay error de tipo cuando el falso conocimiento recae sobre alguno de sus elementos objetivos, como lo previene la fracción VIII del artículo 29 del vigente Ordenamiento represivo al establecer, entre otras cosas, que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de “alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate.”

Es oportuno señalar la diferencia entre el error y la ignorancia a que se refiere el autor de la ley con relación al aspecto negativo de la culpabilidad.

El error en general tiene como nota distintiva la falta de concordancia entre una realidad y el conocimiento que sobre ella se tiene, mientras que en la ignorancia no se tiene conocimiento alguno de esa realidad. Uno y otra reciben el mismo trato en torno a la inculpabilidad.

En la ignorancia de prohibición, el activo de plano no conoce la ilicitud de su conducta por no saber de la existencia de la ley que tipifica su comportamiento, caso en el cual es de considerársele inculpable según lo previene el inciso b) de la fracción VIII el artículo 29 antes invocado. La ignorancia habrá de ser invencible.

Otra serie de casos en los que el supuesto activo resulta inculpable por disposición legal expresa, sucede al suponer éste por error invencible que su conducta está justificada. A ello se refiere el mismo inciso b) antes citado de la fracción VIII del nuevo Código Penal, dando contenido al tema de las eximentes putativas, en presencia de las cuales se estima que no hay culpabilidad en el agente.

Señalo enseguida las características de cada grupo de dichas eximentes, precedidas de un sencillo ejemplo relacionado con el delito en estudio.

La legítima defensa putativa.- En esta causa de inculpabilidad del sujeto éste supone, por un error invencible que es injusta e inminentemente agredido sin haberlo provocado, de tal suerte que actúa bajo la necesidad de repelerla, para salvar los bienes jurídicos supuestamente en peligro

Después de buen rato en la cantina, A, para jugar una broma a B, aparenta estar muy trastornado por el alcohol, así que profiere insultos, amenazas y hasta lanza algunos fuertes golpes torpes contra B que se concreta a esquivarlos y de tratar de "calmar" a su amigo, que además tiene la ocurrencia de requerir de éste la devolución del arma que momentos antes le entregara, cosa de la que éste naturalmente se abstiene creyendo que defiende su vida o salud y la de los terceros que aparentemente también corren peligro.

Estado de necesidad putativa.- En el estado de necesidad putativo, supone de manera invencible una persona que se encuentra en una situación en la que es

imperativo actuar sacrificando un bien ajeno de igual o menor jerarquía que el bien salvado. Como es característico en una situación de ese tipo, todo parece indicar la presencia de un peligro no ocasionado por el agente o que deba afrontar y que no hay otra opción menos lesiva al alcance.

A, tras el anuncio de que se acerca un tornado, supone necesitar, para abandonar la zona con su familia, del vehículo prestado que B le requiere, por lo que se abstiene de devolvérselo en ese supuestamente peligroso momento. Luego resulta que el fenómeno desvía su curso y que su intensidad era menos ofensiva de lo que se temía.

Cumplimiento de un deber putativo.- En el cumplimiento de un deber putativo, por un error invencible cree el activo que procede en acatamiento de un acto jurídico que le impone el deber que supuestamente ejercita.

A, ignorando que C es albacea de la sucesión de B, no devuelve ni entrega el auto que éste le había prestado para un viaje fuera de la ciudad de varios días, pues tampoco supo del fallecimiento de su amigo, ni ha tenido suficiente tiempo para ponerse al corriente de las novedades habidas durante su ausencia. A su manera de ver supone que su deber es el de conservar la unidad para devolvérsela a su amigo y darle personalmente las gracias.

Ejercicio de un derecho putativo.- En el ejercicio de un derecho putativo el sujeto supone erróneamente que su conducta se ajusta a un derecho del que es titular.

A escucha términos cuyo significado desconoce en el sentido de que el acto jurídico del que emana la calidad de usufructuario que ostenta ha sido revocado, por haberse cumplido la condición (resolutoria) estipulada. Por tal motivo se abstiene de obsequiar la interpelación para devolver al antes nudo propietario la cosa que se le requiere. De momento no capta su entendimiento que su calidad de usufructuario está en entredicho o que ha llegado a su fin y si dispone de recursos legales o no. Su abogado todavía está estudiando el asunto.

No será válido disculpar al activo en los casos en que ha errado en el golpe, se ha equivocado de persona o de delito. La razón es que ninguno de tales tipos



de aberración recae sobre alguno de los elementos objetivos típicos (error inesencial).

5.2.3. Coacción sobre la voluntad. La cuestión a dilucidar sobre este punto, consiste en determinar si la coacción sobre la voluntad constituye una causa de inculpabilidad.

Desde luego que no se trata de un caso de ausencia de conducta, porque la voluntad concurre, aunque esté viciada por la violencia moral.

La coacción sobre la voluntad corresponde, a mi juicio, a una situación de no exigibilidad de otra conducta (aspecto negativo de la culpabilidad), en vista de que tiene que lesionar un bien para evitar el daño objeto de la amenaza o coacción sufrida.

## 6. .CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

La infortunada presencia de normas procesales de creciente complejidad dentro del derecho sustantivo no ha podido menos que generar confusión en cuanto a este tema.

En situación de presumirse la comisión de un delito, de acuerdo con su encuadramiento en algún tipo, ocasionalmente se requiere que dentro del procedimiento el pasivo formule su declaración de agravio en busca de que se proceda contra su ofensor.

Ello ha dado margen equivocadamente para afirmar que se trata de un elemento del delito porque sin ello no procede la imposición de los efectos jurídicos de su comisión. En realidad ni siquiera es válido entonces dictar sentencia aun cuando resulte absolutoria.

Error, porque para el mismo efecto también son indispensables, además de la querrela en su caso, multitud de actos más como la consignación, auto de formal prisión, abrir y cerrar cada uno de los períodos procesales, que no por ello conducen siquiera a pensar que son otros tantos elementos del delito porque en su ausencia tampoco sería válido imponer pena o aplicar medida de seguridad.

Otras reglas como las relativas a la prescripción imponen que no pase más de determinado lapso para la procedencia de pena o medidas, sin que motiven su calificación como elementos del ilícito penal.

Además normalmente la presencia o ausencia de delito se da en función de la conducta del activo y jamás en virtud del comportamiento procesal del pasivo.

De lo anterior mi inclinación a favor de la posición en que se estima que la querrela es condición ajena a la composición del delito, que interesa más que nada como condición para el libramiento de la orden de aprehensión.

En cuanto a su regulación básica, únicamente como uno de los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión en delitos que ameritan sanción corporal, el artículo 16 Constitucional precisa la querrela o la denuncia, con lo que no siempre la ley secundaria parece ajustarse.

6.1. Aspecto positivo. Se habla del aspecto positivo de la querrela cuando existiendo regla en cuanto a su procedencia en algún delito, el pasivo ha formulado su declaración de agravio dentro del procedimiento o en el proceso penal.

Con relación al delito objeto de esta tesis la querrela se requiere en algunas hipótesis, no en otras y a veces es irrelevante, de acuerdo con el extraño sistema incorporado en los artículos 246 y 248 del nuevo Código Penal.

Pueden ser útil el empleo de varios criterios para desprender si el delito en estudio, entre otros, es perseguible por querrela de parte ofendida, en orden al activo, al pasivo y al valor en dinero del objeto material.

En orden al sujeto activo el delito de retención indebida se perseguirá por querrela cuando sea cometido por un cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, parientes hasta el segundo grado, adoptante o adoptado.

Conforme a un segundo criterio, en orden al pasivo, se requerirá la querrela cuando la retención indebida se cometa en perjuicio de un solo ofendido.

En orden al valor en dinero del objeto material, no debe faltar la querrela cuando la cotización del bien no exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

En algunos casos es irrelevante la querrela. Según establece el artículo 248 del Ordenamiento legal invocado, con querrela o sin ella, no se impondrá sanción

alguna cuando el valor del objeto material no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, el agente sea primo-delincuente y repare el daño antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal.

Reza el artículo 246 del nuevo Código Penal:

“Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubieren participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.”

“Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:”

“a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;”

“b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235.”

“c) 237, salvo que el delito se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y”

“d) 239, 240 y 242;”

“Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o el valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.”

Y se lee en el 248:

“ARTICULO 248. No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III, y IX del artículo 224, 228 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubre el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos

cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.”

“En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.”

Salta a la vista que ameritan revisión dichos numerales en cuanto a su redacción y puntuación precipitadas, independientemente de algunos detalles de su original contenido y de la circunstancia de que la querrela, el perdón y la prescripción son materia del Código de Procedimientos Penales debido a que en realidad no son instituciones de derecho sustantivo.<sup>25</sup>

6.2. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. El aspecto negativo de la condición objetiva de punibilidad está dado cuando no se cumpla la exigencia legal de la producción de la querrela. en su caso, por parte del pasivo.

Con respecto al delito en estudio, se da el aspecto negativo de la querrela o condición objetiva de punibilidad, si el pasivo no la ha producido en las hipótesis que siguen:

- Cuando el delito en estudio fuera cometido por un sujeto dotado de las calidades de cónyuge, concubina, pareja permanente, adoptante o aceptado.
- Cuando el valor del objeto material no rebase los cinco mil salarios mínimos.
- Cuando la retención ilícita no sea cometida en contra de dos o más pasivos.

---

<sup>25</sup> Olga Islas de González Mariscal, Op. Cit., Pág. 15.

## 7. PUNIBILIDAD Y PENA.

En el orden de exposición del presente capítulo se ha hecho referencia a la parte de la norma que contiene la descripción del evento delictuoso (tipo) ocupándome brevemente de cada uno de sus componentes.

Hecho lo anterior, corresponde dedicarme enseguida de la otra parte esencial de la norma en la cual el legislador dispone los efectos de derecho que traería consigo para su autor la comisión del delito, asociados a la idea de castigo que expié el daño causado al ofendido. Esto es, que debo tratar el tema de la punibilidad y la pena.

### 7.1. Punibilidad.

Respecto a la punibilidad el problema fundamental a dilucidar consiste en determinar en que consiste, así como el papel que desempeña en cuanto a si es elemento del delito o una consecuencia jurídica para su autor.

La solución varía según dos acepciones que encuentro para el vocablo de punibilidad. Una derivada de los efectos de todo hecho jurídico y, otra, dependiente del contenido de la parte de la norma que señala la sanción aplicable para quien realiza la conducta que prohíbe el tipo o no lleva a cabo la acción que ordena.

A partir del primer punto de vista, como todo hecho jurídico, la comisión del delito es fuente de obligaciones. El deber que la comisión del delito genera a su autor por disposición legal, consiste en la obligación de sufrir la pena prevista en función de la conducta típica que realizara.

Importa destacar que la pena o medida de seguridad solo puede imponerse por el órgano jurisdiccional competente, tras el procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos, de acuerdo con el artículo 6 del nuevo Código Penal.

Esa potencia latente en el delito acerca de que el cometerlo amerita la sanción a que su autor se ha hecho deudor colocándose en los supuestos del precepto, es una primera acepción para el término de punibilidad. Esta consiste de acuerdo con ello en el atributo que la ley asigna al proceder delictuoso para que a su autor se le deba imponer la sanción prevista. Las expresiones de que es punible matar, que es punible robar, que es punible retener ilegítimamente, etc. son algunos ejemplos.

Entre paréntesis destaco que entendida con dicha acepción o significado es evidente que la punibilidad es atributo del delito, en vista de que si falta no hay delito.

Por lo tanto, si es punible determinada conducta o hecho descrita en el tipo corresponde a un delito, y a la inversa: que si no es punible será cualquier cosa menos delito.

Otra forma de hacer referencia a la punibilidad igualmente puede desprenderse del Código Penal vigente. Habla de punibilidad cuando alude a cada intervalo entre el mínimo y máximo de la duración de la pena que proceda para los delitos o grupo de ellos que la prevengan. Las expresiones de “punibilidad para los delitos culposos”, “punibilidad para la tentativa”, etc., confirman este otro significado del vocablo punibilidad en estudio.

A este enfoque del ordenamiento legal corresponde la noción de que la punibilidad consiste en la privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador, según sostiene la maestra Olga Islas<sup>26</sup>, para sancionar al autor del delito por su ilícito, o en la amenaza de pena (Porte Petit).<sup>27</sup>

En cuanto al problema apuntado al principio, definitivamente niego que la punibilidad sea o pueda ser una consecuencia del delito, como tampoco lo es la pena y menos en un sentido naturalístico de uso impropio dentro de una disciplina jurídica.

---

<sup>26</sup> Islas Magallanes Olga, Op. Cit., Págs.80 y Ss.

<sup>27</sup> Celestino Porte Petit, Apuntes tomados en clase, 1963.

Al mismo tiempo que niego lo anterior, afirmo que, según mi punto de vista, la punibilidad (no la pena), con esta segunda acepción o significado, es consecuente del precepto de la norma o tipo (antecedente).

Destaco el que la punibilidad (consecuente) está ligada a su respectivo tipo (antecedente), acorde con la estructura clásica de la norma en la cual si es A (descripción del delito o tipo) debe ser B (la aplicabilidad, señalamiento o descripción de la pena o punibilidad que aplicará el órgano jurisdiccional).

#### 7.1.1. Constitución y punibilidad.

La punibilidad privativa de libertad es básica para la expedición de la orden de aprehensión que sólo podrá ser otorgada por el órgano jurisdiccional, según lo dispone la Carta Magna en el párrafo segundo de su décimo sexto numeral que en su parte relativa reza:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

Igualmente se encuentra ligada a la procedencia de la prisión preventiva que no se impondrá a menos que la punibilidad sea privativa de libertad, de conformidad con el párrafo primero del artículo 18 de la Ley Fundamental que establece:

“ART. 18.-Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto al que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”

En consecuencia, ninguna Constitución local ni ley secundaria podrán disponer el libramiento de orden de aprehensión por autoridad distinta a la judicial, ni sujetar al activo a prisión preventiva si la punibilidad del delito de que se trate no es privativa de libertad.

#### 7.1.2. Código Penal y punibilidad.-

Conforme a las reglas legales, varía la punibilidad según se trate de cada una de las hipótesis señaladas en los puntos que menciono enseguida.

#### 7.1.2.1. Punibilidad para el delito doloso.

En este primer supuesto sólo me referiré al caso de la ilegítima retención.

Para el autor del delito doloso consumado de ilegítima retención, cumplidas las exigencias legales, el artículo 227 del Ordenamiento penal vigente, previene la siguiente punibilidad:

...”I De treinta a noventa días multa, cuando el valor de lo dispuesto no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;”

“II Prisión de cuatro meses a tres años y de noventa a doscientos cincuenta días multa, cuando el valor de lo dispuesto exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;”

“III Prisión de tres a seis años y de doscientos cincuenta a seiscientos días multa, cuando el valor de lo dispuesto exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y”

“IV Prisión de seis a doce años y de setecientos a novecientos días multa, cuando el valor de lo dispuesto excede de cinco mil veces el salario mínimo.”

Puede observarse que cada fracción describe una distinta punibilidad y que la diferencia entre cada una de ellas está determinada por el valor de lo retenido.

Es de aclarar que los días multa no se refieren al salario mínimo diario, sino a la percepción diaria del activo en el momento de cometer el delito (38 CP).

A dichas reglas el precepto del artículo 248 del nuevo Ordenamiento represivo, previene una variante conforme a la cual no se sancionará la ilícita retención, entre otros delitos, cuando su valor no exceda de quinientas veces el salario mínimo, siempre y cuando no concurren dos o más personas, el agente sea primo delincuente, restituye la cosa o indemniza, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal.

El último párrafo del artículo 248 del nuevo Código Penal establece la procedencia de una reducción del 50% de la punibilidad antes puntualizada, si el activo restituye el objeto material o indemniza antes de que se dicte sentencia en segunda instancia.



#### 7.1.2.2. Punibilidad de los delitos culposos.

La punibilidad prevista para el autor de determinado delito culposo, equivale a una cuarta parte de la que se asigna al correspondiente delito doloso básico (76CP).

#### 7.1.2.3. Punibilidad de la tentativa de delito.

La punibilidad para el reo de un delito intentado corresponde a un intervalo que va de una tercera parte de la pena mínima a dos tercios de la máxima prevista para el correspondiente delito consumado (78CP).

#### 7.1.2.4. Punibilidad para el caso de concurso de delitos.

Varía la punibilidad prevista, según se trate de concurso ideal o concurso real.

Para el caso del concurso ideal la punibilidad prevista es equivalente a la suma de la sanción correspondiente al delito con la mayor punibilidad más el cincuenta por ciento de la pena de cada delito que concurra, sin exceder de los cincuenta años (33 y 79CP).

Para el caso de concurso real se establece una punibilidad igual a la que resulta de sumar la del delito que tenga asignada sanción mayor, con el cien por ciento de cada delito que concurra, sin exceder de los cincuenta años.

#### 7.1.2.5. Punibilidad para el delito continuado.

En el caso de delito continuado se aumentarán en un cincuenta por ciento las sanciones correspondientes al delito cometido (80CP).

7.1.2.6. Punibilidad para el caso de la complicidad, auxilio en cumplimiento de promesa anterior y autoría indeterminada.

Para el que participe dolosamente prestando ayuda al activo para la comisión del delito se tiene prevista una sanción equivalente a tres cuartas partes del mínimo y máximo de la punibilidad dispuesta para el delito cometido (80CP).

Igual punibilidad corresponde a quien después de cometido el delito preste auxilio a su autor en cumplimiento de un acuerdo anterior (81CP).

También igual proporción de la punibilidad es aplicable a quienes intervengan conjuntamente en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada uno causó (82CP).

#### 7.1.2.7. Punibilidad para el caso de error esencial vencible.

En el caso de que se realice la conducta bajo un error vencible sobre alguno de los elementos objetivos del tipo, se impondrá la punibilidad del delito culposo si aquel admite esta forma de culpabilidad (83CP).

#### 7.1.2.8. Punibilidad para el caso de error de licitud.

En el caso de que concurra en la comisión del delito un error vencible de licitud o sobre una eximente putativa, el activo será sancionado con la tercera parte del delito de que se trate.

7.1.2.9. Punibilidad para el caso de exceso de alguna causa de licitud.

Para el caso de que al activo incurra en exceso de defensa, estado de necesidad o ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, la punibilidad es equivalente a la cuarta parte de la sanción correspondiente al delito de que se trate, sin perjuicio de cualquier otro aspecto negativo del delito (83CP).

### 7.2. Excusas absolutorias.

En este apartado los autores hacen referencia al aspecto negativo de la punibilidad que se conoce con la designación de excusas absolutorias.

Se explica diciendo que una vez consumado el delito y habiendo arrojado el análisis del caso que todos sus elementos están reunidos, aun es posible que con posterioridad a su comisión sucedan algunos actos y se acrediten diversas condiciones dentro del procedimiento, que el legislador toma en cuenta para dispensar al activo de la pena o medida de seguridad. A estas causas se les conoce con el nombre de excusas absolutorias.

Castellanos Tena escribe al respecto que las excusas absolutorias “son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.”<sup>28</sup>

Una de dichas excusas operan con relación al delito de retención ilegítima.

En efecto, si después de la consumación del ilícito y antes de ser consignada la averiguación previa correspondiente, el activo cubre los daños causados, es primo delinciente y no se condujo en los hechos con violencia ni en coparticipación, de acuerdo con la que dispone el artículo 248 del nuevo Código Penal, se da una de esas causas por virtud de la cual no procede la imposición de la pena prevista.

El fundamento de esto radica en la aplicación de la regla contenida en el artículo 248 del nuevo Código Penal, aplicable al ilícito en estudio.

Reproduzco enseguida dicho párrafo:

“Artículo 248. No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III, y IX del artículo 224, 228 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delinciente, si éste restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubre el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.”

Como puede verse, incluye en sus alcances al tipo contenido en el artículo 229 del Ordenamiento represivo que describe al delito materia de esta tesis.

---

<sup>28</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 271.

### 7.3. Pena.

He expresado que la comisión del delito, por disposición de la ley, produce el efecto jurídico de obligar a su autor a sufrir la pena correspondiente dentro del intervalo establecido por el legislador.

Ese deber de sometimiento a los deberes inherentes a la pena se hace efectivo tras todo un procedimiento de investigación del delito y un proceso judicial que culmina con la sentencia.

Cuando la sentencia que se dicte es condenatoria, en una parte de ella, se dictan pormenorizadamente las acciones que deba realizar o a que deba someterse el reo para purgar su delito.

Dichos actos de ejecución de la sentencia condenatoria realizados en el mundo del ser, son lo que componen la pena.

De acuerdo con un concepto impecable que la maestra Olga Islas aporta consiste la pena fundamentalmente en la particular y concreta privación de bienes que habrá de sufrir el activo como castigo por su delito.<sup>29</sup>

De lo que desprende explicando con toda claridad la figura a comento que la pena es la real privación o restricción de bienes, que tiene las características de ser particular y concreta, que ocurre como ejecución de la sentencia condenatoria y que no hay pena sin punición (condena), ni punición sin punibilidad.

En cuanto a la función de la pena, en el nuevo Código Penal son etiquetadas las sanciones y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas d

Capítulo I (artículos 30 a 32), Título Tercero del Primer Libro.

Aceptable la posición del legislador, aunque amerita una precisión en el sentido de que, en rigor, el efecto de derecho del delito es la generación del deber para el activo de sufrir la pena prevista por la ilícita conducta desplegada.

El deber de sufrir el castigo invariablemente se produce, como consecuencia jurídica de la comisión del delito, independientemente de que dicha obligación se llegue a cumplir o no.

---

<sup>29</sup> Islas Magallanes Olga, Op. Cit., Págs. 80 y Ss.

### 7.3.1. Constitución y pena.

La pena es objeto de regulación en la Carta Magna y en la legislación secundaria.

En la Constitución General de la República se encuentra consagrado el principio de legalidad de la pena, de acuerdo con el cual, según dispone el párrafo tercero de su artículo 14:

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

Igualmente la Constitución prohíbe la práctica de algunos tipos de penas inusitadas y trascendentales, de las que menciona como algunos ejemplos la de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento, la confiscación y la multa excesiva, respetando el principio de humanidad en la parte del numeral que reproduzco enseguida.

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.”

Asimismo, expresamente, en el párrafo final del mismo artículo, prohíbe la Carta Magna la pena de muerte por delitos políticos y respecto a los demás ilícitos dispone que solo podrá imponerse para el traidor a la Patria en ocasión de guerra extranjera, al parricida; al homicida con las agravantes de alevosía, premeditación y ventaja, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar

En consecuencia, el principio de legalidad, así como la prohibición de penas inusitadas y trascendentes y la de muerte, con las excepciones para los reos de los mencionados delitos, tiene validez en toda la República, prevaleciendo sobre las constituciones locales y toda legislación secundaria.

### 7.3.2. Código Penal y pena

Dentro del Título Tercero, bajo el rubro de “Consecuencias Jurídicas del Delito”, en su Capítulo I, (artículos 30, 31 y 32) el nuevo Código Penal distingue entre penas y medidas de seguridad para las personas físicas y morales.

De acuerdo con dichos preceptos la pena no solo puede consistir en privación de la libertad, sino que puede asumir la forma de un tratamiento en libertad para el reo imputable, en períodos de libertad y de prisión, como la de trabajo ya sea a favor de la víctima del delito o de la comunidad, en sanciones pecuniarias, en suspensión o privación de derechos y en la destitución o inhabilitación de empleos públicos.

A las medidas de seguridad las hace consistir, el nuevo Ordenamiento penal, en la supervisión de la autoridad, en la prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en el, en el tratamiento de inimputables o imputables disminuidos, o en un tratamiento de deshabituación o desintoxicación.

Para las personas morales las consecuencias jurídicas de los delitos, que enumera son la suspensión, la disolución, la prohibición de realizar determinadas operaciones, la remoción y la intervención (32CP).

En el nuevo Código Penal en el mismo Título Tercero, de los Capítulos II al XII, cada una de las penas y medidas de seguridad citada son reguladas con todo detalle.

Con relación al delito objeto de este modesto trabajo, por las razones antes expresadas, no resulta posible señalar a priori y en forma generalizada la pena correspondiente, mientras en algún caso concreto el juzgador no la particularice.

Insistiendo ello sólo será posible, repito, hasta que se de en el mundo fáctico un caso concreto y el juzgador imponga en forma particular y concreta la pena que deba sufrir el reo, mediante el acto jurídico procesal de la punición y dentro del intervalo de la punibilidad prevista en su respectiva disposición legal.

#### 7.4. Impunidad.

En relación con los puntos anteriores, sugiriendo que la impunidad sea considerada como el aspecto negativo de la pena, expreso algunas inquietudes acerca de estadísticas difundidas al respecto.

Ningún estudioso puede jactarse de disponer de recursos que le permitan acceder al conocimiento de los datos reales sobre el número total de delitos cometidos en ninguna comunidad, ni en determinada época.

Por tanto, cualquier cifra que se proporcione sobre la proporción entre delitos que se cometen y los ilícitos que son objeto de denuncia, resulta especulativa.

En cuanto a delitos no cometidos que si se denuncian, se carece de cifras estadísticas debido a la dificultad que entrañan. Tampoco las hay en relación con averiguaciones no consignadas siendo posible hacerlo y que permanecen en reserva, o acerca de las que culminan en condena sin existir ilícito en rigor. Hacerlo sería conveniente para la adopción de medidas adecuadas.

Se conoce sin embargo la proporción habida entre delitos investigados en averiguación previa y los que culminan en condena, inferior a dos dígitos, en el Distrito Federal.

Por tanto, la cifra absoluta de aquellos delitos en que, denunciados o no, su autor sufre las consecuencias de la pena, no podría ser mayor a seis y si necesariamente menor.

Ahora bien, siendo tan reducido el número de delitos que culminan con sentencia condenatoria para su autor, cabe cuestionar si la respuesta a la pregunta en torno a si la pena es consecuencia del delito (en el mundo del ser) podría ser afirmativa.

Considero al respecto que mientras subsistan las disparidades anotadas, resulta desmentida por la realidad cualquier afirmación en el sentido de que la pena es consecuencia del delito.

Las cifras estadísticas revelan con toda crudeza que la real consecuencia del delito o la más probable es la impunidad, problema que afortunadamente ha venido siendo discutido y atendido con la atención urgente que su gravedad amerita.

Por ello y por otras razones me declaro escéptico a creer que la pena es consecuencia del delito, si es en el sentido de entender que en realidad siempre al delito sucederá la pena.



## CAPITULO CUARTO.

### Formas de Aparición del Delito.

Después del estudio de los elementos o aspectos del delito en general en el curso de nuestra materia los autores y maestros explican lo que llaman iter criminis, refiriéndose al camino que el hecho antisocial sigue desde su inicio hasta su fin, es decir desde que en la mente del sujeto nace la idea criminosa hasta que logra en forma total su intención dañina, recorrido que, como acertadamente aclara Osorio y Nieto, en quien me apoyo en el desarrollo del presente tema, solamente se da en los eventos dolosos y no así en los imprudenciales.<sup>1</sup>

#### 1. Iter criminis.

La doctrina señala dos fases perfectamente delimitadas del iter criminis, a saber, la interna y la externa.

##### 1.1. Fase interna.

El delito se encuentra en su fase interna cuando el sujeto aun no ha exteriorizado su propósito de llevarlo a cabo.

Dentro de esta fase se encuentran los siguientes momentos que son el de la concepción, el de la deliberación y el de la determinación.

##### 1.1.1 Concepción.

El momento de la concepción se da dentro de la mente del sujeto cuando se genera en ella la idea de cometer un delito determinado.

##### 1.1.2. Deliberación.

En el momento de deliberación, en la fase interna del camino del delito, después de concebida la idea criminal, dentro de la mente de la persona se consideran los factores a favor y en contra de la decisión a tomar respecto a la comisión del ilícito.

---

<sup>1</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Op.Cit., Págs. 77 y Ss.

### 1.1.3. Determinación.

El momento de determinación o resolución de la etapa interna del iter criminis, una vez concluida la fase de deliberación interna, ocurre cuando el sujeto toma la decisión de llevar a cabo su actividad delictuosa.

Al respecto, Osorio y Nieto explica que esta fase interna no es punible en virtud del principio de que nadie puede ser penado por sus pensamientos.

## 1.2. Fase externa.

El delito se encuentra en su fase externa a partir del momento en que empieza a ser exteriorizado en el ámbito de los hechos el propósito que ha tomado el sujeto de delinquir.

Dentro de esta etapa externa del camino del delito, hay a su vez tres momentos que son en el de la manifestación, el de la preparación y el de la ejecución.

### 1.2.1. Manifestación.

En el momento de la manifestación de la etapa externa de la vida del delito, el sujeto expresa sus propósitos de delinquir. Todavía no pasa de las palabras a los hechos, a menos que se estime que proferir éstas constituya el núcleo (verbo principal o rector) del tipo.

Por regla general el simple hecho de expresar las ideas no es sancionable, con la excepción del delito de amenazas que tiene por conducta el simple anuncio de causar un mal al pasivo.

### 1.2.2. Preparación.

Durante los actos preparatorios, en la fase externa del iter criminis, el sujeto despliega los medios tendientes a la comisión del delito que se propuso. En ésta no da comienzo aún la conducta propia del ilícito.

Los actos preparatorios pueden ser unívocos y equívocos

Durante los actos preparatorios unívocos que el sujeto lleva a cabo durante la fase externa del camino del delito, su realización la efectúa de tal manera o son de tal naturaleza los actos que no pueden menos que dar a entender que van encaminados, sin margen de duda, a la comisión de un ilícito.

En cambio, sus actos preparatorios si son equívocos no necesariamente revelan que tenga un propósito dañino el sujeto, sino que pueden indicar cualquier otro tipo de finalidad.

Los actos preparatorios no tienen asociada una amenaza de pena, aunque no falta quien piense que, al menos, los actos unívocos deberían ser prohibidos.

### 1.2.3. Ejecución.

En la fase externa del camino del delito, puede el activo poner de manifiesto su determinación delictiva de una entre dos maneras.

En una de ellas el activo lo hace llevando a cabo parcial o totalmente la serie de actos de que la conducta se compone.

La otra manera de exteriorizar la determinación de cometer algún delito, se da omitiendo el sujeto parcialmente los actos necesarios que debe realizar para impedir un resultado lesivo.

En ambas situaciones es nota esencial para la existencia de la tentativa, que la consumación del delito no se produzca, por causas ajenas a la voluntad del agente.

Entonces, en resumen, tentativa es una realización del activo de varios actos de la conducta, o la omisión parcial de los actos que tiene a su cargo realizar para impedir el resultado típico, sin que obtenga la consumación del delito querido, por causas ajenas a su voluntad.

Hay varias instituciones que es preciso saber identificar en torno a la tentativa, las cuales son el desistimiento y la tentativa inacabada, el arrepentimiento y la tentativa acabada.

Como desistimiento se conoce al hecho de que el activo haya suspendido voluntariamente los actos de ejecución antes de totalizarlos.

En cambio, en la tentativa inacabada, el activo suspende la celebración de sus actos de ejecución delictivos, no por quererlo sino en virtud de causas ajenas a su voluntad.

Arrepentimiento se llama al hecho de que, después de haber efectuado los actos ejecutivos faltando aún el resultado material, éste no se produce en virtud de que el activo realiza enseguida lo necesario con éxito para impedirlo

Por último la tentativa acabada se explica diciendo que en ese caso el activo ha realizado la totalidad de los actos de la conducta, sin obtener el resultado lesivo por causas ajenas a su voluntad.

Osorio y Nieto lo explica con su característica claridad escribiendo que en dichas situaciones “hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado”.<sup>2</sup>

Además de lo anterior, conforme al nuevo Código Penal se ha distinguido la tentativa punible de la que no lo es.

De la primera hace mención en su artículo 20, que reza:

“Artículo 20. (Tentativa punible). Existe la tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”

De la mal llamada tentativa no punible señala en su artículo 21:

“Artículo 21. (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida de seguridad señalada por éste.”

Ha sido mal calificada, a mi juicio, como tentativa. Se trata de arrepentimiento o desistimiento, caracterizados en que, a diferencia de la tentativa la consumación no es lograda por causas dependientes de la voluntad del activo. Lo que no es punible de acuerdo con el contenido de dicho numeral es el arrepentimiento o el desistimiento no una supuesta tentativa.

---

<sup>2</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Op. Cit. Pág. 78.

La sanción para la tentativa está prevista en el artículo 78 del nuevo Código Penal, que dispone:

“Artículo 78. (Punibilidad de la tentativa). La punibilidad aplicable a la tentativa, será de una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.”

#### 1.2.4. Consumación.

El momento de la consumación del delito se presenta una vez que se han realizado todos y cada uno de los actos de ejecución incluyendo, en su caso, el resultado material.

La información obtenida acerca de las figuras expresadas con relación a la vida del delito, encuentran aplicación en cada delito doloso y desde luego en particular en el ilícito objeto de esta tesis.

Consecuentemente, en la retención ilícita es indiscutible que las nociones apuntadas operan. Igual que en todos los delitos dolosos, puede gestarse en la mente de una persona la idea de no devolver determinado bien a su acreedor, ni entregarlo a la autoridad, reteniéndolo, cuando se den los requisitos necesarios para que deba hacerlo. La tentativa, sin embargo, por su parte no será posible porque tan pronto como sean omitidos dichos actos el delito quedará consumado.

#### 2. Concurso de delitos.

Un sujeto puede cometer no solo uno sino varios delitos en forma simultánea o sucesiva. Ese fenómeno es el objeto de estudio del punto conocido como concurso de delitos.

El concurso de delitos puede ser ideal o material.

#### 3. Concurso ideal de delitos

Es ideal el concurso de delitos cuando con una sola conducta una persona comete varios delitos.

Se caracteriza por mostrar unidad de conducta y pluralidad de resultados típicos.

Castellanos Tena explica al respecto “En el concurso ideal o formal –y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto-, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.”<sup>3</sup>

Un ejemplo muy ilustrativo corresponde al de la persona que manejando descuidadamente colisiona su automotor, ocasionando daños, lesiones y muerte en los ocupantes del otro vehículo.

### 2.1. Concurso material de delitos.

El concurso de delitos es material o real cuando con varias acciones u omisiones se cometen sendos delitos.

Lo explica Osorio y Nieto diciendo “Este concurso se da cuando el sujeto activo realiza diversas conductas independientes entre si y produce resultados también diversos, tal sería el caso del que roba un vehículo, y al darse a la fuga atropella y lesiona a una persona, choca con otro vehículo al cual le ocasiona daños en este caso (sic) habrá robo, lesiones, y daño en propiedad ajena. Aquí se aprecia pluralidad de conductas y de resultados, todo ello con relación, obviamente, al mismo sujeto.”<sup>4</sup>

Se caracteriza diciendo que muestra pluralidad de conductas y pluralidad de infracciones típicas.

Lo previene el artículo 28 del nuevo Ordenamiento represivo.

“Artículo 28. (Concurso ideal y real de delito). Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.”

“Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.”

“No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado.”

---

<sup>3</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. Págs. 307 y Ss.

<sup>4</sup> Osorio y Nieto César Augusto, Op. Cit., Pág. 90.

La punibilidad se encuentra en el artículo 79 del nuevo Código Penal que reza:

“Artículo 79. (Aplicación de la sanción en el caso de concurso de delitos). En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.”

“En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código.”

“Artículo 80. (Punibilidad del delito continuado). En caso de delito continuado, se aumentarán en una mitad las penas que la ley prevea para el delito cometido.”

Tres sistemas de represión son posibles para el concurso real, a saber: el de la acumulación material, el de imponer la pena del delito más grave y el de la acumulación jurídica.

En el primero de los sistemas se suma cada una de las penas que correspondan a cada delito cometido.

De acuerdo con el segundo de los sistemas mencionados, se impone la pena del delito más grave.

Por su parte, conforme al método de acumulación jurídica, se impone como base la pena del delito de mayor importancia, aumentable de acuerdo con la de los demás delitos y la personalidad del inculpado.

El nuevo Código Penal adopta esta última para el concurso formal y se inclina por el sistema de la acumulación real para el concurso material de delitos, aunque con un límite en el total que no deberá exceder de 50 años, de acuerdo con su numeral 79 y la última parte del artículo 33 del nuevo Código Penal, que reproduzco enseguida:

“Artículo 33. Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de cincuenta años.”

Habiéndose expuesto las reglas generales sobre la acumulación de delitos, es preciso apuntar si tienen posibilidad de aplicación en el delito de retención.

La acumulación ideal no la estimo de posible operación en la ilegítima retención, en virtud de que esta figura solo es operable en los delitos de resultado material y no en los de mera conducta como es el ilícito en estudio.

En cambio, la acumulación real o material si puede darse en la figura delictuosa objeto de este trabajo, incluida en unión con el abuso de confianza con el que supuestamente se equipara.

#### 4. Participación.

En algunos delitos se requiere en el tipo el concurso indispensable de dos o más sujetos activos, como sucede en el adulterio. No se produce en ellos el fenómeno de la participación. Se trata de los delitos plurisubjetivos.

Otros delitos, los monosubjetivos, que pueden ser perpetrados por una persona, de acuerdo con las notas del tipo correspondiente, en ocasiones se realizan con la intervención de varios activos, dando origen al fenómeno de la participación.

##### 3.1. Concepto.

Castellanos Tena, en quien me baso en el desarrollo del presente punto, conceptúa la participación escribiendo que consiste en la “voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.”<sup>5</sup>

Dicho autor alude a la existencia de múltiples teorías habidas en la doctrina en torno a la participación, que por razones de síntesis agrupa en tres conjuntos, formados por las de la causalidad, las de la accesoriedad y las de la autonomía.

---

<sup>5</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Págs. 294 y Ss.



Para las teorías de la causalidad, según Von Buri citado por Castellanos Tena, “la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.”<sup>6</sup>

Conforme a las teorías de la accesoriedad, se considera autor del delito sólo a quien realiza los actos u omisiones descritos en el tipo y estiman que de haber otras personas que participen en su comisión la responsabilidad de éstas depende del auxilio que presten al autor principal, respecto al cual se suponen accesorios en la medida de que siguen la suerte del principal.

Según las teorías de la autonomía, el delito producido por varios individuos pierde su unidad, al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno con vida propia.

Asimismo, sostienen sus exponentes, que quienes intervienen no son partícipes habida cuenta de la autonomía de su conducta y que, en consecuencia, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás.

Sólo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad o las calificativas o modificativas.

Explica el maestro Castellanos Tena que estas últimas teorías son clasificadas como pluralistas por admitir varios delitos, en oposición a las dos anteriores llamadas monistas o unitarias por estimar que autor y partícipes conducen a un delito único.

De dichas teorías la más aceptable es la de la causalidad, aunque conviene precisar que no necesariamente todos los sujetos que han intervenido en la causa que produjo el resultado típico deben responder de la misma manera sino de acuerdo, fundamentalmente, con las diferencias de la conducta de cada participante, que genera a su vez responsabilidades y penas también diversas.

Concuerda con lo anterior la disposición contenida en el numeral 24 del nuevo Código Penal.

---

<sup>6</sup> Id., Op. Cit., Pág. 295.

“Artículo 24. (Culpabilidad personal y punibilidad independiente). Los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.”

3.2. Grados de coparticipación. Pese a que las conductas de los copartícipes son causa del resultado típico, no siempre lo son en el mismo grado.

Cuando alguien realiza por si solo la concreción del verbo principal del tipo, recibe el nombre de autor material.

Si la realización del verbo rector del tipo es obra de dos o más personas, a cada uno de los sujetos que intervienen en esa autoría conjunta se le conoce con la designación de coautor.

A quien participa en la comisión del delito a través de otro utilizándolo como instrumento, se le conoce como autor mediato.

El que participa instigando dolosamente a otro para cometer el delito, es el autor intelectual.

Los que dolosamente participan prestando ayuda o auxilio para que el autor realice su conducta típica, son los cómplices.

Si alguien con posterioridad a la comisión del delito, presta auxilio a su autor como efecto de una promesa anterior a su ejecución, será conocido como encubridor.

El nuevo Código Penal se refiere a las formas de autoría y participación en su artículo 22.

“Artículo 22. (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito quienes:”

“I Lo realicen por sí;”

“II Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;”

“III Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;”

“IV Determinen dolosamente al autor a cometerlo;”

“V Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión;”

“VI Con posterioridad a su ejecución auxilió al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.”

Conviene tener presente que la mera instigación no es punible por ser actos preparatorios.

Acerca de esto dispone el nuevo Código Penal lo siguiente, en el último párrafo de su artículo 32:

“Artículo 32. Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.”

Al partícipe como cómplice o al encubridor antes mencionado, corresponde una pena reducida, de acuerdo con el artículo 81 del nuevo Ordenamiento represivo.

“Artículo 81. (Punibilidad de la complicidad). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.”

Una vez tocadas las formas de participación, dentro de este punto, se hace referencia al delito emergente que no requiere más explicación que lo que previene con toda claridad el artículo 25 del nuevo Código Penal.

“Artículo 25. (Delito emergente). Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, según su propia culpabilidad, cuando concurren los siguientes requisitos:”

“I Que sirva de medio adecuado para cometer el principal;”

“II Que sea una consecuencia necesaria o natural de aquel, o de los medios concertados;”

“III Que hayan sabido antes que se iba a cometer; o”

“IV Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

### 3.3. La coparticipación en el delito de ilegítima posesión.

En este punto considero que la mejor manera de tocarlo radica en considerar primero la posibilidad de cada una de las formas de participación, precedidas de un ejemplo que la confirme.

Ni duda puede concebirse en torno a que pueda existir el autor material.

A, perfectamente conciente de que debe devolver a B la cosa que le pidió guardar momentos antes, no lo hace cuando este se lo pide, ni la entrega a la autoridad, pudiendo haberlo hecho de inmediato.

Igualmente segura es la posibilidad de la figura de la coautoría en la ilegítima retención.

Variando un poco el ejemplo anterior, X y Z son deudores correales del bien que B les encargó momentos antes, pero no lo devuelven a pesar de que pueden hacerlo enseguida y de que saben que deben hacerlo, ignorando la petición expresa del depositante. La idea de entregarla a la autoridad igualmente la desechan.

Al lado del autor material puede ser coparticipante un autor intelectual en el delito en estudio.

X muy convincentemente, solo por fastidiar a B, induce a A para que no devuelva la cosa que recibió del segundo nombrado, para recogerla a su regreso, por más que este lo requiere en todas las formas y tonos. También logra convencerlo para no entregarla a la autoridad.

El que alguna persona participe en la retención indebida como autor mediato, no lo creo posible.

Cómplice si lo puede haber. Un ejemplo podría radicar en el caso donde Z dándose cuenta de que su amigo A debe devolver o entregar la cosa que B le pide, se la lleva y la oculta hasta que el depositante se aleja molesto.

También puede actuarse como encubridor.

Cuando B regresa con unos agentes policíacos se encarga de esconder a A como lo habían acordado antes de cometer su fechoría.

En resumen, todas las formas de participación pueden operar con relación al delito tema de mi tesis, con la probable excepción de la autoría mediata.

## CONCLUSIONES.

Del estudio dogmático practicado sobre la figura prevista en el artículo 229 del nuevo Código Penal y sancionada por el 227 del mismo Ordenamiento, en busca de desentrañar los elementos del delito objeto de esta tesis, se obtienen las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Como lo revelan las primeras legislaciones de que en el Distrito Federal se tiene registro, es evidente que existe el propósito de la sociedad organizada en forma de Estado de tutelar el derecho de obtener la devolución de los bienes que una persona entregue a otro, mediante acciones civiles o a través de la vía penal.

SEGUNDA.- Una de las respuestas del legislador a este interés social se traduce en el vigente artículo 229 del nuevo Código Penal, estableciendo el deber de devolver un bien directamente a la persona facultada para recibirlo una vez que lo requiera formalmente.

TERCERA.- Delito de ilícita retención fundamentalmente es la típica omisión de cumplir con el deber de devolver una cosa reteniéndola, cometida por una persona culpable.

El aspecto negativo de su conducta es posible ya sea porque en realidad no se haya producido la retención o ésta sea o haya sido involuntaria.

CUARTA.- El tipo relacionado que lo previene y con el que todas sus notas deben concordar, fundamentalmente se encuentra en el artículo 229 del nuevo Código Penal, así como en las normas de la parte general que establecen los elementos de todo delito.

Es posible en la retención indebida la ausencia de tipicidad si las omisiones de devolución y de entrega no se adecuan a las exigencias del tipo mencionado.

QUINTA.- Los elementos objetivos localizados en el tipo que describe el delito de retención indebida son la descripción de lo siguiente:

Uno, del bien jurídico consistente en el derecho del pasivo de recuperar del activo el objeto material que previamente le haya entregado.

Dos, del sujeto activo, es decir, quien se abstenga de devolver al pasivo y, en su defecto, de entregar a la autoridad, el objeto físico, cuando deba realizar dichas prestaciones.

El activo habrá de ser tenedor precario (detentador) o no precario (poseedor) del objeto material del delito en estudio.

También el activo habrá de tener a su cargo el deber de devolver el objeto material al pasivo.

Adicionalmente, se requiere que este deber le sea ya exigible, conforme a las modalidades de la obligación que operen en cada caso, convencionales o supletorias de acuerdo con la legislación común.

También es requisito indispensable que jamás sea omitida la interpelación que describe el tipo, incluso en las obligaciones de dar con plazo, para tener la calidad de activo.

Si la obligación de dar es sin plazo la devolución podrá llevarse a efecto dentro de los treinta días que sigan a la interpelación.

En forma conjunta con lo anterior, que el activo se encuentren estado de mora o en incumplimiento.

También el activo deberá ser mayor de edad imputable y culpable en el momento de realizar el delito de retención indebida

Tres, del sujeto pasivo que es la persona dotada de la titularidad del derecho a obtener del activo la devolución del objeto material.

Fundamentalmente, no tendrá esa facultad, o ésta no podrá ejercitarla válidamente, en tanto no realiza la interpelación al activo requiriéndole la devolución del objeto material del delito y transcurre el plazo legalmente dispuesto para las obligaciones de dar sin plazo. Tampoco la tendrá si de acuerdo con las normas que regulen la fuente de la obligación carece de la calidad de acreedor del activo con relación a la prestación de dar materia del delito estudiado o si esta prestación no es exigible en función del tiempo y del lugar.

Cuatro, del objeto material que deberá ser un bien mueble susceptible de ser valuado en dinero conforme a las variaciones del salario mínimo.

Cinco, de la conducta. El tipo que previene el delito de retención indebida determina que la conducta constitutiva de este ilícito consista en la no devolución del activo al pasivo del objeto material y, a falta de lo anterior, en no entregarlo a la autoridad.

SEXTA.- Los elementos valorativos del tipo estudiado son la descripción de lo siguiente:

Uno, del deber de no retener un bien, devolviéndolo directamente al pasivo o por conducto de la autoridad, que es lo que se sanciona en la norma jurídico-penal compuesta por los artículos 229 (precepto) y 227 (sanción) del nuevo Código Penal

Dos, de la violación al deber jurídico que se dará con el incumplimiento del activo a su obligación de devolver el objeto material al pasivo directamente o a través de su entrega a la autoridad.

Tres, de la lesión del bien jurídico que se produce al no hacerse efectivo por el activo el derecho del pasivo de obtener la devolución del objeto físico de la obligación. Al mismo tiempo que el activo no cumple la obligación que le impone el tipo, se viola o lesiona el correlativo derecho del pasivo o el bien jurídico tutelado.

SEPTIMA.- Para ser delictuosa o indebida la retención no solo es necesario que la omisión de devolver y de entrega coincidan con las especificaciones del tipo indicado, sino que también es indispensable que violen las normas que previenen el deber de hacerlo, es decir, que sea antijurídica además de típica.

Es posible su aspecto negativo en la figura estudiada, fundamentalmente porque no tenga el deber el pretendido activo de devolver el bien requerido o sea titular del derecho de conservarlo, además de las demás justificantes.

OCTAVA.- En cuanto al sujeto activo, quien realice las omisiones de devolución y de entrega debe ser mayor de 18 años además de tener la aptitud de querer y entender, en el momento de realizar su ilícito, requisito que puede darse o no, en cuyo caso se estimará respectivamente que es o no imputable.



Si es menor de 18 años no le son aplicables las normas del derecho penal y si es inimputable por trastorno mental transitorio se da el aspecto negativo en el delito de retención ilícita.

NOVENA.- También por lo que hace al activo para la existencia del delito estudiado es indispensable que además de que en ejercicio de esa capacidad tenga conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de la ilicitud de su retención, de la existencia de la ley, del alcance de ésta y de que su conducta es injustificada.

Igualmente para ser culpable, también se requiere que dadas determinadas circunstancias especiales del caso le sea exigible al activo la devolución y entrega que haya omitido.

La falta de culpabilidad es posible en la retención indebida por falta de conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de la ilicitud de su conducta y por no exigibilidad de otro comportamiento.

Solo es punible la comisión dolosa del delito de retención indebida. No se dispone sanción penal para la comisión culposa.

DECIMA.- Es perseguible por querrela de parte el delito de retención indebida, cuando sea cometido por un cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, parientes hasta el segundo grado, adoptante o adoptado; cuando se cometa en perjuicio de un solo pasivo; cuando el valor del bien no exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

Faltarán el aspecto negativo de la querrela en este delito, si dándose los supuestos anteriores el pasivo no la ha producido.

DECIMO PRIMERA.- Al autor del delito doloso de retención ilegítima se le impondrán las penas previstas en el artículo 227 del nuevo Código Penal.

Es posible la existencia de un caso de excusa absolutoria en el delito de retención indebida, en el que se dispense de la sanción corporal al que repare el daño antes de ser consignada la averiguación previa, no se condujo con violencia ni en coparticipación.

## PROPUESTA

Pongo fin a este modesto esfuerzo proponiendo algunos cambios a la legislación penal y civil, no solo de forma sino también de fondo.

Dentro de la primera de ellas, considerando algunas de las observaciones que he venido haciendo en el curso de esta tesis, siento que el artículo 229 del nuevo Código Penal amerita ser reformado en el sentido que sigue:

**Artículo 229. Se aplicarán las mismas sanciones del abuso de confianza, a quien retenga omitiendo devolver cuando deba hacerlo de acuerdo con la legislación aplicable al acto jurídico fuente de dicha obligación, el objeto u objetos de naturaleza mueble, que la persona con derecho exigible a obtener tal prestación le requiera en forma oral ante dos testigos o escrita con acuse de recibo.**

**En el caso de que el deber de efectuar la devolución requerida esté sujeto a plazo para que proceda la restitución del bien mueble, está deberá efectuarla su tenedor dentro de dicho lapso, sin necesidad de interpelación.**

**Cuando la obligación a que se refiere el párrafo anterior no se encuentre sujeta a plazo u opere alguna otra modalidad, se procederá con apego al vigente Código Civil local o a la legislación aplicable de la que aquella se derive.**

Brevemente destaco enseguida las diferencias principales entre el texto legal aludido vigente y lo que propongo.

En esta sugerencia de reforma puede desde luego comprobarse que sin necesidad de equiparar una actividad como el acto de disponer y una inactividad como la abstención de devolver o entregar, es posible lograr el propósito de que las penas previstas para un ilícito procedan para otro sencillamente expresándolo así.

Una modificación mas toca al bien objeto material, que estriba en circunscribirlo a aquellos que tengan la calidad de mueble, punto en el que el artículo 229 del nuevo Código Penal es omiso y poco claro.

Practicar de la interpelación en la nueva forma que sugiero pretende lograr en cada caso la convicción de que al activo le fue requerida la devolución del objeto material sin lugar a dudas y con apego a una norma jurídica más clara que las vigentes.

El que proponga deje de ser necesaria la practica de la interpelación en los casos de las obligaciones de dar con plazo, busca la concordancia actualmente ausente entre lo que prescriben el Código Civil y el Código Penal sobre un mismo supuesto normativo y contribuiría de paso a que la justicia gane en celeridad.

En tanto al respecto no cambien las reglas, por un lado, de acuerdo con el artículo 229 del nuevo Código Penal, cuando se esté en presencia de una obligación de dar con plazo consistente en devolver el objeto material del delito, será elemento típico indispensable aunque redundante el que el pasivo haya interpelado formalmente al activo, mientras que, por otra parte, en los términos de la fracción I del numeral 2104 del Código Civil para el Distrito Federal, en la misma hipótesis, no es precisa dicha petición para que la devolución de la cosa sea exigible, atento al principio conforme al cual el plazo hace las veces de interpelación.

Hay que admitir que en cambio tal discrepancia no se da entre ambos Ordenamientos tratándose de obligaciones de dar sin plazo. Tanto el artículo 229 del nuevo Código Penal y el numeral 2080 del Código Civil, coinciden en que el requerimiento es imprescindible para la exigibilidad del deber de devolver el objeto material. Tampoco hay oposición en cuanto a que es legalmente necesario esperar hasta treinta días tras el acto de la interpelación, para reclamar el cumplimiento de la prestación debida.

Sin embargo el referido plazo me parece excesivo, por lo que sugiero en líneas posteriores considerar la conveniencia de reducir esa cifra a sólo tres días o menos.

La diferencia de mayor importancia radica en que expreso mi propósito de que se suprima de los elementos del tipo lo relativo a la omisión de entrega a la autoridad del objeto material, como condición para que proceda la pena establecida para quien no lo devuelve.

La razón fundamental, es que el precepto actual es demasiado amplio. Conforme al mismo, basta con que el moroso deudor decida, por cualquier motivo y no por especiales razones justificantes, entregar a la autoridad, usándola como su intermediario a su capricho, el bien en lugar de devolvérselo al pasivo, para que su actuación pretendidamente se ajuste derecho aprovechando la opción que le concede el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

De ser eliminada como elemento del tipo la omisión de entrega del objeto material del delito estudiado a la autoridad, en principio será obligatorio para el activo devolver el bien que pretende retener y solamente de manera excepcional podrá el deudor entregar el bien al órgano jurisdiccional civil competente, por aplicación de las normas que regulan las diligencias de consignación en pago, sus requisitos y el efecto fundamental de tener al deudor por liberado de su obligación de dar.

También, de ser eliminada como elemento del tipo la omisión de entrega del objeto material a la autoridad para que válidamente pueda optar por ello a su capricho, la consumación se produciría cuando el activo no devuelva al pasivo el bien mueble objeto material del delito, una vez desde luego satisfechos los requisitos para ello.

Ello no impediría que, solo en aquellos casos en lo justifiquen legalmente y no de manera indiscriminada, cuando el propio supuesto pasivo obstaculice el cumplimiento del deber de que se le devuelva el bien o esta conducta no sea posible, en ejercicio de su derecho, el tenedor supere ese obstáculo consignando o entregando el objeto material a la autoridad competente, no cometiendo así el delito tema de esta tesis.

En cuanto hace a reformas a la legislación civil, a mi manera de sentir sería muy conveniente el que el plazo para la devolución del bien mueble objeto material del delito en estudio se reduzca de treinta días a tres o menos de acuerdo con mejor opinión, habida cuenta de que un mes resulta excesivo, con base fundamentalmente en la suposición de que el hecho de que las partes no

fijen un plazo de espera para el surgimiento de las obligaciones revela su voluntad en el sentido de que se cumplan de inmediato.

También sería deseable obtener una claridad más nítida en cuanto a la forma de practicar la interpelación extrajudicial cuando se opte por ella, ya que de tener éxito lo que propongo enseguida no cabría la duda que el actual artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal, en vigor, genera respecto a si dicho requerimiento puede ser practicado de cualquier manera o necesariamente ante un notario o frente a dos testigos, con la consecuente discusión evitable al menos en cuanto a esa regla y opuesta a la necesidad de interpretación estricta cuando las disposiciones tienen aplicación en materia penal.

En consecuencia, además de la reforma al tipo penal referido, me permito sugerir la conveniencia de que el actual artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal, igualmente sea objeto de cambios con el sentido siguiente:

**Art. 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los *tres* días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente; ya en lo extrajudicial *en forma oral ante dos testigos o escrita con acuse de recibo*; ya ante un notario. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.**

Finalizando externo mi esperanza de que lo propuesto se considere digno de tomarse en cuenta, para llevarlas a cabo, de estimarse convenientes, en la primer oportunidad que se busque o presente.

## BIBLIOGRAFIA.

1. Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, 14ª. Edición, México, 1986
2. Castañeda Villegas Manuel, Problemática De La Legítima Defensa, México, 1963.
3. Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales De Derecho Penal, Editorial Porrúa, 43ª Edición., México, 2002.
4. Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, 9ª. Edición, Editora Nacional, México, 1955.
5. Esquivel Obregón Toribio, Apuntes Para La Historia Del Derecho En México, Editorial Polis, México, 1937.
6. González De La Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 11ª. Edición, México, D. F., 1961.
7. Gutiérrez y González Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos De La Personalidad, Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1971.
8. Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1878.
9. Islas Olga Y Elpidio Ramírez, Lógica Del Tipo En El Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.
10. Islas de González Mariscal Olga, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, 4ª Edición, Trillas, México, 1998.
11. Jiménez Huerta Mariano, La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1955.

12. Legislación Indigenista De México, Núm. 38 De Las Ediciones Del Instituto Indigenista Interamericano.
13. Lemus García Raul, Sinopsis Histórica Del Derecho Romano, Editorial Limsa, México, 1962.
14. López Betancourt Eduardo, Introducción Al Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1993.
15. López Betancourt Eduardo, Imputabilidad y Culpabilidad, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1999.
16. Margadant, Guillermo Floris, Introducción A La Historia Del Derecho Mexicano, U.N.A.M., México, 1971.
17. Rodolfo Menarque Ureña. Derecho Procesal Penal Esquemático, Editorial Porrúa, México, 2002.
18. Osorio Y Nieto César Augusto, Síntesis De Derecho Penal, Parte General, 2ª. Edición, Editorial Trillas México, 1986.
19. Pavón Vasconcelos Francisco, Manual De Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, 4ª. Edición, México, 1978.
20. Pavón Vasconcelos Francisco, La Tentativa, Editorial Porrúa, 3ª. Edición, México, 1982.
21. Porte Petit Celestino Candaudap, Importancia De La Dogmática Jurídico Penal, Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954.
22. Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos A La Parte General De Derecho Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, 1ª. Edición, México, 1982.
23. Porte Petit Candaudap Celestino, Robo Simple, Editorial Porrúa, México, 1989.
24. Porte Petit Candaudap Celestino, Programa De La Parte General De Derecho Penal, Editorial Universidad Nacional Autónoma De México, 2ª. Edición, México, 1968.

25. Porte Petit Candaudap Celestino, Evolución Legislativa Penal En México, Editorial Jus Mexicana, México, 1965.
26. Ramírez Hernández Elpidio, Análisis Lógico Formal Del Tipo En El Derecho Penal, México, 1968.
27. S. Macedo Miguel, Apuntes Para La Historia Del Derecho Penal Mexicano, Editorial Cultura, México, 1931.
28. Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1956.



## LEGISLACIÓN.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 2005.
2. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2005.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2005.
4. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa México, 2005.
5. Código Penal Federal, Editorial Sista, México, 2005.
6. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2005.
7. Código Penal para el Estado de Jalisco, Editorial Sista, México, 1994.
8. Código Penal para el Estado de Michoacán. Editorial Sista. México. 1991.
9. Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores, Página Web.