



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

718

Implicaciones del Derecho
Penal y Civil en la
Transmisión de la
cosa Ajena

TESIS

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

MARIBEL RONQUILLO JARILLO

México, D. F.

1986.



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.

DER 718

A Mi Asesora:

Maestra María Antonieta Landeros Camarena :

Agradezco el apoyo brindado durante la realización de este trabajo, ya que con su atinado juicio al dirigirme; así como su colaboración y ayuda, hicieron posible mi realización, para alcanzar la meta propuesta.

A Mi Asesor:

Licenciado Enrique Landeros Camarena.

Deseo agradecer de igual manera, el interés demostrado, y su profesional asesoría, para conformar este trabajo.

Francisco Chávez H.

Le manifiesto un amplio reconocimiento por los consejos recibidos en el desarrollo de este trabajo.

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO I	
1.- ESTUDIO DE LOS DELITOS IMPLICADOS EN LA TRANSMISION DE COSA AJENA	
1.1.- Concepto	1
1.2.- Clasificación	9
1.3.- Tipo	13
1.4.- Funcionalidad del tipo	20
1.5.- Elementos positivos y negativos del Delito	30
CAPITULO II	
2.- FORMAS DE ESTABLECER LA TRANSMISION DE COSA AJENA.	
2.1.- Compraventa	94
2.1.1.- Concepto	95
2.1.2.- Elementos esenciales y requisitos de validez	101
2.1.3.- Derechos y Obligaciones de los contratantes	137
2.1.4.- Problemática de la venta de cosa ajena.	154
2.2.- Posesión	164
2.2.1.- Concepto	165
2.2.2.- Elementos	170
2.2.3.- Clasificación	176
2.2.4.- Vicios y efectos jurídicos de la posesión	181
CAPITULO III	
3.- CAUSAS Y EFECTOS DE LA TRANSMISION DE COSA AJENA QUE GENERAN DELITOS.	
3.1.- La conducta y el consentimiento, su significación en el ámbito Penal y Civil	198
3.2.- El objeto su significación en el ambito Penal y Civil	202
3.2.1.- Objeto jurídico del Delito en relación con el objeto directo de los actos o hechos jurídicos	203
3.2.2.- Objeto material en su interpretación Penal y Civil	206
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

Para elaborar un análisis objetivo del presente tema, es necesario primeramente establecer el problema del mismo. Al hablar de "Implicaciones del Derecho Penal y Civil en la Transmisión de la Cosa Ajena"; tratamos de encontrar todos — los posibles delitos que surgen entre la relación jurídica, del que transmite — una cosa sin ser propietario o legítimo poseedor de la misma, y el que la ad— quiere. Ahora bien, dentro de dicha relación el móvil de importancia, lo cons— tituye la cosa y la característica de ajena, porque la cosa es el objeto indi— recto y elemento esencial de toda transacción jurídica.

Partiendo de este orden de ideas, trataremos de entender el significado de cosa y la particularidad de ajena.

Cosa proviene del Latín "causa", todo lo que es o existe, desde el sentido fami— liar y común, se entiende como elementos corpóreos o incorpóreos del mundo exte— rior, que pueden ser útiles o crear una satisfacción al hombre. Dentro de las cosas hay unas que se caracterizan por ser objeto de apropiación, y crear así — mismo derechos y obligaciones, a estas cosas se les denomina bienes.

Bien deriva del Latín "bonum", que significa bienestar, y el verbo "beare" sig— nifica hacer feliz. Es así estimable una diferenciación entre cosa y bien, — constituida por la idea de apropiación.

Messineo considera que "...El criterio diferencial entre cosa y bien parece que se debe poner en lo siguiente: que la cosa es por sí entidad extrajurídica; es, en cierta manera, un bien en estado potencial y se convierte en tal cuando se — la hace materia de una particular calificación jurídica; tal calificación esta— ría constituida por la idoneidad de la cosa para dar cumplimiento a una determi— nada función económica y social, objetivamente considerada; por tanto, bien, en sentido jurídico, sería una cosa idónea para dicha función..." (1).

Así "... Las cosas para constituir el objeto de una relación jurídica deben tener la calidad de bienes, lo que equivale a decir que deben ser útiles, aptas — para satisfacer una necesidad humana, requisito indispensable, para que exista un interés legítimo tutelable..." (2).

1.- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. Ediciones — Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina, 1964. Pág. 259.

2.- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1958. Pág. 26.

De lo anterior, podemos determinar, que la cosa será objeto material de una relación jurídica, siempre y cuando se trate de un bien que satisfaga necesidades por ende con función económica, y susceptible de apropiación.

Cabe señalar que nuestra ley usa indistintamente la palabra cosa y bien, aunque doctrinariamente se distinguen por la apropiación.

El Código Civil, no define que debemos entender por cosa o bien, solo determina que pueden ser objeto de apropiación, todas las cosas que no están excluidas — del comercio. (Art. 747). y complementa estableciendo que;

"...Art. 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Art. 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las — que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposi — ción de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular..."

Asimismo, establece los requisitos que debe satisfacer la cosa al disponer;

"...Art. 1825.— La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza;— 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comer — cio..."

En cuanto a la clasificación jurídica de los bienes, tanto la doctrina, como la legislación a seguido diversidad de criterios; dichas clasificaciones son consideradas tomando en cuenta cada una de las características que las difieren, así algunos bienes tendrán cualidades naturales, mientras otros cualidades jurídicas lo que significa que la posibilidad de funciones jurídicas del bien sean muy — variadas.

La clasificación más usual considerando el Código Civil y la doctrina es la si — guiente:

- | | |
|---|--|
| 1.- Por su movilidad o inmovilidad. | A).- Muebles
B).- Inmuebles |
| 2.- Personas a que pertenecen. | A).- Dominio del Poder Público
B).- Propiedad privada |
| 3.- Situación de duda que se encuentre frente al titular. | A).- Mostrencos
B).- Vacantes |
| 4.- Apreciación de los sentidos. | A).- Corporales
B).- Incorporales. |
| 5.- Posibilidad de remplazamiento | A).- Fungibles
B).- No Fungibles. |

- 6.- En relación con el uso. A).- Consumibles
 B).- No consumibles
- 7.- Posibilidad de fraccionamiento A).- Divisibles
 B).- Indivisibles
- 8.- En cuanto a su constitución A).- Simples
 B).- Compuestas
- 9.- Por su sumisión a juicio A).- Litigiosas
 B).- No litigiosas.
- 1.- Bienes muebles e inmuebles;

Bienes muebles.- Son "... Los susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro sin alterar su forma ni substancia..." (3).

El Código Civil establece dos clases; por su naturaleza o por disposición de la ley. Sin embargo, Rafael Rojina Villegas comenta "... Es posible hacer una tercera categoría como se establece en la doctrina: muebles por anticipación, es decir, todos aquellos bienes que están destinados a ser separados de un inmueble, que necesariamente habrán de adquirir en el futuro categoría de muebles -- aunque en el presente sean inmuebles..." (4).

La ley determina así, dos clases de muebles tomando en consideración sus cualidades y designando de esa forma dos papeles distintos; uno jurídico, otro natural, como veremos al Código Civil nos dice "... Art. 753.- Son muebles por naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. Art. 754.- Son muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen -- por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal..."

Bienes inmuebles.- A contrario sensu, son aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro, su fijeza es lo que establece dicha característica.

Dentro de esta clase de bienes, también encontramos los llamados inmuebles por destino que se entienden como; "...muebles por su naturaleza, pero que son considerados como inmuebles, por ser accesorios importantes, de un inmueble al --

3.- De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 30

4.- Derecho Civil Mexicano. Bienes. Derechos Reales y Posesión. T. III. 6a. Ed.- Editorial Porrúa, S. A.; México, D. F. 1985. Págs 281-282.

- que están ligados..." (5).

Nuestro Código Civil hace una enumeración de los bienes inmuebles a saber:

"...I. El suelo y las construcciones adheridas a él;

II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos-pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;

III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no puede separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;

IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;

V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;

VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;

VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, las semillas necesarias para el cultivo de la finca;

VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;

IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;

X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;

XII. Los derechos reales sobre inmuebles;

XIII. El material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas..." (Art 750).

2.- Bienes del Dominio del Poder Público y Bienes de Propiedad privada;

Bienes del Dominio del Poder Público.- Son aquellos que son propiedad, de la — Federación, Estados o a los Municipios, estos a su vez son considerados; de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios.

Los de uso común se consideran inalienables e imprescriptibles; son aquellos — que son aprovechables por todos los habitantes con ciertas limitaciones esta— blecidas por la ley.

Respecto a los bienes de servicio público y los bienes propios el Código Civil establece que "... pertenecen en pleno dominio a la Federación, a los Estados o a los Municipios; pero los primeros son inalienables e imprescriptibles, — mientras no se les desafecte del servicio público a que se hallen destinados.." (Art. 770).

Bienes de Propiedad privada.- Son aquellos bienes que el dominio pertenece conforme a la ley, a un determinado sujeto o sujetos, y de los que, ninguno puede aprovecharse si no es con el consentimiento del dueño, o por autorización de — la ley.

3.- Bienes mostrencos y Bienes vacantes;

Bienes mostrencos.- Abarcan los bienes muebles abandonados o perdidos y cuyo — dueño se ignore, nuestro Código Civil especifica; El que encontrare la cosa de— berá de entregarla a la autoridad del lugar o a la más cercana, si el hallazgo se realiza en lugar despoblado. (Arts. 774 y 775).

Bienes vacantes.- Son los bienes que no tienen dueño cierto y conocido. El artículo 786 del Código Civil dispone "... El que tuviere noticia de la existencia de bienes vacantes en el Distrito Federal, y quisiere adquirir la parte que la ley le da al descubridor, hára la denuncia de ellos ante el Ministerio Público— del lugar de la ubicación de los bienes..."

4.- Bienes corporales e incorporales;

"... Tradicionalmente se había establecido una enérgica distinción entre los — bienes, los unos como cosas; se les llamaba corporales, los otros, como dere — chos se les llamaba bienes incorporales; nuestro Código Civil ya no acepta esta distinción; pero sí queda en ella un reflejo..." (6).

6.- Ibarrola, Antonio. Op. Cit. Pág. 73

Bienes corporales.- Tienen el carácter de corporales, aquéllos que son apreciados por los sentidos, o bien que pueden tocarse.

Bienes incorporeales.- Son incorporeales, llamados también, como inmateriales; son los que sólo pueden percibirse intelectualmente, y no pueden tocarse.

5.- Bienes fungibles y no fungibles;

Bienes fungibles.- "...Son bienes fungibles aquellos que tienen un mismo poder liberatorio, es decir, que sirven como instrumentos de pago con un mismo valor y que; por lo tanto, pueden ser reemplazados en el cumplimiento de las obligaciones..." (7).

Es decir pueden ser intercambiables porque se determinan en cuanto a su género, cantidad y calidad.

Bienes no fungibles.- No pueden ser intercambiables dado que no poseen el mismo poder liberatorio equivalente, tienen una individualidad característica, o bien aquellos muebles, que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

6.- Bienes consumibles y no consumibles;

Bienes consumibles.- No desarrollan un uso prolongado, también son conocidos como consumibles de primer uso, dado su naturaleza, son agotados en la primera ocasión, no son susceptibles de un uso reiterado y constante.

Bienes no consumibles.- Son aquéllos que permiten un uso reiterado y constante, y tienen una utilidad permanente.

7.- Bienes divisibles e indivisibles;

Bienes divisibles.- "...Son aquéllos bienes que pueden fraccionarse de modo que las singulares partes resultantes de la división tengan la misma función que el todo y por tanto, entre las partes y el todo haya diferencia de cantidad más que de calidad..." (8).

Igualmente.- "...En derecho son divisibles las cosas que pueden reducirse a partes sin que por el fraccionamiento se altere la esencia o la forma de la

7.- Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit., Pág. 270

8.- Biondi. Los Bienes, 2a. Ed. Bosch Casa Editorial; Barcelona, 1961. Pág. 94

cosa. Todas las demás son indivisibles..." (9).

Bienes indivisibles.- Son aquellos que si llegasen a fraccionarse, no tendrán — la misma función que tenían destinada antes de su división.

8.- Bienes simples y compuestos;

Bienes simples.- "... Son los constituidos por una individualidad orgánica unitaria, pudiendo ser suministrados no solamente por la naturaleza sino también — artificialmente..." (10).

Bienes compuestos.- Se consideran aquéllos en que el hombre interviene en su — creación, se encuentran formados por la unión o agregación de diversidad de partes que constituirían un todo.

9.- Bienes litigiosos y no litigiosos;

Bienes litigiosos.- Son aquéllos bienes en los cuales sus derechos se encuentran en disputa judicial, quedando sometidos al resultado del juicio. "...Solo la — sentencia puede precisar cuál es el derecho cierto, de modo que los derechos relativos a bienes litigiosos, son imprecisos e inciertos puesto que están sujetos al sentido en que se dicte la sentencia. Esta cualidad produce algunos — efectos jurídicos..." (11).

Bienes no litigiosos.- Son aquéllos que no se encuentran en disputa, es decir, — no están sometidos a ningún juicio.

Es considerable la clasificación antes expuesta, porque establece las cualidades y características en los bienes existentes, determinando de esa forma un — papel susceptible de apreciación y diferenciación no solo desde el punto de vista civil, sino también penal.

Teniendo así una imagen de lo que entendemos por bien, sería conveniente referirnos al término "ajeno"; pero para ello es necesario involucrarnos al concepto de patrimonio¹ y propiedad, para entender y lograr el objetivo propuesto.

9.- Fernández Aguirre, Arturo. Derecho de los Bienes y de las Sucesiones. Editorial Cájica; Puebla, México, 1963. Pág 22

10.- De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág 36

11.- Fernández Aguirre, Arturo. Op. Cit. Pág 25

El patrimonio se ha definido como "... un conjunto de obligaciones y derechos— susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho..." (12)

En dicha definición se encuentran dos elementos; uno el activo constituido por el conjunto de bienes y derechos, caracterizados por su apreciabilidad - en dinero, y el pasivo; por el conjunto de obligaciones y cargas, o bien como "...La universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria pertenecientes a una persona..." (13)

Entendemos así al patrimonio en dos aspectos; en el económico, cuando dicho patrimonio tiene como función la satisfacción de necesidades; y en sentido jurídico entendemos como el conjunto de relaciones jurídicas que competen a una persona.

Dentro del elemento activo del patrimonio, es decir los bienes y derechos, encontramos los derechos reales y personales.

En cuanto al derecho real Lacantinerie lo define como;

"... Es el que ejercitamos en forma inmediata sobre una cosa. Es una facultad - en virtud de la cual aquélla nos pertenece, ya en su totalidad, ya en ciertos - respectos, según que tengamos sobre la misma un derecho de propiedad o alguno - de sus desmembramientos..." (14)

Así en una relación jurídica que da un derecho real, se establecen dos elementos;

a). El titular del derecho;b) El objeto establecido por la cosa sobre la cual se ejerce la facultad jurídica.

Por lo tanto, el derecho real tiene como contenido ,la apropiación, aprovechamiento y regulación de una riqueza, propia o ajena.

Por otra parte el derecho personal, por cuanto a su contenido es;"...La facultad en virtud de la cual una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, - denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa..."(15).

De lo anterior , consideramos al patrimonio como aquél conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles o apreciables en dinero, concepción íntegra del Derecho Civil. Sin embargo Jiménez Huerta aclara;

"...La tutela penal del patrimonio se extiende también a aquéllas cosas que no -

12.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T.II.16 Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F.1984. Pág 7

13.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, T.IV.5a. Ed. Editorial — Porrúa, S.A; México, D.F. 1984. Pág 9

14.- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 29a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1978. Pág.206

15.- Idem. Pág 207.

- tienen valor económico... El patrimonio, penalísticamente concebido, está, — pues, constituido por aquél plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer — las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular..." (16).
Estimamos acertado el criterio anterior en el sentido, de que un bien puede no tener valor económico, y ser solo de índole estimativo, y sin embargo sufrir — las mismas consecuencias que, un bien con valor económico; así todos aquéllos — bienes jurídicos que constituyan el patrimonio de una persona serán motivo de — tutela penal.

Dentro del derecho real, encontramos a la propiedad que es; "...El poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente, en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto..." (17).

Este poder abarca el aprovechamiento, ya sea de uso disfrute, disposición o dominio de la cosa.

De manera general podemos establecer que lo propio constituye el derecho de disfrutar, disponer, pertenecer de un bien con exclusión de otra persona. Por consiguiente este bien será ajeno, cuando pertenece a otro el derecho de — propiedad o la legítima posesión.

Penalmente ajeno denota que "... ha de pertenecer a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito..." (18).

De aquí que observemos dos condiciones:

Primero; que un bien se encuentre dentro del patrimonio de una persona, aunque solo se trate a título de simple tenencia precaria;
Segundo; que quien lo transmita, sea persona distinta, de quien ejerce ya sea — la posesión o propiedad sobre la cosa.

16. Op. Cit. Pág. 11

17. Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit. Págs. 78-79

18. Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 11

CAPITULO I

I. ESTUDIO DE LOS DELITOS IMPLICADOS EN LA TRANSMISION DE COSA AJENA

- 1.1. Concepto**
- 1.2. Clasificación**
- 1.3. Tipo**
- 1.4. Funcionalidad del tipo**
- 1.5. Elementos positivos y
negativos del delito**

1.1 CONCEPTO.-

Antes de entrar en la búsqueda de los delitos que pudiesen surgir en la venta de la cosa ajena, es necesario comprender en primer término que entendemos por delito, para lograr así inducir el conocimiento de aquéllos que se relacionen con nuestro planteamiento.

Establecer un concepto de delito aplicable en todo tiempo y sociedad, ha sido la pretensión de cantidad de estudiosos del Derecho; fin que ha sido imposible de realizarse, toda vez que el delito va implícito con la estructura social y jurídica de cada época.

Numerosos conceptos se han dado, no solo jurídicos, sino también, otras ciencias como la Filosofía o la Sociología, han intentado definir al delito; sin embargo, como veremos más adelante, estos conceptos son de poca utilidad jurídica.

La palabra Delito, deriva del supino "Delicto" ó "Delictum", del verbo delinquere, delinquí, que se entiende por desviarse, resbalar, abandonar; a su vez delinquire, delinquire, dejar y el prefijo de, que se toma como linquere viam—dejar o abandonar el buen camino.

La Filosofía de manera general entiende al Delito como;
"...La violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal..." (19).
Como entender la violación de un deber; es decir cuál es la amplitud del deber; la Filosofía no establece limite alguno; estima que la ley del hombre no puede ser más que una aplicación particular de la ley universal.
Tal concepción nos llevaría a generalizar, al grado de considerar, que por ejemplo, el deber de ser buenos, en caso de no cumplirlo sería delito, cuestión fuera de realidad jurídica. Así de forma indisoluble encontramos al ser, entendido como un tipo, y el deber ser, manifestado con la sanción penal.

Rossi, también considera como elemento primordial la violación de un deber y — así nos dice "... El delito es, púes, la infracción de un deber requerible en — daño de la sociedad o de los individuos...El poder social no puede considerar, — como delitos más que el quebrantamiento de un deber con la sociedad o los individuos, requerible de suyo y útil a la conservación del orden político, de un —

- deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino por la sanción penal, y cuya infracción puede ser estimada por la justicia humana..." (20).

Rossi nos enmarca el quebrantamiento del deber, y la conservación de un orden político, término inequívoco, puesto que el orden político es un modelo ideal, contradictorio con la realidad histórica, así el deber ampliamente concebido, encontraría su garantía en la sanción penal. Al hablar de "puede ser estimada por la justicia humana" equivaldría a determinar una posibilidad positiva o negativa — delegada al hombre, único capaz de emitir juicios y estimar acciones.

Ambos conceptos puntualizan al deber como elemento esencial, que se encuentra garantizado por la sanción penal; consideramos que éstos conceptos, como primera idea de delito en el mundo filosófico, son acertados; pero no en el ámbito jurídico, toda vez que solo nos hablan del ser y deber ser, olvidándose de otros elementos esenciales y objetivos, necesarios para una verdadera definición jurídica.

Por otra parte, Adolfo Franck, tratando de encontrar un error en la concepción de Rossi comenta "... Una acción no puede ser perseguida legítimamente y castigada por la sociedad sino en cuanto ella es la violación, no de un deber, sino de un derecho, de un derecho individual o colectivo fundado, como la sociedad — misma, sobre la ley moral..." (21).

Esté autor quiere ver una diferencia entre derecho y deber, sin embargo, — luego se retracta, considera que deber y derecho son correlativos. Estima, como base esencial a la ley moral, que fundamenta la legitimidad, a ello diremos que aunque el hombre es un ser social, y como tal debe regular sus acciones por la justicia; y la moral concebida filosóficamente es fundamentalmente la idea de "bien", y a la vez el bien supremo, esta dado por la justicia; ello no significa que todas las acciones sean violatorias de un deber moral, y ser perseguidas legítimamente, pues la moral es esencialmente interna, independiente de una organización legítima, externa. Por ello debe "...determinarse lo que genéricamente se denomina prohibido, lo que se llama inmoral y lo que suele llamarse delito. Púes la moral a diferencia del derecho no tiene Código..."(22).

Gabriel Tarde establece "...La idea del crimen implica esencialmente, naturalmente, la de un derecho o la de un deber violado..." (23).

20.- Comentado por Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. III. 3a Ed.- Editorial Lozada; Buenos Aires, Argentina, 1966. Pág. 32

21.- Idem. Pág. 33

22.- Alimena, Bernardino. Principios de Derecho Penal. Traducción Cuello Calón. Vol. I Editorial Librería General de Victoriano Suárez; Madrid. España. 1915 .Pág. 282

23.- Comentado por Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit, Pág. 33

Por ello, la imprecisión de las definiciones anteriores nos llevan a pensar, en la existencia de acciones violatorias de un deber o de un derecho, que no necesariamente constituyen delito, como por ejemplo; el deber de respetar a los padres, desde un punto de vista moral; o bien, actos violatorios administrativos o civiles, que no entrarían en la materia penal, y por ende no serían delitos.

Luis E. Ortolan establece que el delito; "...Es toda acción o inacción exterior - que vulnera la justicia absoluta, cuya represión importa para la concepción o el bienestar social, que ha sido de antemano definida y a la que la ley ha impuesto pena..." (24). De alguna forma, esté autor nos habla de la conducta en sus dos formas de manifestación: la positiva dada por la acción; y la negativa constituida por la inacción o la omisión. Encuentra una vinculación del delito, con la violación de justicia, concibe a ésta como absoluta, es decir una justicia divina, ideal que de ser violada afectaría a la sociedad, enfocándose únicamente en el interés colectivo olvidándose en su totalidad de un interés individual. Así halla en el Delito, principalmente el ser lesivo a la justicia resultando una definición netamente filosófica.

Los conceptos filosóficos, no llevaban el fin de analizar el Delito desde un punto de vista jurídico, simplemente se limitaron a tratar de definirlo como lo entendían conforme a diferentes aspectos de la vida gregaria, que se alejan de una verdadera definición jurídica que pudiera aplicarse en forma objetiva.

ESCUELA CLASICA.-

Dentro de ésta escuela, como principal exponente encontramos a Carrara, el cuál desarrolló una de las concepciones de delito más jurídicas. El define el Delito diciendo: "...Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso..." (25).

Obteniendo los siguientes elementos del delito: "...Un objeto, un sujeto activo primario, un sujeto activo secundario, un sujeto pasivo, una fuerza física objetiva y subjetiva y una fuerza moral, también objetiva y subjetiva..." (26).

Carrara denota que el delito es principalmente una infracción, puesto que constituye una violación a la ley, siendo así que: "...La infracción, dato de anti ju-

24.- Ibídem. Pág 31

25.- Comentado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 140

26.-Comentado por Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal, 2a Ed. Ediciones Botas; México, D.F. 1950. Pág 57

ricidad lo que lo identifica y lo distingue; lo que hace que el delito sea tal y no otra cosa..." (27).

Enmarca que la ley, es lógicamente dictada por el Estado, para tener el carácter de obligatoriedad y para seguridad de sus miembros, y además de considerar que dicho acto, es realizado por el hombre.

Al establecer que tal violación debe ser resultado de un acto externo del hombre, "...Carrara excluye de la tutela penal el pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado por el ser humano, Único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo cual incluye en la definición la actividad o inactividad, el hacer o el no hacer, en fin la acción o la omisión, - formas de manifestación de la conducta..." (28).

Consideramos acertada la opinión vertida por Pavón Vasconcelos, porque, al establecer Carrara, que es un acto externo del hombre, término además innecesario, - dado que el hombre es el Único ser con capacidad de entendimiento y por lógica - el Único que puede ser sujeto activo del delito, se olvida del aspecto subjetivo. Es moralmente imputable, porque "...El hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política..." (29). Carrara denota así un elemento moral o psicológico y fundamenta aquí la responsabilidad del sujeto.

Y por último, políticamente dañosa, dándole "...su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya - garantía fue dictada..." (30). Sin embargo, está definición a pesar de los errores incurridos no deja de ser importante, pues sirvió de base jurídica para muchos autores, Códigos y teoría, porque empieza a mencionar los elementos del delito, que hasta, esta época se manejan.

ESCUELA POSITIVA.-

Los positivistas, se limitaron a repetir que el delito constituía un hecho natural, resultado de factores antropológicos, físicos y sociales, dada la deficiencia de la escuela, surge Garófalo, tratando de establecer un concepto histórico

27.- Comentado por Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 3a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1975. Pág. 202

28.- Op. Cit. Pág. 140

29.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 43

30.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 140

y sociológico del delito, llegando así al delito natural; consideraba que la - palabra delito, no era un tecnicismo, ni creación de los legisladores, sino, - era existencia del lenguaje popular. Cuestión que le fue muy criticada, por - estimar que aquí está su primer confusión; al tratar de entender el término, - antes que otros aspectos más importantes. "... Garófalo, sentía la necesidad - de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre - los delitos mismos no obstante que era la materia de su estudio y de su defini - ción, dijo haber observado los sentimientos..." (31)

Considera así, al delito Natural como: "... Una lesión de aquella parte del ser - tido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad - y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que - es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad..." (32)

Encontramos una delincuencia natural, al hablar de sentimientos de piedad y -- probidad; y una artificial que incluye delitos que no ofendan estos sentimien - tos; considera que el sentimiento moral, estaba determinado por la simpatía - instintiva, que surge del sentimiento entre los semejantes.

Esta concepción recibió innumerables críticas fundadas en que Garófalo, habla - de sentimientos individuales y no de necesidades colectivas.

Por su parte Enrique Ferri atribuye una definición análoga al decir: "... El - delito es una acción punible determinada por móviles egoístas, que lesiona los - sentimientos medios de la moral colectiva y pone en peligro las formas funda - mentales de coexistencia social..." (33)

Este concepto como el anterior se aparta de lo objetivo, enfocándose en los -- sentimientos, los cuales, no pueden ser la esencia del delito.

DEFINICION JURIDICO FORMAL.

Apartándonos, de cualquier otra ciencia o camino equivocado trataremos de ana - lizar los conceptos verdaderamente jurídicos.

31.- Villalotos, Ignacio. Op. Cit.- Pág. 207.

32.- Comentado por, Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit.- Págs. 139 y 140.

33.- Franco Sodi, Carlos. Op. Cit.- Pág. 54.

El Código de 1871 definió al delito como: "...La infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda..."

El de 1929, con cierta tendencia positivista decía: "...La lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal..." (34)

En 1931 se da la actual definición legal del delito, estableciendo así en el Código Penal vigente: "...Art. 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."

Consideramos esta definición como informal e incompleta para satisfacer una verdadera definición de delito, puesto que no señala todos los elementos esenciales para la integración del mismo. No basta establecer que es un acto u omisión que sancionan las leyes penales, sino es necesario, ir más allá, por qué es sancionado; cuál es la naturaleza de ese acto, qué tiene como consecuencia una pena.

Eugenio Cuello Calón, en la misma forma nos habla de su definición formal del delito dice: "...La acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena...". Lo que realmente caracteriza el delito es su sanción penal. Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito..." (35)

Jiménez de Asúa considera; que aunque Cuello Calón, establece que es un concepto formal del delito, no es sino una noción puramente formal, tautológica, que sólo atiende al hecho de estar penado por la ley.

(36)

Compaginamos con este criterio, ya que sólo constituye una noción vaga del delito, no se preocupa de otros elementos integradores del mismo, enmarca el sentido de estar sancionada por la ley con una pena, término, que no establece lo sustancial del delito, enfocándose solo en sus consecuencias, sin embargo como veremos más adelante, complementa esta noción dando ya una más sustancial.

DEFINICION, JURIDICO SUSTANCIAL.

Dentro de estas concepciones tenemos a Mezger que sostiene: "...Delito es la --

34.-Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Págs. 202 y 203.

35.-Derecho Penal T.I., 17a. Ed. Bosch Cada Editorial; Barcelona 1975.-Pág. 289

36.-Cfr. Op. Cit. Pág. 29.

acción típicamente antijurídica, y culpable..." (37)

Para Beling el delito es: "... Una acción típica, antijurídica, culpable y sometida a una sanción..." (38)

Por su parte Cuello Calón en su definición sustancial no dice: "... Es la -- -- acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena..." (39)

Considerando los elementos integrantes del mismo a: "... a).- El acto puede ser acción u omisión entendido por la primera un movimiento del organismo — que produce o puede producir una modificación en el mundo exterior, y comprendiendo por la segunda la abstención de lo que se tiene la obligación legal de ejecutar.

b).- El acto debe ser externo. Mientras no se exteriorice estamos frente a — una simple intención que nunca es punible.

c).- El acto debe ser prohibido y penado por la ley.

d).- El mismo acto debe ser antijurídico.

e).- El acto debe ser también culpable, es decir, moralmente imputable a al -- quien por su intención o su culpa..." (40)

Por su parte Jiménez de Asúa, define al delito como: "... Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal..." (41) De aquí que considere los siguientes elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

Pavón Vasconcelos, considera que son cinco los elementos esenciales del delito a saber: "... El delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible..." (42)

37.- Comentado por, Franco Sodi, Carlos. Op. Cit.- Pág. 56

38.- Idem.- Pág. 57

39.- Op. Cit. Pág. 291.

40.- Comentado por, Franco Sodi, Carlos. Op. Cit. Págs. 56 y 57.

41.- Comentado por, Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 21a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, D. F., 1985.-Pág. 130.

42.- Op. Cit.- Pág. 141.

Por su parte Ignacio Villalobos, considera que son cuatro los elementos del delito, estableciendo así: "... Delito es el acto humano típicamente antijurídico y culpable.- Considera a la pena como instrumento de que se vale la sociedad para tratar de reprimir el delito y determina que un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque no es punible..." (43)

Respecto a la punibilidad como elemento del delito, Castellanos Tena, afirma: "...La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento..." (44)

En contravención a estas posturas se encuentra Cuello Calón, que estima: "...La ejecución o la omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito..." (45)

De esa manera, nos damos cuenta, que para Ignacio Villalobos, Castellanos Tena, entre otros; consideran que la punibilidad no constituye un elemento esencial del delito, sólo es consecuencia de un hecho calificado de antemano como delito.

De las definiciones aludidas, se infiere que para Jiménez de Asúa, Cuello Calón y Pavón Vasconcelos, la punibilidad, si refleja un elemento esencial del delito, dado que consideran que no basta con la prohibición de la norma, sino además es necesario que se compagine con la amenaza penal.

Nosotros nos adherimos a los criterios de los autores que consideran, que la punibilidad no constituye, un elemento del delito; porque la punibilidad, no significa otra cosa, que el merecimiento de una pena, consecuencia misma de una conducta delictuosa, violatoria de bienes jurídicamente protegidos, de tal manera que la pena es el medio que se vale la Sociedad para reprimir el delito, por ello el delito existe, y la punibilidad como consecuencia del mismo, puede incluso en algunos casos no existir. De aquí que entendamos al delito como; aquella conducta positiva o negativa, típica, antijurídica y culpable. A la conducta como aquel comportamiento humano, manifestado por una acción u omisión; típica, porque se adecúa a una descripción plasmada por el legislador; antijurídica porque es violatoria de bienes jurídicamente protegidos; y por último culpable, por ser la conducta consciente y con voluntad, desprendiéndose de ella la imputabilidad como un presupuesto.

43.- Op. Cit. Págs. 211 y 212.

44.- Op. Cit. Pág. 130.

45.- Op. Cit. Pág. 290.

1.2 CLASIFICACION DE LOS DELITOS IMPLICADOS EN LA VENTA DE COSA AJENA

A partir de la idea general que tenemos de cosa o bien ajeno, y del concepto de delito, aspiramos ahora a determinar aquéllos delitos que pueden emanar de la relación jurídica de quien transmite una cosa, de la que no tenía el derecho de disposición, y sin embargo, lleva acabo dicha transmisión, en perjuicio patrimonial de alguien, realizando de esa forma un ilícito penal.

Es conveniente señalar que nuestro razonamiento no lleva como único objetivo el seleccionar sólo los delitos en los cuales la hipótesis quede claramente especificada, sino además determinar todos los delitos que surgieran en forma concomitante.

Desarrollando un cuestionamiento lógico-jurídico, en el que se considere tanto a los sujetos que intervienen en dicha relación, el objeto jurídico protegido y a la calidad de la cosa y analizando el Código Penal, se observa, que las figuras típicas aparecen ordenadas por la naturaleza del bien jurídico tutelado, y del cual inferimos en primer orden, los delitos en donde el bien jurídico protegido está constituido por el patrimonio, puesto que conforme a nuestro planteamiento, es éste el que se ve lesionado por el ilícito penal. De ahí que en nuestro Código Penal aparecen implicados con el caso que nos enfrentamos, con el título "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", El Fraude, Robo, Abuso de Confianza, y como un tipo especial contemplado por el Capítulo XII El Peculado. Conforme a éste criterio tuvimos la osadía de reordenarlos acorde a la importancia que amerita nuestro cuestionamiento llegando a la siguiente clasificación; (ver cuadro 1).

En orden de los delitos en contra del patrimonio en general, debemos empezar por aquella figura delictiva en donde nuestro supuesto quede claramente especificado, para enlazar posteriormente todas las consecuencias que pudiesen producir, de ahí la razón que nuestro cuadro inicie con el fraude, que contempla nuestra ley como genérico o específico.

Desde el punto de vista del fraude genérico vemos que el sujeto activo se va de falacias o por medio del aprovechamiento del error para obtener una cosa en forma lícita, abarcando dentro de la denominación cosa lícita, no solamente los muebles y los inmuebles sino inclusive los derechos, cuestión que no es motivo de nuestro análisis, pero que es de tomarse en cuenta, para comprender el por qué de su denominación de genérico.

Por el contrario el fraude específico, como su nombre lo indica, establece -

Clasificación de los delitos implicados en la transmisión de cosa ajena

En orden al bien jurídico protegido	Delitos en contra del patrimonio en general	Fraude	Fraude genérico (386 C.P.D.F.) Fraude específico (387 fracc. II C.P.)
	Delito contra bienes muebles	Robo (367 C.P.D.F.) Abuso de Confianza (382 C.P.)	
	Delito contra bienes poseídos por el estado	Peculado (223 C.P.)	
(patrimonio)			
En orden al sujeto activo	General	Fraude Robo Abuso de confianza	
	Específico	Peculado	
Por su concomitancia	a) Robo	Fraude genérico Fraude específico Encubrimiento	
	b) Abuso de confianza	Fraude genérico Fraude específico Encubrimiento	
	c) Peculado	Fraude genérico Fraude específico	
	d) Encubrimiento	Fraude genérico Fraude específico	
	e) Fraude genérico específico	Fraude genérico Fraude específico Encubrimiento	

(cuadro 1)

una serie de situaciones con carácter particular en los cuales se enmarca nuestro caso, en la fracción II del artículo 387 del Código Penal, en él, se refiere a la conducta por la cual el sujeto activo, enajena, arrienda, hipoteca, empeña o grave un bien, con conocimiento de que no le pertenece el derecho de disposición, situación que fundamenta no solo a las manifestaciones empleadas como única manera de obtener una cosa en forma lícita, sino también engloba otros medios como pudiesen ser los convenios o contratos que en materia civil, son elementos formales indispensables.

De los delitos contra bienes muebles; consideramos reunidos tanto al robo, - como al abuso de confianza, por tener ambos la peculiaridad de que la tutela penal se establece, solo sobre cosas, muebles, haciendo la salvedad de que el término mueble, penalmente debe concebirse conforme a la naturaleza misma de la cosa.

El robo y el abuso de confianza son figuras delictivas, que establecen su diferencia en base a la posesión de la cosa. En el robo el sujeto activo carece de ésta posesión, que obtiene por medio de su conducta positiva (apoderamiento); mientras en el abuso de confianza el sujeto activo tiene la posesión precaria de la cosa, haciendo un uso indebido de la misma, debiéndose tomar en cuenta que tanto en uno, como en otro delito, se ocasiona un perjuicio al titular del bien jurídicamente protegido.

De los bienes poseídos por el Estado.- Denotamos al peculado, este consiste, en el acto por medio del cual, el sujeto activo encontrándose al servicio del Estado, dispone de los bienes con fines distintos a los que por razón de su cargo se le confirió.

En orden al sujeto activo.- El hombre, ser racional, capaz de realizar una conducta voluntaria, es el único que puede ser sujeto activo del delito. Así el sujeto activo, será aquel individuo que realiza una conducta de un hacer o no hacer, que precedida de otros elementos produce un acto lícito.

En el cuadro se habla de un sujeto activo general, respecto al robo, fraude y - abuso de confianza, lo cual significa que el sujeto activo puede ser cualquier - persona, mientras; en el específico, encontramos sólo al Peculado, que establece una característica personal del sujeto activo, que debe tener la cualidad, de - ser servidor público, pues de no reunir este requisito, podría encuadrarse en - otro tipo penal, como el abuso de confianza.

Por su concomitancia.- En éste apartado de la clasificación propuesta, contem-

plamos el delito dentro de su consumación, que en ocasiones se ve acompañada de una nueva conducta, provocadora de un delito distinto, o igual al previamente cometido, por tal razón nos cuestionamos lo siguiente; cuando el sujeto activo traslada una cosa, se hace necesario determinar la procedencia de ésta, teniendo en cuenta los medios de que se valió el sujeto para poseerla, ya que como hemos dicho este es el elemento que nos va a delimitar la existencia del delito y, en su caso la especificidad de éste, pudiendo establecer así la concomitancia de los delitos en los siguientes casos:

a).- Cuando no se posee la cosa, y mediante conducta ilícita se obtiene esta posesión (Robo) ella puede dar lugar a una venta de la cosa, realizada mediante falacias o mantenimiento en el error, dando lugar a la comisión de un segundo delito denominado fraude; o puede transmitirla a quien no tome las precauciones necesarias para constatar su legal detentación y verificarse con ello el encubrimiento.

b).- Cuando se tiene la posesión precaria de la cosa, por estar limitada la finalidad de ésta, y el sujeto abandona la finalidad ocasionando su violación, (abuso de confianza) puede generarse una nueva conducta positiva o negativa creadora del delito, de fraude o dar posibilidad de encubrimiento porque quien recibe la cosa no toma las precauciones para identificar la ilicitud de la misma.

c).- Si se posee la cosa con fines determinados, por las funciones peculiares que se ejercen, y el sujeto activo con calidad de servidor público, difiere esos fines (peculado) desvocándolos en transmisión de la cosa, puede crearse el delito de fraude. A la vez sí el que recibe el bien, no toma las precauciones debidas para cerciorarse de la procedencia lícita de la cosa, podría generar el encubrimiento.

d).- Si el que recibió la cosa, no verifica la procedencia legítima de ésta, y resulta ser ilícita, se configura el encubrimiento, y si después a través del engaño o aprovechamiento en el error la transmite, puede dar origen a una nueva conducta delictuosa, determinada por fraude.

e).- Obteniendo la posesión de la cosa en forma engañosa o manteniendo al sujeto que da la posesión en el error, esta posesión ilícita puede ocasionar una nueva conducta de engaño o mantenimiento del error, dando como resultado la comisión de dos distintos delitos de fraude; y para el que recibe, sin confirmar puede incluso configurarse el encubrimiento.

Como se ha observado, los delitos patrimoniales protegen el derecho de posesión o aún la simple tenencia.

1.3.- TIPO

Hemos hablado una y otra vez de una conducta ilícita, como un fenómeno humano— resultado de un juicio de valorización, pero no se ha especificado la importancia de que dicha conducta se encuentre establecida y determinada en alguna figura jurídica, que además de indicar cuales conductas son consideradas como — ilícitas, establezca una pena.

Así la necesidad del Derecho Penal de un medio de fundamentación imperante; — "El tipo delictivo", proceso de creación de los legisladores, resultado de una estructuración social, cultural, valorativa y jurídica. El antiguo principio de "Nullum crimen, nulla poena sine lege" tomado por nuestra Constitución Política, como un principio rector, establecido en el artículo 14 que dice: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios de 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..."

Queda así objetivizada la protección jurídica al hombre en su vida, libertad, propiedades, posesiones y derechos. Instituye, que nadie puede ser privado de sus derechos, sino a través de un juicio que se apoye en un procedimiento, que vigile el cumplimiento de sus finalidades esenciales, que están previamente de limitadas dentro de las leyes y vigiladas por un tribunal ya existente; es decir, un Organó del Estado especializado, establecido y facultado por la ley. — La actividad referida es generada por la comisión de una de tantas conductas — ilícitas, predescritas por el legislador quién se ha encargado de acompañarlas de la consecuencia jurídica, a la cual se hará acreedor, quién realice esa conducta.

El precepto Constitucional en su párrafo transcrito plasma un principio de legalidad y una garantía de seguridad, pero a la vez justifica la vida de la figura jurídica conocida como tipo delictivo, el cual constituye por ahora, nuestra preocupación.

El tipo proviene del latín "typus", que se interpreta como el modelo ideal que reúne caracteres esenciales; símbolo representativo de cosa figurada, o bien, puede entenderse como una figura principal con naturaleza propia. Se conside-

ra que el tipo emana del corpus delicti, independizándose posteriormente. En principio al tipo se le concebía como: "...Una figura de delito específica en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos..." (46)

Es Beling el que da a la teoría del tipo matices propios. Para él una hipótesis primaria del tipo fue: "...La suma de aquéllos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos..." (47)

Posteriormente reconsidera y : "...recoge la idea de que el precepto legal contiene sólo descripciones con datos objetivos y subjetivos, que sirven para elevarse hasta el juicio de valor sobre la norma..." (48)

Por su parte Mezger afirma que el tipo no constituye sólo una descripción de una conducta antijurídica, sino la esencia de la antijuricidad, la razón de ella su fundamento. Sin embargo; también establece "...Es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la pena. Una conducta no puede ser delictiva, no obstante su diáfana ilicitud, en tanto no esté comprendida en un tipo penal..." (49)

Actualmente muchos autores recogen elementos de los anteriores conceptos, para fundamentar su concepto respecto del tipo delictivo.

Javier Alba Muñoz lo considera como: "...La descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él..." (50)

Castellanos Tena dice que: "...El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales..." (51)

Jiménez Huerta: "...El injusto recogido y descrito en la ley penal..." (52)

46.- Comentado por, Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Introducción al Estudio de las Figuras Típicas, 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A.; México, D. F. 1977 Pág. 28

47.- Idem.

48.- Comentado por Pérez, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. I. Editorial Temis; Bogotá, Colombia, 1967. Pág. 485

49.- Idem. Pág. 486

50.- Comentado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 168

51.- Idem. Pág. 167

52.- La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A; México, D.F. 1955, Pág. 42

Pavón Vasconcelos dice: "... El tipo penal es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictiva al conectarse a ella una sanción penal..."(53)

Celestino Porte Petit conceptualiza al tipo "...abarcando tanto a la conducta - como hecho antijurídico punible, con la finalidad de ser descritos por la norma penal ..."(54)

Para Ignacio Villalobos: "... El tipo es, pues una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que - se describe..."(55)

La Mayoría de estos autores, coinciden en conceptualizar al tipo como una descripción legal de una conducta antijurídica. Algunos otros establecen que no sólo - se describe la conducta sino además su consecuencia o resultado.

Consideramos que el tipo, constituye un medio de fundamentación creado por el Estado a través de sus órganos. Para concretizar una acción contraría a los valores tutelados por el mismo, en protección de la sociedad. Es la descripción específica de conductas que se consideran antijurídicas, y por esto se les atribuye una pena.

Se dice que "... El tipo plasmado en la ley tiene un carácter estático, pues permanece en el mismo estado a la vista de todos aquellos que lo interpretan bien.- La adecuación típica es un concepto dinámico y funcional, ya que presupone la existencia de una conducta ajustada o vinculada a un tipo y en él directamente - subsumible, o a él legalmente ligada por un nexo personal o temporal de dependencia..."(56)

Estimamos correcto como lo hace, el autor previamente citado en referir, que el tipo plasmado en la ley es estático, pues desde el punto de vista formal realmente la descripción que se hace de una conducta prohibida por la sociedad no adquiere movimiento, sin embargo el tipo aún como definición adquiere dinámica desde el punto de vista material, generando toda una funcionalidad de éste, y por ello no se puede decir determinadamente que el tipo en sus aspectos generales - pueda considerarse como estático, no obstante, con respecto a esto, nos referire

53.- Op. Cit. Pág. 259

54.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. T. I 5a. Ed. Editorial-Porrúa.S.A; México, D. F. 1980.Págs. 423 y 424

55.- Op. Cit. Pág.268

56.- Pérez, Luis Carlos, Op. Cit. Págs. 486 y 487.

mos en el transcurso de éste trabajo.

De los autores citados, podemos establecer la existencia de tres criterios distintos:

El primero en donde se determina que el tipo está constituido solamente por la conducta descrita dentro de él, sostenido por Mariano Jiménez Huerta, Fernando-Castallanos Tena, Celestino Porte Petit e Ignacio Villalobos; el segundo criterio, donde se establece que en el tipo no solamente hay una conducta descrita, sino un resultado dañoso, sostenido por Alba Muñoz, y en forma de posibilidad - por Pavón Vasconcelos; y el último criterio en el que se contempla al tipo integrado por conducta y pena, sostenida por Edmundo Mezger y Pavón Vasconcelos.

Siguiendo estos lineamientos sabemos que la conducta se puede presentar en sus dos aspectos acción u omisión y nos percatamos que el resultado de esta conducta que es siempre ilícita, es referida por los autores con diferentes connotaciones, es así como, Bindig considera que resultado son: "... Los cambios externos jurídicamente trascendentes..." (57)

Jesús Gonzalo Trujillo Campos dice que: el resultado es un concepto naturalístico que asume el rango de concepto técnico jurídico en virtud de la descripción-típica que acota y delimita la infinita cantidad de efectos materiales que la actuación del hombre determina en el mundo exterior..." (58) Villalobos dice - que: "... El resultado no forma parte del acto delictivo propiamente, sino como su efecto o consecuencia, integrándose con ambos el hecho cuando se trata de un resultado material... hay tipos que no exigen resultado alguno sino solamente - determina la actuación del agente y aún en aquéllos, que se construye sobre el resultado..." (59) Mezger: "... después de afirmar que integran el resultado - la totalidad de los efectos que produce en el mundo exterior el acto de voluntad que es base de la acción, recorta y precisa la amplitud naturalística del - concepto, en la siguiente forma: Pero ésta serie de efectos termina, en lo que respecta a la consideración jurídico penal del concepto del delito, en los límites del tipo; la ley penal despliega aquí una función objetiva limitadora..." (60)

57.- Jiménez Huerta, Mariano; Op. Cit. Pág. 172

58.- La Relación Material de Causalidad en el Delito, Editorial Porrúa, S. A., - México, D. F., 1976, Pág. 18

59.- Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Págs. 234 y 235.

60.- Comentado por Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 173.

Jiménez Huerta, considera que el resultado típico se integra, con dos elementos que: "... Se funden en un todojuno, exclusivamente naturalístico, representado por una mutación del mundo exterior; otro, inequívocamente normativo, en cuanto sin la consideración de la figura típica no es posible elegir de todo el complejo de consecuencias naturales de una conducta, aquélla que es relevante para la singular figura del delito..." (61)

De ahí que el resultado dañoso que origina la conducta ilícita puede ser clasificado; en naturalístico o material y normativo o formal, de tal manera que el contenido dentro del tipo delictivo siempre será normativo o formal, teniendo el inconveniente de restringir el daño ocasionado con la conducta a una de múltiples situaciones que pueden presentarse dentro del mundo exterior y que como sostiene Pavón Vasconcelos algunos tipos delictivos lo tienen establecidos, - mientras otros dejan de precisarlo.

Retomando las conductas ilícitas que intervienen en la venta de cosa ajena y teniendo ya una fundamentación de lo que hemos de entender por tipo delictivo, - nos referimos a cada una de ellas teniendo en cuenta, el Código Penal para el Distrito Federal, en materia de fuero común y para toda la República, en materia de fuero Federal, en un análisis que nos lleve a concluir de acuerdo con éstos casos particulares, si son acertados los conceptos de tipo delictivo que nos dan los autores citados.

En el Capítulo III del Código Penal, el artículo 386 dice: "... Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..."

En éste tipo penal se establece una conducta descriptiva constituida por quien engaña o se aprovecha del error; términos que además podemos considerar como medios establecidos que se utilizaran en la conducta; y al mismo tiempo señala un resultado material, o sea la consecuencia lógica del comportamiento desarrollado y que consiste en el que "alcanza un lucro indebido", de ahí, que éste tipo señala tanto la conducta descriptiva como el resultado.

El artículo 387 fracción II, establece un fraude específico en los siguientes términos "... Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arrienda, hipoteca, empeña o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, o parte de ellos o un lucro equivalente..." describiendo una conducta positiva o negativa, determinada por aquél que a título oneroso y valiéndose de un contrato engaña o mantiene en el error a otro; constituido el resultado en cada caso por un lucro indebido.

Dentro del Capítulo II en el artículo 382 se atribuya a la conducta el nombre de Abuso de Confianza cuando: "...Con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio..." La conducta se determina en este caso, por el acto de disponer de una cosa ajena de la que ya se tenía la tenencia, sin olvidar — que esta es precaria o dirigida a una finalidad predeterminada, y el resultado o consecuencia, se identifica con el término en perjuicio de alguien, refiriéndose al sujeto que ha transmitido esa tenencia precaria.

El artículo 367 comprendido en el Capítulo I nos dice: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley..."

La conducta en esta ocasión, se ve claramente de acción dentro del vocablo apoderamiento, significando el deseo y actividad de la persona de sacar la cosa ajena mueble del patrimonio al que pertenece, transfiriéndolo a uno distinto, y de ahí que la descripción de este tipo dentro de una sola denominación contemple tanto a la conducta como el resultado, consistiendo la primera en la remoción de la cosa del lugar en donde se encontraba, mientras que el resultado se da con respecto a la detentación de la posesión de la cosa por una persona diversa a la que inicialmente la tenía.

El encubrimiento es un delito, que nuestra ley contempla en el caso que nos interesa en el artículo 400 fracción I, perteneciendo al título vigésimotercero, al referir que: "...Con ánimo de lucro después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella..."

Este tipo penal, describe dos conductas diversas: la primera de acción, por parte del sujeto que con ánimo de lucro y con el requisito normativo, de no haber participado en el delito y después de la ejecución de éste, adquiera y reciba u oculte el producto de un hecho delictuoso; la segunda, determina una conducta — omisiva constituida por la falta de obligación de parte del sujeto activo en no tomar las precauciones necesarias para asegurarse de que la cosa, que adquirió a través de un acto jurídico tenía procedencia lícita.

Es de apreciarse que este tipo no contempla dentro de su descripción el resultado que produce la conducta que lo encuadra, pues a diferencia de los tipos delictivos anteriormente analizados, éste nos sitúa dentro de la existencia de un tipo penal sin resultado, lo que es lógico, si se tiene en cuenta que el encubrimiento es un delito que surge como concomitante de un delito distinto, de ahí que la consecuencia se vea vinculada, con aquél que identifica la posesión ilícita ostentada dentro de la comisión del delito de encubrimiento que ahora comentamos, lo que nos lleva a concluir que aunque dentro de la conducta no se halle resultado alguno dañoso de ésta, existe en forma indirecta o inferencial.

El artículo 223 fracción I de la ley que comentamos, aparece dentro del Capítulo XII; el delito de peculado, en los siguientes términos; "... Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa..." Otro caso similar al de abuso de confianza es el delito, que transcrito pues como podrá notarse la conducta se determina por una tenencia precaria, que difiere de la previamente mencionada, ya que se da y procede supeditada a las facultades del agente del delito - consistiendo en la desviación de la finalidad de la posesión, sin embargo en este tipo penal no se ve determinado el resultado dañoso de la conducta, aunque bien puede inferirse; de tal manera que si el Estado es quién transfiere la posesión precaria, la violación de sus finalidades, necesariamente repercutirá en el patrimonio del Estado, otorgando a su agente un beneficio ilegítimo.

Del análisis realizado podemos concidir con Pavón Vasconcelos, pues hemos visto que en cada uno de los casos comentados, existe la descripción de una conducta ilícita, pero en cuanto hace al resultado, en ocasiones se presenta en forma determinada y directa, dentro de la descripción contenida en el tipo penal, - mientras en otros el resultado se infiere siendo los primeros el fraude genérico, fraude específico fracción II del 387 del cuerpo de leyes que comentamos y el abuso de confianza; mientras en el robo, encubrimiento y peculado, aunque en un análisis técnico-jurídico se puede llegar a deducir el resultado, éste no se encuentra precisado dentro de los tipos delictivos de la exégesis.

Por otra parte Mezger y Pavón Vasconcelos determinan que el tipo delictivo, debe contener la pena asignada a la conducta descrita, sin embargo en los casos-motivo de nuestro estudio, podemos fácilmente determinar que en la descripción de la conducta, el fraude específico, y el robo, no están acompañados de la pena, en los distintos tipos delictivos, misma que aunque citada en la ley, aparece en distinto tipo penal; mientras en el fraude genérico, peculado, encubri-

miento, el abuso de confianza contiene dentro del mismo tipo penal la conducta descriptiva y la sanción que le es aplicable, cuestión que nos llevó al siguiente razonamiento, si la pena es consecuencia del delito, y el delito es una conducta típica, antijurídica, y culpable aparentemente, el tipo delictivo no tiene porque determinar la pena, pues éste sólo enmarca la descripción de una conducta considerada ilícita y en ocasiones como hemos dejado asentado, el resultado de esta conducta; entonces la pena como tal, sólo será aplicable cuando se determine el delito, pero para ello debe estar previamente fijado en la ley implicando que las penas son medios de los cuales se vale el Estado para reprimir el delito, que según nuestro lineamiento normativo debe estar generado con anterioridad a la aparición del delito (14 Constitucional) por ende, necesariamente deberán establecerse tipos penales que cuantifique y cualifique las penas o consecuencias jurídicas aplicables a las conductas descritas lo que significa que esto necesariamente deba constar como complemento o parte integrante del tipo delictivo, dentro de él o en forma complementaria, consecuentemente el tipo delictivo es una descripción de la conducta ilícita, en ocasiones comprende el resultado dañoso y/o la pena establecida por el Estado.

1.4.- FUNCIONALIDAD DEL TIPO.

Se establece que el tipo tiene por función la tipicidad, para determinar ésta, - al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni establece que: "... Es necesario distinguir entre el juicio de tipicidad, que es la función por la que ésta se establece, y la tipicidad de una conducta, que es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito..." Sintetizando; el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; y la tipicidad el resultado de ese juicio. El juicio de tipicidad cumple una función fundamental en la sistemática penal, sin él la teoría quedaría sin base, porque la antijuricidad desbromaría sin fijeza, y la culpabilidad perdería sustentación por desdibujamiento de su objeto..." (62)

Consideramos que el autor, desarrolló un concepto muy general del tipo, lo cual permite caer en una idea vaga e inestable, porque el tipo no es, en ningún momento solo la imaginación de los legisladores, sino todo un proceso, resultado de una estructuración, como anteriormente se mencionó; y respecto a la tipicidad, es ésta la que inyecta dinamismo al tipo, y por lo tanto este entra en movimiento creando así una aplicación o encuadramiento de una conducta que se considera ilícita, de tal forma que precisamente, mediante ese encuadramiento, se buscan los caracteres que establece el tipo, así al hablar de un juicio de tipi

cidad, más que una averiguación de la conducta significa una valoración del tipo.

Por lo que se dice: "... La adecuación típica supone la conducta del hombre — vivificando activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación — con la descripción recogida en la ley ..." (63)

Refiriéndonos a otro aspecto, vemos que las figuras delictivas al entrar en la vida jurídica dentro de su funcionalidad presentan diversos aspectos, de ahí — la necesidad de tratar primeramente los requisitos o elementos que contienen — los tipos, y que son de suma importancia, a saber; los objetivos, normativos y subjetivos. Y se entienden como: "... Los conceptos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, y perceptibles por los sentidos, y que han de ser apreciados por el juez mediante la simple actividad del conocimiento... Los subjetivos son más complejos, pues se refieren: Primero a la culpabilidad, segunda a los móviles; tercera y a ciertos estados de conciencia ..." (64)

"... El legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces, también por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo..." (65)

Referente a los elementos normativos se dice; "... Se tienen en cuenta en algunos casos en que la ley exige condiciones contentivas de valoración jurídica, — pues que no son ni subjetivas ni objetivas. Por eso se denomina a tales elementos formas anormales de tipicidad ..." (66)

Belig, estimaba que no existían los elementos normativos, pues son puramente — descriptivos, ya que no se expresa la valoración jurídica que califica lo anti

63.- Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. Pág. 486.

64.- Idem. Págs. 487 y 488.

65.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 89.

66.- Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. Pág. 488.

jurídico. En oposición a este criterio, entre otros, se encuentra Mezger, que considera a los elementos normativos como aquellos que exigen una valoración jurídica o cultural (67), concepción seguida por varios autores entre ellos, Castellanos Tena, sin embargo, Jiménez Huerta considera: "...Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su fundamento ..." (68).

Coincidimos con Jiménez Huerta, toda vez que cuando no se establece en una conducta otros elementos que permiten valorarla, caería en la confusión o el equívoco, teniendo la necesidad de elementos para complementarla, y que sirven de manera indubitable a una mejor aplicación de técnica jurídica. De tal forma que a partir de estos tres elementos se configura la existencia de tipos normales y anormales, los primeros se refieren a aquellos tipos que solo contienen elementos objetivos; mientras los segundos contienen elementos normativos y subjetivos.

Existen además los tipos llamados autónomos que son considerados como "...Los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo ..." (69) Jiménez de Asúa dice "... Hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento poseen absoluta autonomía ..." (70).

Por otro lado Porte Petit considera que los tipos que tienen autonomía son "...Tanto los fundamentales o básicos como los especiales, ya sean privilegiados o cualificados, puesto que tienen absoluta independencia ..." (71).

Los fundamentales o básicos son aquellos que constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, es decir, no derivan de ningún otro tipo "... Es aquél, en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito ..." (72).

Se determina también los llamados tipos especiales, concebidos por Jiménez de Asúa como aquellos tipos fundamentales y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el ti

67.- Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Págs. 83 y 84.

68.- Idem. Pág. 86.

69.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 170.

70.- Op. Cit. Pág. 914.

71.- Op. Cit. Pág. 425.

72.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 97.

po especial.

Y por otra parte, existen los llamados tipos complementados, que según Jiménez Huerta, se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta; y se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria, circunstancia o peculiaridad (73).

Estos tipos especiales o complementados se presentan de dos maneras: Privilegiados y cualificados o agravantes. Son privilegiados aquéllos en que el tipo fundamental se le enlaza una circunstancia o requisito que implica disminución de la pena, y son cualificados o agravantes a contrario sensu cuando la circunstancia que se enlaza al fundamental trae consigo una agravante o aumento en la pena.

Tomando en consideración los aspectos antes mencionados, pasaremos a tratar de realizar una aplicación objetiva, de los tipos penales, motivo de nuestro estudio.

El fraude genérico encontramos un elemento objetivo determinado por las palabras "se hace"; y establece un elemento normativo, cuando se refiere al término "ilícitamente"; el elemento subjetivo lo enmarca la existencia del ánimo de engañar o mantener en el error, lo que trae como consecuencia un ánimo de lucro, en dos vertientes: a) obtener una cosa; o b) obtener un lucro. Nos permite determinar que nos enfrentamos con un tipo anormal. Es además un tipo fundamental o básico, porque constituye la esencia de otro tipo, es además autónomo, tienen vida por sí.

El fraude específico contiene también un elemento objetivo determinado por el "que enajene, arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier modo"; - el elemento normativo es determinado por no tener "derecho" a la disposición indiscriminada de la cosa; el subjetivo establecido en el "conocimiento" de la determinación de la posesión adquirida sobre la cosa que acarrea un ánimo de lucro. Por lo tanto también será un tipo anormal; en cuanto hace a su autonomía nos encontramos la problemática de saber si es fundamental o básico o por el contrario es especial, pero si tomamos en consideración la pena que la ley establece al respecto y observamos la descripción vemos que esta no es una circunstancia de la conducta, ni causa agravante o atenuante de la pena, de ello podemos decir que no se trata de un delito especial, sin embargo, siguiendo el

criterio de Jiménez de Asúa, en cuanto hace a los tipos autónomos, vemos que este no lo es, porque depende o tiene relación con el fraude genérico, lo que nos permite considerar, que es innecesaria la conducta descrita en el artículo 387 Fracción II toda vez que con el fraude genérico se abarcaría la conducta que describe este tipo.

En el abuso de confianza, el elemento objetivo se da en el acto de "disponer", respecto al elemento normativo, siguiendo el criterio de Mezger, estaría determinado por "cosa ajena mueble", y podría inducirse el que "ilícitamente". En cuanto hace al subjetivo, aunque no se establece en forma específica, puede inferirse como el ánimo de lucro, consecuencia del ánimo de dominio, sobre la cosa de la que se ostentaba la tenencia, así aunque aparentemente resulta un tipo normal al interpretarlo podemos considerarlo como anormal. Es además un tipo autónomo porque tiene vida por sí.

El peculado su elemento objetivo está dado por el vocablo "distraer", no precisa al elemento normativo, pero podemos establecer que se trata también de "ilícitamente", o bien de servidor público siguiendo el criterio anterior, en cuanto hace al subjetivo tampoco se encuentra, pero creemos que se trata del ánimo de lucro.

Podemos decir en primera situación que se trata de un tipo fundamental o básico, sin embargo, si consideramos que faltándole el término "servidor público" podríamos interpretarlo como abuso de confianza, entonces nos es permitido pensar en el peculado como un delito derivado del abuso de confianza, con pena agravada, y en consecuencia estaríamos frente a un tipo especial calificado.

En cuanto hace al robo simple, su elemento objetivo se da por el "apoderamiento", y el elemento normativo por los términos "cosa ajena mueble" "sin derecho", y aunque no se determina el subjetivo, podemos decir que del apoderamiento se deriva éste, consistente en el ánimo de apropiación (animus domini) por parte del agente del delito, por consiguiente es un tipo anormal.

Es un tipo autónomo, tiene vida por sí, pero a la vez es fundamental o básico porque consituye el fundamento de otros.

De las conductas descritas en el encubrimiento se despliegan los siguientes elementos:

a) En la conducta de acción; el objetivo se presenta por "adquiera, reciba u oculte", el subjetivo con "ánimo de lucro, del que se desprende, a,"sabiendase" de".

b) La conducta omisiva; el objetivo se encuentra en "no tomar", normativo "precauciones indispensables" y en lo que se refiere al subjetivo, no se señala, pero se puede inferir, que se trata de "no tuvo conocimiento", de lo anterior podemos concluir, que se trata de un tipo anormal, no es fundamental básico, porque no depende de él ningún otro tipo, tampoco lo podemos considerar autónomo debido a que para existir depende y se relaciona necesariamente con otro delito.

La funcionalidad del tipo se patentiza no solamente por establecer diversidad de elementos que lo integran, sino al atender las diversas situaciones que puede implicar la descripción contenida en el tipo delictivo, y es así como contempla los casos de acumulación de conductas ilícitas, o la multiplicidad de sujetos interviniendo en esa conducta que ha quedado descrita dentro de un tipo delictivo presentándonos tres casos claros al respecto;

- a).- Cuando la descripción delictiva es realizada por más de un sujeto;
- b).- Cuando un sujeto incurre en diferentes conductas que encuadran diversos tipos delictivos;
- c).- El caso en el que existe la conducta de más de un sujeto que ocasiona la realización de diversas conductas previstas en varios tipos delictivos.

En cada una de las situaciones previamente citadas nos hallamos ante lo que determina la ley, la teoría y la jurisprudencia, como concurso de delitos, que como podrá verse, de manera general lo comprendemos, cuando en un solo sujeto recaé la responsabilidad que existe de dos o más delitos, presentándose al respecto dos situaciones: Una cuando por una sola conducta, realizada por un agente se violan diversas disposiciones; y otra cuando por múltiples acciones resultan diversos resultados, surgiendo los llamados concursos: Ideal o formal y real o material.

El concurso ideal o formal, resulta así de la existencia de unidad de acción y pluralidad de resultados, Castellanos Tena se refiere a éste, diciendo "... 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..."(74).

Ignacio Villalobos nos dice "... cuando solo por su aspecto ideal, de antijuricidad o de valoración, se pueda decir que hay una doble o múltiple infracción. No debe haber sino una sola actuación del agente, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos; y esta clase de concurso puede, a su vez, tener lugar a dos maneras diferentes; cuando por una sola actuación se producen dos resultados antijurídicos (cuando un solo disparo lesiona a dos personas); otra cuando el acto ejecutado, sin pluralidad en sus efectos materiales, corresponde a dos o más estimaciones jurídicas diferentes o puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y conforme a cada uno de ellos merece una sanción diversa ..." (75) El Código Penal nos dice; "... Art. 18. Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos ..."

En su artículo 64; dispone "... En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

La ley establece de esa manera, la posibilidad de disminución de la pena - consecuencia del concurso ideal o formal, tomando como base la sanción de mayor gravedad a la que se agregará la de los restantes delitos, que juntas no podrán rebasar el máximo establecido, que es una mitad más de la pena básica.

Referente al concurso real o material, Miguel Angel Cortés Ibarra sostiene que existe cuando "... el sujeto realiza pluralidad de conductas independientes entre sí, integrando cada una de ellas un hecho delictivo sin que el agente, por las mismas le haya recaído sentencia ejecutoriada ..." (76).

Ignacio Villalobos dice que hay concurso real "... siempre que un mismo sujeto comete dos o más delitos, integrados cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos acto humano, antijurídico, tipificado y culpable, sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se halla viva, es decir, que no se haya prescrito ni ha sido juzgada ..." (77).

Encontramos que en este tipo de concursos se puede dar la heterogeneidad,

75.- Op. Cit. Pág. 505.

76.- Derecho Penal Mexicano, Parte General. 11a Ed. Editorial Porrúa, S. A; - México D. F. 1971. Pág 279.

77.- Op. Cit. Pág. 505.

cuando se refiere a dos delitos distintos (robo-fraude), y homogéneo cuando se trata de dos delitos iguales (robo-robo).

Raúl Carrancá y Trujillo al referirse a este concurso nos dice "... puede darse la pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se está en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos ..." (78)

En cuanto a la sanción de esta clase de concurso, el segundo párrafo del citado artículo 64 establece "... En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero ...". "... Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber: Acumulación material, absorción y acumulación jurídica. En el sistema de acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito. En el de absorción, solo se impone la pena del delito más grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En el de la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable ..." (79).

De acuerdo con esto, el artículo transcrito parece enfocarse en un sistema de acumulación jurídica, pues se determina como base, imponer la pena del delito que merezca la mayor.

Los autores comentados señalan que la existencia de varias conductas delictivas sancionadas por la ley, solo puede generar concurso real o material cuando no existe prescripción o sentencia respecto de alguna de estas conductas, pues en ambos casos como bien señala Cortés Ibarra, se demuestra la vigencia de la responsabilidad, que no puede existir en el caso de prescripción o que ya fue juzgada en el segundo caso, señalado de la sentencia; ahora bien, en la circunstancia de la existencia de sentencia condenatoria por alguna de las conductas delictivas desplegadas saldríamos del concurso real y material para entrar en una problemática que podrá verse como reincidencia, la que es concebida en el artículo 20 del Código Penal, que determina "... Hay reincidencia: Siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha

78.- Derecho Penal Mexicano, Parte General. 14a. Ed. Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1982, pág. 675.

79.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 308.

transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley..."

Existe también el denominado delito continuado, al respecto Raúl Carrancá y Trujillo dice; "... cuando hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todos a integrar un solo resultado, también el delito es uno solo y se denomina continuo..." (80).

El Artículo 19 del Código Penal nos dice "... No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado...".

Tocante a la forma de aplicación de la pena, igualmente se expresa en el artículo 64 último párrafo al determinar "...En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido..."

En relación a las figuras delictivas que nos ocupan: Fraude genérico, fraude específico, robo, abuso de confianza, peculado y encubrimiento, no hay posibilidad de presenciar un concurso ideal o formal, toda vez que cada una de las conductas que se describen en los tipos delictivos en mención determinan una incompatibilidad de intromisión en alguna de las restantes conductas delictuosas.

El concurso real o material con relación a los tipos delictivos que nos ocupan presentan posibilidades a saber:

A).- La existencia de varias conductas delictivas cometidas, que traen aparejada cada una de ellas un resultado anti-jurídico, realizado por un solo sujeto, ocasionando la comisión de varios delitos de la misma especie, fraude genérico, específico, robo, abuso de confianza, peculado y encubrimiento, que traería como consecuencia un concurso real o material homogéneo.

B).- Pueden existir varias conductas delictivas realizadas por un solo sujeto de distinta especie y derivada una de otra, que dentro de nuestra clasificación primaria le dimos el nombre de concomitancia, observando que se pueden dar:

a).- robo - fraude genérico - específico.

- b) abuso de confianza - fraude genérico - específico.
- c) secuestro - fraude genérico - específico.
- d) encubrimiento - fraude genérico - específico.
- e) fraude genérico o específico - fraude genérico - específico.

Como puede verse en cada uno de los casos citados aparece el concurso real o material denominado heterogéneo.

Otra situación jurídica que genera el tipo delictivo y que nos hace presentar la funcionalidad de este, es el llamado concurso aparente de leyes, o concurrencia de normas incompatibles entre sí, que Ignacio Villalobos considera — que no es un concurso de delitos propiamente dicho, sino que "... Resulta de la existencia de varios tipos o preceptos penales que, por sus términos parecen convenir en común a lo sucedido, pero atendiendo a la naturaleza de las cosas o al contenido de antijuricidad de cada tipo, no pueden coexistir porque llevan consigo elementos de destrucción, de absorción de uno por el otro, de eliminación por preferencia de la ley en que uno se halla formulado ..." (81) Portet lo comprende como "... cuando se encuentra una materia o un caso, disciplinario o reglamentado por dos o más normas, incompatibles entre sí ... los casos en que un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto ..." (82) Cuervo Calón lo interpreta como "... cuando a una y misma acción son aplicables dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí recíprocamente ..." (83).

De ahí, que esta situación tenga su problema cuando una sola conducta ilícita se encuentra señalada en varios tipos penales surgiendo la duda de cual de esos tipos debe regular esa situación, sin embargo, debe de tenerse en cuenta — el criterio de Ignacio Villalobos con el que coincidimos, respecto a que el contenido de la antijuricidad de cada tipo no puede coexistir porque surgen elementos de destrucción.

Existen una serie de soluciones al respecto por medio de principios a saber; el de especialidad, que consiste en la exclusión de la norma general y la aplicación de la de carácter especial, toda vez, que la especial será la que excluya a la general; la consunción se da "... Cuando la materia o caso regulado por

81.- Op. Cit. Pág. 507.

82.- Op. Cit. Pág. 220.

83.- Op. Cit. Pág. 628.

una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud. Este principio, ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera ..." (84). El principio de subsidiaridad, establece que, cuando al concurrir dos normas o más al respecto de un mismo bien jurídico, tiene aplicación la norma principal o primaria en lugar de la subsidiaria o secundaria; y por último el principio de alternatividad que se da cuando las normas concurrentes protegen el mismo interés jurídico, aún cuando sus elementos constitutivos no sean identificados (85).

De lo anterior podemos concluir, que del estudio de nuestras figuras típicas, el robo, el abuso de confianza, el peculado y el encubrimiento no es dable a la concurrencia de normas incompatibles, toda vez que no existen diversos tipos penales que intentan regular la misma conducta descriptiva de cada uno de los tipos delictivos mencionados.

Sin embargo, en cuanto se refiere al fraude, debemos considerar la siguiente problemática; en el caso que se enajene, hipoteque, empeñe o grave un objeto con conocimiento que no tiene el derecho de disposición y dicha conducta se realiza por medio del engaño o mantenimiento del error, surge la posibilidad de considerar si es aplicable en dicho caso la fracción II del artículo 387, o bien el fraude genérico del artículo 386, lo que aparentemente nos daría una incompatibilidad de normas.

1.5.-ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

CONDUCTA.

Procedemos a estudiar los elementos que integran al delito en forma general, para posteriormente aplicar los conocimientos en forma concreta en nuestros delitos en estudio. El primer elemento o requisito es la conducta, conocida también con las expresiones de acto, hecho, actividad, acción; pero consideramos más idóneo el utilizar el de conducta como forma genérica de significar aquél comportamiento positivo referente a un hacer, o negativo a un no hacer realizado por el hombre único dotado de inteligencia y voluntad que se propone un fin. Al respecto Jiménez Huerta nos dice "... En la expresión conducta, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento ti-

84.- Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág 509

85.- Idem.

pico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad ..." (86). La conducta es definida por diversos autores como Ricardo C. Núñez que dice "... En derecho penal — deberá considerarse como acción todo efecto corporal positivo o negativo respecto del cual, por las circunstancias concretas del caso, no esté impedida su — atribución al dominio activo o negativo de la voluntad ... pero esa conducta en sus múltiples formas de denominación y de sus disímiles facetas de realización, no debe entenderse como un mero proceso actual, sino implica la intervención de la voluntad como medio teleológicamente dirigido a la obtención de un fin deseado por el individuo ..." (87). Para Jiménez de Asúa "... El acto es la manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo — cuya modificación se aguarda ..." (88) Luis Carlos Pérez, establece "... La acción no es cualquier comportamiento humano, sino solo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior ..." (89). Carrancá y Trujillo "... La conducta consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor — de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado ..." (90). Fernando Castellanos Tena dice "... La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito ..." (91).

Creemos así, que la conducta es el comportamiento realizado por un sujeto con voluntariedad de producir un cambio en el mundo exterior, manifestado ya — sea por un hacer o un no hacer. Por su parte Porte Petit establece, que no solo la conducta, sino también el hecho son elementos objetivos del delito, según sea la descripción del tipo trayendo consigo la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material.

De tal forma que, cuando el tipo legal describa solo a la conducta en cualquiera de sus formas, acción u omisión, quedaría establecida solo ésta, pero si además de la conducta se establece un resultado unido a su conducta estaríamos frente a un hecho.

86.- Op. Cit. Pág. 107.

87.- Derecho Penal Argentino. Parte General T. I. Edit. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina; 1959, págs. 230 y 234.

88.- La Ley y el Delito. 8a. Ed. Edit. Sudamericana; Buenos Aires, Argentina. — 1978, pág. 216.

89.- Op. Cit. Pág. 466.

90.- Op. Cit. Pág. 261.

91.- Op. Cit. Pág. 149.

No obstante, cuando nos referimos al hecho en el amplio sentido de la palabra, este lo entendemos como aquél acontecimiento o suceso proveniente de — fenómenos naturales, lo que determina que el hecho no es voluntario y al no — existir esta, en consecuencia no habrá un acto humano y por ende no habría delito.

Se han establecido las hipótesis de realización de la conducta a saber:

Primera; Se refiere cuando el sujeto realiza totalmente la conducta, teniendo como medio, algún órgano de su cuerpo, instrumentos, un medio moral o una fuerza subhumana, es decir de la naturaleza.

Segunda; El sujeto realiza en forma parcial la conducta, mientras que lo demás puede ser la propia víctima, un tercero o también fuerzas subhumanas.

Tercera; La conducta es efectuada por un sujeto que es inducido, o bien por un sujeto que sirve de instrumento.

La conducta se presenta de manera general, en dos formas: La acción cuando se trata de un hacer positivo; u omisión, un no hacer negativo; a su vez la omisión se contempla en forma más compleja hablándose así de la llamada comisión por omisión.

Al respecto se dice "... Las conductas que describen las figuras típicas consisten en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, se tiene la acción — positiva o en sentido estricto; y en el segundo la acción negativa o inactividad ..." (92).

Así la acción viene a ser una especie de la conducta, y consiste en; "... La actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición..." (93).

Ignacio Villalobos "... El acto es siempre la manifestación de una facultad en movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego para la realización que le es propia es hacer, a diferencia de la capacidad de hacer, y por eso se suele contraponer la simple potencia del acto ..." (94).

Francisco Antolisei sostiene "... En estricto sentido, la acción consiste en —

92.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 107.

93.- Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pág. 300.

94.- Op. Cit. Pág. 232.

un movimiento del cuerpo del sujeto, en virtud del cual la fuerza síquica se despliega sobre el nervio motor determinando la actividad muscular en una manifestación exterior voluntaria ..." (95).

Eugenio Cuello Calón, dice; "... La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado ..." (96).

La acción, la entenderemos como aquel comportamiento positivo realizado por un sujeto activo, un movimiento inducido por su voluntad, y con la conciencia y el deseo de obtener un resultado, sin embargo, es necesario considerar que, en ocasiones la conducta desarrollada, no está unida a la voluntad, como elemento psicológico para que se realice la infracción, sino que intervienen fuerzas superiores que lo obligan a conducirse en forma irresponsable, como es el caso de causar un daño por mero accidente, sin intención, ni imprudencia alguna, circunstancia contenida en la fracción X del artículo 15 del Código Penal.

Así mismo, el artículo 7 de nuestro Código sustantivo, establece esa forma de manifestarse de la conducta, al decir que el acto o bien la omisión constituyen el delito; de tal manera denotamos que la acción en su aspecto positivo o estricto sentido es denominado acto, así el acto refleja una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, acarreado una violación de la norma que lo prohíbe.

La mayoría de los autores coinciden en que en la acción intervienen tres elementos, por ejemplo:

Jiménez de Asúa sostiene "... La acción está integrada por tres elementos; manifestación de voluntad, en forma de movimiento corporal voluntario; resultado o cambio en el mundo exterior provocado por el movimiento corporal voluntario y relación causal entre ambos ..." (97).

Puig Peña, al respecto manifiesta "... Los elementos de la acción son; la manifestación de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad ..." (98).

95.- Comentado por Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. Pág. 465.

96.- Op. Cit. Pág. 319.

97.- Op. Cit. Pág. 294.

98.- Derecho Penal. T. I. Editorial Madrid; Madrid España; 1965, pág. 241.

Porte Petit, sin embargo, considera que además de la voluntad y la actividad — de esta, se encuentra el deber jurídico de abstenerse. Nosotros estimamos solo a los tres elementos mencionados, porque el deber sería otra cuestión diferente a tratar que no entra en la acción.

A).- Manifestación de la voluntad.

Existirá una conducta delictiva siempre y cuando esta dependa de un acto de voluntad, es decir, el elemento interno o subjetivo de la conducta manifestado a través de una acción, se tiene libertad de obrar, pero es importante — resaltar que es necesaria la manifestación de esa voluntad en el mundo exterior, ya que si solo se conserva en el pensamiento coeficiente psíquico interno, no constituiría un ilícito penal, porque sin ella no cabría afirmar la — existencia y realidad de una conducta delictiva. "... La voluntad es el solo elemento con que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del sujeto ..."(99).

B).- Resultado.

En cuanto hace al resultado, algunos autores consideran que este no es — elemento de la conducta, sino de la culpabilidad, puesto que en la conducta solo se atiende a la voluntad que se tiene; porque el resultado no siempre se — quiere, pensamos que si se tiene voluntad de realizar determinado acto, es por que se lleva consigo un fin determinado, y en consecuencia se desea y se quiere ese resultado, ese cambio o modificación en el mundo exterior, porque se — tendrá una proyección anticipada de las modificaciones que se quieren se lleven a cabo en la realidad exterior, conducida por un fin o meta, impulsado precisamente por esa voluntad y manifestada a través de la realización de la acción.

C).- Relación de causalidad.

Debemos establecer que entre la conducta que tiene por objeto la producción de un resultado debe existir una relación entre ambos, es decir, la causa "acto" tiene una relación con su efecto "resultado", de tal manera que, entre la acción y el resultado, para que este pueda ser atribuible al sujeto como la consecuencia de su conducta es necesario un vínculo "nexo causal" o (relación de causalidad).

Para Porte Petit, la relación de causalidad consiste en; "... Un nexo en-

tre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho ..." (100).

Al respecto, Jiménez Huerta nos aclara "... Que una relación de causalidad material entre el comportamiento y el resultado sólo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana..." (101). Es decir, si se analiza a aquellos delitos que se integran por la conducta y el resultado, este se encontrará siempre en dependencia natural, temporal y lógica de su comportamiento que lo originó, ya que viene siendo precisamente su consecuencia o efecto material.

Antolisei comenta "... Un nexo casual entre comportamiento y resultado precisa-se para la integración de las figuras típicas que exigen un resultado fáctico, pues si dicho nexo no tuviere existencia, el resultado aparecería como un acontecimiento totalmente desligado del comportamiento del sujeto y sin relación alguna con él. Para que una modificación del mundo externo-resultado-pueda ser atribuido a un hombre, necesario es que se haya verificado como consecuencia de su acción; en otros términos, que entre una y otra exista relación de causalidad..."(102). Sin embargo, se han manifestado una serie de problemas respecto de cuáles acciones deben ser consideradas como causa del resultado, dándose dos corrientes: La generalizadora, que considera que todas las condiciones que intervienen son causas del resultado; y la individualizadora, establece que, dentro de todas las condiciones una será la productora del resultado, tomando en consideración su temporalidad, cantidad y calidad.

Dentro de la primer corriente encontramos:

La teoría de la Equivalencia de las Condiciones o denominada también indistintamente *Conditio Sine Qua Non* o la Condición.

Establece, supuesto que todas las condiciones son equivalentes, todas son productoras del resultado y por ende todas son causa, de tal forma, de esta teoría podemos establecer dos ideas:

a) Toda condición es causa del resultado y; b) El conjunto de todas las condiciones son causa del resultado. 'En síntesis; "... Todas las condiciones y entre ellas el comportamiento humano que cooperan en la producción de un resultado, son equivalentes en su causación..."(103).

100.- Op. Cit. Pág. 335.

101.- Op. Cit. Pág. 176.

102.- Comentado por Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 180.

103.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 182.

Esta teoría es enormemente criticada porque en el ámbito penal carece de lógica jurídica, pues pueden surgir condiciones distintas al comportamiento, y que pueden producir un resultado diferente al de la acción que realmente lo produjo, o bien, ser condiciones intrascendentes para el ilícito.

Tratando de delimitar, el exceso de causa se buscó la solución en el elemento de la culpabilidad cuestión fuera de alcance, pues ya se estaría tratando otro aspecto del delito.

Dentro de las teorías individualizadoras, tenemos entre las más importantes a las siguientes:

La Teoría de la Última Condición, de la Causa Próxima o Inmediata. Esta teoría considera que dentro de las causas que se presentan productoras del resultado, solo tendrá valor la última o la más cercana al resultado.

Como podemos observar esta teoría también resulta irrelevante, ya que, la condición más próxima al resultado, no es siempre la que realmente lo produjo, de tal manera que establece una limitación poco objetiva.

La Teoría de la Condición más Eficaz.

Esta teoría determina que solo es causa, del resultado aquella condición "... Que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia — preponderante ..." (104). De tal forma que se considerará causa más eficaz aquella que ha contribuido más en la producción del resultado.

La Teoría de la Adecuación o de la Causalidad Adecuada.

Constituye esta teoría una de las más individualizadoras, y la más acertada a nuestro juicio porque determina que no cualquier condición será la que produzca el resultado, sino solo aquella normalmente idónea para producirlo.

A pesar de que se denota una imprecisión en esta teoría, de que debe entenderse por causa, es menester señalar, que es esta teoría la más sobresaliente y que se determina en nuestro Código y no la teoría de equivalencia como algunos autores sostienen, a vía de ejemplo se pueden observar los artículos 303, 304, y 305 del Código Penal para el Distrito Federal. De ahí que se sostenga; "... Para que exista ante el derecho una relación causal entre el com—

portamiento y el resultado, forzoso es que el hombre haya producido el resultado con una conducta idónea para su realización ..." (105).

Criterio acertado, toda vez, que si la conducta o acto, es la causa de un resultado que es la consecuencia, debe solo de considerarse precisamente ese acto que originó la mutación en el mundo exterior y no otras condiciones que en última instancia, resulten intrascendentes; mientras si existieran otras que lo son, se consideran en otros aspectos o en el momento de realizar una valoración de dicha conducta.

Hemos establecido que no solo la acción es una de las formas de manifestación de la conducta, sino también en su sentido negativo, la omisión a la que se refiere Cuello Calón como "... La conducta inactiva, una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer, es decir la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado ..." (106)

Para Porte Petit "... La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma perceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición ..." (107), o como la conducta que "... radica en abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar ..." (108). Entendemos así, por omisión a aquella conducta humana negativa consistente en un no hacer, teniendo un deber legal de hacer, violando así una norma perceptiva, es decir, una inactividad sobre algo que se esperaba lo contrario.

Los elementos que la integran son:

Una voluntad; una conducta y un deber jurídico de obrar; un resultado típico; y una relación de causalidad.

Una voluntad en la omisión estará dada por el no querer realizar una acción esperada y exigida.

La Conducta Inactiva; es la abstención, el no hacer lo que se está obligado por la norma a hacer.

105.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Págs. 186 y 187.

106.- Op. Cit. Pág. 336.

107.- Op. Cit. Págs. 305 y 306.

108.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 152.

El Deber Jurídico de Obrar.- Se considera que este no debería ser examinado, sino, en la anti-juricidad, sin embargo, puede tenerse en cuenta para una mejor explicación de la omisión; se refiere a la acción concebida como realizable — por la ley que no es cumplida.

Un Resultado Típico. Referente al resultado, este solo es típico al existir — un mutuoamiento en el orden jurídico y no material, pues se consuma el delito — al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

Relación de Causalidad. En cuanto a la relación de causalidad, en la omisión nos encontramos que algunos autores niegan la existencia de ésta, mientras — otros la aceptan, entre estos últimos tenemos los siguientes criterios:

Teoría del Aliud Actum, Agere o Facere.

Esta teoría determina que la causa se encuentra en la acción que realiza el sujeto omitente, pero es criticada ya que no es posible equiparar la acción a la omisión realizada y el querer encontrar el nexo en la acción.

Teoría de la Acción Precedente.

Al respecto Porte Petit sostiene que "... Consiste en que, al realizar el sujeto una conducta (acción) se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida para evitar el resultado ..." (109).

Teoría de la Interferencia.

Cuando el sujeto omitente ha dominado el impulso que le compela a actuar, se produce una contracorriente como un fenómeno de interferencia entre aquella fuerza que lo impulsa a obrar y un despliegue de la misma.

Teoría de la Concepción Normativa.

Establece que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo — que equivale a que el sujeto está obligado a realizar una conducta o sea una — acción esperada y exigida y no es realizada, dándose así un resultado como consecuencia de dicha omisión, estableciéndose la relación causal entre la omisión y el resultado.

La tercera forma de manifestación de la conducta es la Comisión por Omisión.

En esta conducta se tiene una doble violación de deberes; obrar y abstenerse, consecuentemente se lesionan dos normas: Una dispositiva, que impone el deber de obrar y otra prohibitiva, que es la que sanciona el resultado penalmente tipificado.

Porte Petit conceptúa a esta conducta diciendo "... Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o un no voluntario (culpa); violando una norma preceptiva y otra prohibitiva ..." (110). Determinando así, que la comisión por omisión además de tener un resultado típico, tiene uno material.

Para Cavallo "... Se tiene al realizar un evento que consiste en una modificación del mundo exterior, directamente, mediante la abstección de una acción que se tenía la obligación jurídica de ejecutar ..." (111). Ferrer Sama la concibe como "... La producción de un cambio en el mundo exterior, mediante la omisión de algo que el derecho ordena ..." (112).

Cuello Calón la define como "... La producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar, o en la producción de un cambio en el mundo externo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar ..." (113).

Sus elementos conforme al criterio seguido de Porte Petit son:

Una voluntad o no voluntad, (culpa); el querer no realizar una actividad exigida y obligada por la ley. Pero se pueden desglosar: La inactividad que se da por la omisión, el abstenerse de realizar lo que se está obligado a realizar por la norma.

El deber de obrar y de abstenerse.

En la comisión por omisión se denotan dos deberes, el deber que se tenía de obrar y el de abstenerse, considerándose un mandamiento y a la vez una prohibición.

110.- Op. Cit. Pág. 311

111.- Comentado por Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Págs. 311 y 312.

112.- Idem., Pág. 312.

113.- Op. Cit. Pág. 322.

Un resultado típico y material.

En este caso, el resultado que es el que produce el cambio en el mundo exterior, determinará tanto un resultado típico como material.

Tiempo y Lugar del Delito.

Al respecto vemos que existen autores que el problema del tiempo y lugar del delito lo enfocan en el análisis de la validez temporal y espacial de la ley penal e inclusive algunos en la conducta, así ocurre que a veces la conducta y el resultado se producen en el mismo tiempo y lugar, pero habrá otras ocasiones en que la conducta no coincide con el resultado, ya sea en el lugar o tiempo, dándose los delitos llamados a distancia, de ello se han formulado una serie de teorías para tratar de resolver el problema a saber:

La teoría de la Actividad o de la Residencia.

Sostiene que se comete el delito en el momento mismo en que se realiza la conducta independientemente del resultado.

Teoría del Resultado.

Establece precisamente que se comete el delito en el momento en que se produce el resultado y no la actividad.

Esta teoría resulta irrelevante porque el delito está precisamente determinado por la conducta que se encuentra descrita en el tipo penal, que de llevarse a cabo, por lógica dará un resultado, consecuencia directa de la conducta tipificada. De igual forma, se refuta en cuanto a los delitos formales o en la tentativa en los cuales el resultado no se produce.

Teoría Unitaria, Mixta, de Conjunto o de la Ubicuidad.

El delito se comete en el momento de realizarse la conducta como cuando se produce el resultado. Tratando esta teoría de conjugar ambos aspectos como una posible solución al problema.

Teoría del Resultado Intermedio o Intermediario más Próximo.

Belig la determina como "... Una variedad de la teoría del resultado, importándole el tiempo y el lugar del efecto anti-jurídico más próximo propuesto

por la acción ..." (114).

Teoría del Trayecto Total del Hecho.

Belig al respecto dice "... Se comete aparte del lugar y el tiempo de su fin (resultado) en todos los lugares o tiempos intermedios ..." (115).

Teoría de la Ampliada Actividad.

El delito se comete donde se verifica la parte esencial de la actividad - delictuosa.

Teoría de la Valoración Jurídica.

El derecho podría adoptar el principio de la manifestación de la voluntad o del resultado, considerando el problema planteado de acuerdo por los fines - perseguidos por la materia que se trate. Nuestra ley no resuelve con claridad el problema, sin embargo, se puede observar que no le da importancia al tiempo, como a la ley que es aplicable, como lo manifiesta el artículo 2 del Código Penal, que dice, "... Se aplicará asimismo:

I.- Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y

II.- Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieran sido juzgados en el país en que se cometieron..."

De tal manera, cuando se refiere al lugar, de alguna forma nuestro ordenamiento penal se inclina por la teoría del resultado, así mismo se preocupa - por saber si la acción penal aún se encuentra latente, es decir, si no ha sufrido de prescripción.

Teniendo una idea general de qué debemos de entender por conducta y sus - formas de manifestarse, aplicaremos ahora esto a nuestros delitos en estudio.

Fraude genérico.

En este delito se atribuye una conducta de acción positiva, mediante la

114.- Comentado por Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pág. 404.

115.- Idem.

actividad que realiza el agente del delito, que valiéndose del engaño como instrumento intelectual por medio del cual desvirtúa la verdad, creándose en la víctima una falsa realidad acerca de las cosas, actos o derechos, obteniéndose así una disposición patrimonial, que tiene la peculiaridad de que la obtención de la cosa o del lucro que se tiene, no es en ausencia del consentimiento o la voluntad de la víctima, sino con la anuencia de esta, derivada de la actitud engañosa por parte del delincuente. Es preciso aclarar que el engaño no es el elemento que castiga la ley, sino la apropiación indebida, ya que solo el engaño viene a determinar un recurso intelectual.

Pero al mismo tiempo, el tipo establece otro medio "el aprovechamiento del error", lo cual constituye lo contrario al anterior, una conducta negativa u omisión, una abstención por parte del agente del delito, que se aprovecha o se apoya de la falsa concepción, o del error en que la víctima se encuentra, de tal forma que existe un error anterior del que se vale para obtener un fin, dándose un concepto equivocado en que se encuentra el sujeto pasivo y en el que no interviene el sujeto activo, sino que, conociéndolo se abstiene de hacerlo saber, aprovechándose de la situación y por ende se obtiene una disponibilidad indebida de una cosa, acarreando un lucro indebido.

Fraude específico.-

Se desarrolla una acción positiva, en donde el sujeto activo, al tener conocimiento de que la cosa que enajenó, hipotecó, gravó o empeñó, no le pertenecía, despliega un engaño que le permitirá obtener un lucro indebido, porque la víctima no tendrá la verdad sobre la calidad jurídico sustancial de la cosa. Pero puede darse también, aquella circunstancia en donde el sujeto pasivo cree que el sujeto activo es el propietario de la cosa, y al encontrarse en ese error, el sujeto activo podría aprovecharse, resultando con ello una omisión.

Abuso de confianza.

Consiste en una conducta de acción positiva determinada, por el acto de disposición de una cosa ajena, se establece que en el delito en análisis se basa en un presupuesto especial referido a la conducta del agente, que tiene una existencia anterior a la conducta tipificada, y sin el cual el delito de abuso de confianza no tendría vida, tal presupuesto se refiere a que el agente posea la tenencia precaria; violándose la finalidad jurídica que se tenía, pues to que se distrae la cosa para el fin concebido, obteniéndose así un lucro indebido.

Robo.

De igual forma nos encontramos frente a una conducta de acción positiva - por parte del agente del delito, determinada por el apoderamiento entendido en su forma rudimentaria de coger con ánimo de apropiación al poner bajo su poder una cosa ajena sin la voluntad de su poseedor y que por lo tanto no le pertenecía, es así determinante que para que dicho apoderamiento resulte configurado, la cosa debe encontrarse en posesión ajena, es decir, en poder de una persona distinta del sujeto activo.

Peculado.

Se desarrolla una acción determinada por distraer alguna cosa, objetos o dinero de sus verdaderos fines jurídicos, estableciéndose que la cosa se encuentra en posesión precaria del sujeto activo, obteniendo éste, un beneficio ilegítimo.

Encubrimiento.

Se contemplan dos conductas diversas: La primera, constituida por la acción de adquirir, recibir u ocultar el producto de un hecho delictuoso y con ánimo de lucro; segunda, se verifica una conducta de omisión para el sujeto activo del delito, quien al recibir la cosa bajo cualquier concepto, no tomó las precauciones necesarias para determinar que la cosa recibida había sido legítimamente adquirida por quien la transmite.

Podemos concluir, que de los delitos motivo de nuestro estudio, solo tenemos con tipo amplio que contempla a la conducta en un doble aspecto, positivo y negativo (acción u omisión); el fraude genérico y el encubrimiento, los demás tipos delictivos contemplan a la conducta en alguna de sus formas; así vemos que dentro de la conducta como acción, se encuentran, fraude específico, abuso de confianza, robo y peculado.

Hemos manifestado que la conducta es la acción u omisión realizada por el hombre, con la voluntad de obtener un fin que se exteriorice en el mundo fáctico, de ello resulta que en la comisión de un ilícito penal, habrá siempre dos sujetos; un activo y el pasivo, el hombre como sujeto activo, es aquél que por medio de su comportamiento comete una conducta ilícita, causando un daño, ya sea a un individuo en particular o a la sociedad en general. Al respecto se menciona que "... Los tipos delictivos hace, pues, mención expresa y directa de un sujeto activo o autor, en quien, como indica Mezger, encuentran

aplicación inmediata los diversos preceptos penales "...No es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquél que ejecuta la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable..."(116)

De tal forma que el sujeto activo con su proceder realiza un ilícito, ya sea como autor directo, coautor o cómplice e inclusive encubridor.

"...Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente auxiliando el autor con anterioridad a su realización, concomitante mente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor) ..." (117).

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo, manifiesta que "... El sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario, el que participa, activo secundario. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser impune..." (118)

Los citados autores, coinciden en que será sujeto activo el ser humano que realiza una conducta tipificada, ya sea directamente o por medio de su participación, desprendiéndose diversos papeles en los que pueden ajustarse a saber: Autor material o intelectual, copartícipe, cómplice o encubridor, nuestra ley Penal al establecer quienes pueden ser responsables de los delitos nos determina de alguna manera estos:

"... Art. 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que lo determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cum-

116.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 95

117.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 143

118.- Op. Cit. Pág. 249.

plimiento de una promesa anterior al delito; y
VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado ..."

De lo anterior, se desprende que dentro del sujeto activo podemos estar los llamados autores principales o materiales, que son aquellos que voluntaria y conscientemente ejecutan actos en forma directa, produciendo un resultado; o bien, que intervienen en forma intelectual al proponer inducir o cometer siendo este autor intelectual; o bien, aquellos sujetos que intervienen en la concepción o preparación del delito, llamados cómplices, que Jiménez de Asúa los define de la siguiente manera "... Prestan al autor una cooperación secundaria, a sabiendas de que favorecen la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario ..." (119).

"... Cuando al delincuente principal lo ayudan o socorren otros mediante previo acuerdo, éstos son cómplices. El cómplice ha de ser un sujeto plenamente responsable y no inductor, pues en este caso sería coautor ..." (120).

Por otra parte, si son varios los sujetos que han ejecutado entre todos un mismo hecho ilícito y todos son plenamente responsables, entonces serán coautores.

En cuanto se refiere al encubrido, este se desgloza de lo que se define como encubrimiento, pues se dice; "... El encubrimiento consiste en la ocultación de los culpables del delito o del cuerpo o de los efectos de éste o de los instrumentos con que se cometió, o el de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiere proporcionado, o en aprovecharse el propio encubridor de aquéllos beneficios ..." (121).

"... El encubrimiento consiste en la ayuda prestada al delincuente después de la consumación del delito, sin concierto anterior a su ejecución..." (122).

Carrara distingue tres grandes grupos de encubridores a saber; "... Conti

119.- Op. Cit. Pág. 315.

120.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 661.

121.- Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 650.

122.- Mosquete Martín, Diego. El Delito de Encubrimiento, Bosch, Casa Editorial; Barcelona; España, 1946, pág. 9.

nuadores.- Que toman pretexto del delito consumado ya por otro, para repetir - la misma violación jurídica, continuando aquél de algún modo. Receptores.- En el sentido del derecho romano, o sea, los que habitualmente prestan auxilio a los delincuentes para encubrirlos u ocultar objetos del delito. Encubridores. Que sin repetir la ofensa del derecho violado, y sin previo acuerdo, proporcionan cualquier género de asistencia para impedir el descubrimiento o castigo - del delincuente ..."(123).

La diferencia que existe entre el cómplice y el encubridor, radica en que la ayuda prestada en el primero, es anterior o durante la preparación del delito; mientras que, en el encubrimiento, la ayuda es posterior a la comisión, y no puede ser cómplice puesto que no conocía con anterioridad, ni había concertado antes de la realización del delito la conducta.

Cabe señalar, que dentro del sujeto activo, cuando puede ser cualquier individuo, es decir, no se le determina una calidad o relación especial esta- remos frente a un delito común, mientras que, cuando el tipo establezca alguna calidad, será un delito especial. De tal forma que si observamos nuestro Có- digo Penal, nos percataremos que en algunos tipos se encuentran determinadas - ciertas cualidades personales en el sujeto activo, las cuales se dividen en - naturales y jurídicas:

"... Son cualidades naturales aquellas que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica...jurídicas, aquellas otras que presuponen una situación social creada por el Derecho ..."(124).

Vemos también que por el número de individuos que intervienen en el deli- to, puede dar origen a la siguiente clasificación:

Los delitos monosubjetivos o unisubjetivos, que se refieren a aquel tipo que para la realización de la conducta descrita, es suficiente con la interven- ción de un individuo, pudiendo, claro está, ser realizada por más de uno.

Los delitos plurisubjetivos, aluden a que necesariamente debe existir la actuación de dos o más sujetos para verificar el tipo.

Por otra parte, surge la problemática si considerar a las personas mora- les como sujetos activos o no, al respecto, Florian manifiesta "... La más cer-

123.- Comentado por Mosquete Martín, Diego. Op. Cit. Pág. 22.

124.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 101.

tera crítica contra la responsabilidad penal de las personas morales puede resumirse así: La imputabilidad de dichas personas llevaría a prescindir de la persona física individual que le dió vida, como sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a la corporación, se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos los socios culpables o inocentes; tan sumaria justicia, sobre repugnar al positivismo penal moderno, repugna también a la equidad y aún al sentido común ..."(125). Cuestión que consideramos acertada, pues si un factor determinante de la conducta se refiere a la voluntad propia, y en una sociedad o corporación no está determinada con claridad ésta, es imposible imputar un delito de manera justa, ya que además puede darse la hipótesis de que uno o varios miembros de la agrupación no pudieron impedir su realización o simplemente no tenían conocimiento del hecho ilícito.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal al respecto manifiesta; -- "... Art. 11; Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier otra clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública ..." Se puede observar que el citado artículo hace mención de que el delito es realizado por un miembro de la corporación o representante, estableciendo así, una conducta delictiva de una persona física y no moral, refiriéndose a una sanción penal de suspensión o disolución a la persona moral en casos excepcionales a criterio del juez.

Respecto al sujeto pasivo de manera general, podemos decir que es el titular del bien jurídicamente protegido por la ley, o bien, el que sufre de manera directa el daño, se dice; "... El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es el que resiente el daño causado por la infracción penal ..."(126).

"... Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito ..."(127).

125.- Comentado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 250.

126.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 151 y 152.

127.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 255.

Aquél que se ve afectado o lesionado en su bien jurídicamente protegido; por ello se dice, que en todo delito debe existir necesariamente un sujeto pasivo, Bettiol considera que "... En todo delito existen dos sujetos pasivos; uno constante, esto es el Estado administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derechohabiente, de la querrela y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal ..." (128).

Es claro que el Estado protege los intereses de sus miembros, de esta forma, abstractamente también éste se ve lesionado, presentándose algunas veces en forma directa, o bien en forma indirecta.

Se determina que pueden ser sujetos pasivos del delito;

Persona física.- Con la amplitud de todos sus derechos, inclusive los de antes de su nacimiento.

Persona moral.- Que puede verse lesionada en sus bienes jurídicamente protegidos.

El Estado.- Puesto que de igual manera es titular de derechos y hasta la sociedad misma, en cuanto se ve afectada en sus valores como es el caso de los delitos en contra de la moral pública.

De lo anterior, podemos llegar a las siguientes apreciaciones de los delitos en análisis;

a).- El fraude genérico, fraude específico, abuso de confianza y robo; aunque el tipo no enmarca quién es el sujeto activo de manera general, inferimos que puede ser cualquier individuo, que por medio de su acción en los delitos mencionados o además inacción, en caso del fraude genérico y por los medios que se establezcan en cada tipo penal, desarrolla una conducta ilícita, y obtiene un beneficio indebido; mientras el sujeto pasivo de la situación ilícita creada es el que resiente el daño patrimonial.

Es conveniente aclarar que en torno al robo, nuestro tipo establece que la víctima debe disponer de la cosa con arreglo a la ley, pudiéndose presentar la hipótesis, de quien poseía la cosa objeto del robo, no era el legítimo poseedor, en tal caso, teóricamente, se ha querido hablar de un sujeto pasivo

de la conducta, el que sería al que le fue arrebatada la cosa, y el sujeto pasivo del delito, el que tenía el derecho de posesión sobre él, sin embargo, es suficiente con que el apoderamiento del agente sea ilegítimo, para que la tutela penal subsista, independientemente de la titularidad de la cosa.

De ello inferimos, que todos los delitos en mención son comunes, puesto que, no establecen relación o condición especial alguna, siendo también monosubjetivos o unisubjetivos, ya que basta con la intervención de un solo sujeto para que el tipo delictivo se cumpla, todos tienen la posibilidad de participación, porque pueden existir coautores, cómplices, encubridores, y aunque el fraude genérico respecto a la conducta omisiva (aprovechamiento del error) aparentemente rechaza dichas intervenciones, puede sin embargo, presentarse en las formas mencionadas anteriormente.

b).- El Peculado, por su parte constituye un delito especial, ya que el tipo establece una calidad personal al sujeto activo, el de ser servidor público, en tanto que el sujeto pasivo es la colectividad social, o bien, el Estado en forma directa, de igual forma es monosubjetivo o unisubjetivo, ya que con un solo sujeto se da la conducta, y cabe también la participación.

c).- Encubrimiento, en este delito encontramos que el sujeto activo tiene el papel de encubridor, puesto que su conducta es consecuencia de un delito ya consumado por otro, continuando la violación jurídica, que se traduce en un beneficio; el sujeto pasivo será el que sufra el menoscabo patrimonial, consecuencia no solo del encubrimiento, sino también de otro delito, distinto del que fue objeto. Es un delito monosubjetivo, pero en cuanto a la participación, es pertinente reafirmar la característica peculiar del encubridor, ya que este no puede ser coautor o cómplice, porque su participación es posterior a la consumación de una conducta ilícita, tal es el caso del tipo que contemplamos, donde se despliega la conducta del sujeto activo en dos situaciones distintas;

Primera: El sujeto activo (encubridor), recibe, adquiere u oculta el producto de un hecho delictuoso, por supuesto, posterior a su ejecución y sin haber participado en él, pero con conocimiento de esta circunstancia.

Segunda: El sujeto activo igualmente recibe la cosa producto de un delito, pero con la circunstancia, de no conocer la procedencia ilícita, por omisión de precauciones indispensables.

TIPICIDAD.

El siguiente elemento a tratar es la tipicidad, la conducta para ser de-

lictiva tiene que ser típica, debe corresponder a un tipo penal, si el acto — ejecutado no puede encajar en ninguno de los tipos delictivos establecidos en el texto legal cesa cualquier tutela penal.

Al respecto Jiménez Huerta nos dice, "... La tipicidad es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado para poner en relieve que es imprescindible que la anti-juricidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca ..." (129).

La tipicidad es definida por diversos autores de la siguiente forma:

Jiménez de Asúa, "... La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción ..." (130).

Fernando Castellanos Tena, "... La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa ..." (131).

Laureano Landaburd "... La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal ..." (132).

Porte Petit, "... La tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo ..." (133).

Carrancá y Trujillo Raúl "... La acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo, distintivo de la anti-juricidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito... Es la conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal; hipótesis -tipo del delito o cuerpo del delito-, según la denominación impuesta por la Constitución, que está integrada por elementos objetivos, normativos y subjetivos. En consecuencia, solo podrá ser delictiva la acción que encaje en el tipo; ninguna -

129.- Op. Cit. Pág. 21.

130.- Op. Cit. Pág. 744.

131.- Op. Cit. Pág. 168.

132.- Comentado por Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pág. 470.

133.- Op. Cit. Pág. 471.

acción será, por tanto, delictiva sino está prevista en la ley penal como típica ..."(134).

Beling determinó que no habría delito sin tipicidad, o sea, sin el hecho de que la vida real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la parte especial de los Códigos donde se definen y catalogan los delitos.(135)

De lo anterior, llegamos a comprender a la tipicidad como la realización de una conducta, vista en forma determinada, que se adhiere a cada una de las características descritas previamente en la hipótesis normativa, lo que significa que una conducta se adecúa al tipo penal, aclarando que con ello no debemos entender que la tipicidad se refiere solo a la conducta establecida en el tipo penal, sino también a todos los demás elementos o características que el tipo determina.

La tipicidad se presenta en nuestros delitos de la siguiente forma:

Fraude genérico.- La tipicidad se precisa en la realización de una acción u omisión formas de conducta dándose su consumación por un sujeto activo, sin ninguna calidad o relación especial y que a través de los medios comisivos ya sea de engaño o del aprovechamiento del error, y a base de su proceder ilícito obtiene un beneficio ilícito ocasionando un daño patrimonial al sujeto pasivo.

Fraude específico.- Se manifiesta por el desarrollo de una acción ilícita realizada por cualquier individuo, que sabiendo de antemano que la cosa no le pertenece, realiza a través de un contrato una disposición indebida y por ende un beneficio ilícito.

Abuso de confianza.- Se desarrolla la acción hecha por cualquier persona que teniendo la tenencia de una cosa ajena mueble dispone de ésta, realizando una conducta ilícita y por tanto causando un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo.

Robo.- Se precisa en la realización con la conducta ilícita de algún sujeto que por apoderamiento obtiene una cosa mueble que no es de su pertenencia y sin el consentimiento y voluntad del pasivo, creándole a éste un daño patrimonial.

134.- Op. Cit. Págs., 171, 172 y 406.

135.- Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 171.

Peculado.- Una acción realizada por un sujeto con calidad especial (servidor - público), que desvirtúa alguna cosa de sus verdaderos fines que tenía, y que - dicha cosa se encontraba en su posesión, creando al pasivo un menoscabo o daño patrimonial.

Encubrimiento.- Primera: Se verifica con la realización de la acción, por parte del sujeto activo, de adquirir, recibir u ocultar una cosa, de procedencia ilícita, con conocimiento de esta circunstancia.

Segunda: Se desarrolla por la omisión consistente en no emplear la prevención necesaria por cualquier sujeto que haya adquirido alguna - cosa, por venta, prenda o bajo cualquier concepto, siempre y cuando dicha cosa resultare ser ilícita.

Antijuricidad.- El elemento que toca analizar ahora, es la antijuricidad, generalmente por el sentido de la palabra, muchos autores entienden a ésta como "lo contrario a derecho", sin embargo, otros consideran que no se trata de una contradicción sino cuando se presenta una conducta delictuosa, lo que sucede - es ajustarse a lo descrito en la norma.

Es con Carrara, cuando se inicia una primera construcción de la antijuricidad y de lo injusto, al establecer que el delito era la infracción de la ley del Estado, lo antijurídico debía entenderse como una contradicción de una conducta concreta hacia el orden jurídico determinado por el Estado, de tal manera que, su concepción del delito está fundada sobre el concepto de antijuricidad (136).

Pero fue en realidad con Bindig donde se inician las bases para la concepción de la antijuricidad, determina que la conducta no es contraria a la ley, sino que se ajusta a lo establecido por el ordenamiento jurídico, y por consiguiente, lo que se infringe es la norma, que son en última instancia portadoras de los valores jurídicos que protege el Estado, y son precisamente - ellas las que dan forma a la ley, así Bindig manifiesta que la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: La norma valoriza, la ley describe.(137).

Otros autores confunden la antijuricidad con la ilicitud, puesto que aunque ésta última puede entenderse como lo no permitido legal o hasta moralmente, ello no significa que se refiera a la antijuricidad como más adelante se verá.

136.- Cfr. Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1976, págs. 11-17.

137.- Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op: Cit. Págs. 178 y 179.

Por otro lado, a veces se utiliza como sinónimo de la anti-juricidad, la palabra injusto, y hay algunos autores que hacen diferenciación de ambos conceptos, como es Sauer que considera que lo injusto abarca tanto la valoración, como el hecho, mientras que lo anti-jurídico solo abarca la valoración. (138).

Por su parte, Ernesto Mayer afirma que; "... Las normas de Derecho son — emanación de las normas de cultura, esto es, de aquel plexo de mandatos o prohibiciones impuestos a los individuos, como imperativos de la moral, de la religión, o de la costumbre, sobre los que se funda la vida de relación y que — crean el modo de pensar y sentir la cultura — de una determinada sociedad... En consecuencia, es anti-jurídico el comportamiento que contradice las normas — de cultura reconocidas ..." (139).

Sin embargo, si concebimos a dichas normas como el conjunto de ordenes y prohibiciones y hablamos de un deber ser establecido por la sociedad, estaríamos generalizando y en consecuencia, serían más normas morales y culturales — que jurídicas, dado esto, dichas normas carecerían de valor para decidir sobre la anti-juricidad de una conducta resultando esta concepción más ética y filosófica que jurídica.

Por su parte Carnelutti sostiene que, "... Lo jurídico que contiene la — expresión anti-jurídico, no significa regulado por el derecho, sino conforme a él; Únicamente así podrá entenderse como el delito puede ser justamente un hecho jurídico y un hecho anti-jurídico ..." (140).

Para Cuello Calón "... La anti-juricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico—penal, tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada ..." (141).

Welzel por su parte considera que "... La anti-juricidad no es naturalmente un mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción. Por ello, la anti-juricidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social — jurídico ..." (142).

138.- Cfr. Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. Págs. 14 y 15.

139.- Comentado por Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 228.

140.- Comentado por Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. Pág. 14.

141.- Op. Cit. Pág. 284.

142.- Comentado por Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. Pág. 9.

Mezger determina que "... El pronunciamiento y declaración de que una conducta típica es antijurídica, presupone un análisis y un enjuiciamiento, una valoración, o un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas — del Derecho ..."(143).

Entonces debemos entender que el juicio valorativo que se haga de la conducta ilícita da como resultado, la contradicción entre el comportamiento y el orden jurídico establecido.

Figura también el considerar a la antijuricidad como característica del delito, en tal caso para estimar, una conducta típica como delictiva es determinante que lesione tanto un bien jurídico, como ofender valores ideales de una comunidad, de lo que se puede establecer que para que una conducta sea valorada como antijurídica, se requieren entonces dos condiciones;

- a) Que se lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el derecho;
- b) Que se ofenda los ideales valorativos de la comunidad, significando que una comunidad tiene en común ideales valorativos que por medio del orden jurídico establecido, permiten hacer posible el mantenimiento y orden de su vida social, así como la conservación de dichos ideales, de tal forma que una lesión a ellas daría pauta a una antijuricidad.

Surgen discrepancias respecto si la antijuricidad es o no elemento del delito, dentro de las que sostienen que no es elemento tenemos a;

Massori que dice al respecto "... La antijuricidad no es elemento sino un carácter del hecho punible y que si fuere un elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuricidad distinguirse de los demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a las mismas, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del delito ..."(144).

Manzini, determina que "... La ilegitimidad (ilicitud o antijuricidad) — del hecho constitutivo del delito es, por consiguiente, un carácter del hecho mismo, un efecto de la incriminación, y no ya un presupuesto del delito mismo, ni un elemento constitutivo suyo ..."(145).

Rocco, critica a los que dan a la antijuricidad el carácter del delito, -

143.- Comentado por Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 206.

144.- Comentado por Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pág. 481.

145.- Comentado Por Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. Pág. 15.

diciendo "... Descomponiendo el delito, no se encontraría una individualidad - autónoma de anti-juricidad, pues va ligada al hecho culpable como el color y la forma de las cosas, sin que pueda separársele de él, sin privarla de su contenido, sin que volatilice. Es un carácter que circula por todo el delito, en cuanto el delito es violación de la norma penal y en tal relación pura y simple se agota el delito ..." (146).

Dentro de los que consideran a la anti-juricidad como elemento, se encuentran Jiménez Huerta, Puig Peña, y Petrocelli, éste último comenta, que la anti-juricidad es uno de los tres elementos del delito, es un requisito, aquello que se requiere para la composición del delito, de tal forma que de manera general, los autores que establecen que la anti-juricidad es elemento del delito, mencionan que éste forma parte de un todo (delito) (147).

Se ha desarrollado también una clasificación de la anti-juricidad, para lograr una mejor comprensión de la misma, dándose así con Liszt una concepción dualista de la anti-juricidad, al establecer que cuando se transgrede una norma p el ordenamiento jurídico del Estado, el acto será formalmente contrario a derecho, mientras será material cuando se da una conducta contraria a la sociedad.

Cuello Calón, al respecto manifiesta "... La anti-juricidad presenta un doble aspecto; un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma y otro material, integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos." (148)

Ignacio Villalobos comenta "... La anti-juricidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también la anti-juricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley lo anti-jurídico material se dice. En una sociedad organizada jurídicamente o en un Estado, el anti-jurídico material o el contenido material de la anti-juricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los bienes jurídicamente protegidos, o en un solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales ..." (149).

146.- Comentado por Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. Pág. 13.

147.- Cfr. Porte Petit, Celestino. Op. Cit. Pág. 482.

148.- Cp. Cit. Pág. 338.

149.- Op. Cit. Pág. 349.

De lo expuesto, se infiere que para la existencia de la antijuricidad se requieren de dos requisitos: a) La adecuación o conformidad a un tipo; y b) que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión.

Así mismo, las cualidades esenciales de la antijuricidad se dan por una conducta objetiva, que transgreda los valores jurídicamente tutelados, de tal forma que dicha conducta al violar los intereses que protege el Estado, se sitúa en una apreciación jurídica realizada por el Órgano Jurisdiccional.

De lo anterior desprendemos que la antijuricidad como elemento de delito, va a estar determinada por la valoración que realiza el Órgano Jurisdiccional respecto a una conducta objetiva en relación con los intereses que protege el Estado.

De tal forma que de nuestros delitos en estudio, la antijuricidad se da cuando: La conducta establecida en cada uno de nuestros tipos penales se manifieste objetivamente, es decir, se proyecte en el exterior, de tal forma, que el sujeto por medio de esa conducta y proceder antijurídico, obtendrá un beneficio indebido y en consecuencia incrementará su haber económico, afectándose de esa manera el patrimonio del sujeto pasivo, violando el interés protegido por la sociedad, que es precisamente el patrimonio.

Así el órgano jurisdiccional realizará su apreciación y valoración, de tal situación en correlación con el índice de valores que protege el Estado.

IMPUTABILIDAD.

Siguiendo un orden lógico en el estudio analítico del delito y enfocándonos a su ámbito subjetivo, conviene determinar ahora a la imputabilidad, aclarando que no es considerada como elemento del delito, sino como un presupuesto de la culpabilidad, pues para atribuirle a un sujeto que es culpable, es necesario que primeramente se le considere imputable de manera general; estableciéndose que la imputabilidad es una abstracción, porque consiste en una situación psíquica, mientras que lo concreto, estaría dado precisamente por la culpabilidad de una capacidad de imputación legal. La imputabilidad compréndase como aquella capacidad de querer y entender por parte del sujeto que se determina en función de un hecho delictuoso.

Para Ernesto Mayer, la imputabilidad es "... La posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente ..." (150).

Para Franz Von Liszt "... Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es -- decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción..." (151).

Carrancá y trujillo nos dice que será imputable "...todo aquél que, posea - al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a - las exigencias de la vida en sociedad humana..." (152).

De las anteriores concepciones, llegamos a considerar que un sujeto, es imputable cuando en el momento de cometer una acción delictuosa se encuentra en condiciones psíquicas para entender y querer, y por tanto, en capacidad de atribuírse - le el hecho y hacerlo responsable ante la ley penal.

Por ello para ser el sujeto culpable, ha de comenzar por ser imputable, luego - la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

En cuanto se refiere al fundamento de la imputabilidad, se determinan tanto - a la responsabilidad moral, como al libre albedrío enmarcándose dos tendencias;

a).- Escuela Clásica. Carrara establecía que la libertad es atributo indispen - sable de la voluntad, de ella depende su existencia, apareciendo los libero-arbitristas considerando que el sujeto de una acción delictiva debe poseer en el tiempo de su realización capacidad de discernimiento, resultando una responsa - bilidad penal, consecuencia de una moral.

b).- En oposición a dicha concepción, de la revolución positivista surgen los - deterministas, que niegan el libre albitrio y establecen el determinismo de la conducta, de tal forma que el hombre ya no es responsable moralmente sino social mente, porque el hombre vive en sociedad y está en relación con ella a través de móviles o fuerzas del medio ambiente, que es con esos contrastes donde el hombre es responsable socialmente.

Asimismo, la imputabilidad va enlazada del factor responsabilidad pues para, que el agente le sea punible tiene que ser responsable' ante la ley penal.

Ignacio Villalobos considera que "...La responsabilidad es la relación entre el sujeto y el Estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos; El - relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces -

151.-Comentado por Castellanos Teña, Fernando. Op. Cit. Pág.218

152.-Op. Cit. Pág. 415.

- significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, - que se deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo - y el correspondiente a la culpabilidad, que como forma de actuación, significa - ya un lazo jurídico real y concreto entre el delincuado y el Estado..." (153).

Fernando Castellanos Tena manifiesta"... La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad - por el hecho realizado..." (154).

Concebimos a la responsabilidad como una obligación de responder por determinadas acciones que un sujeto ejecuta con entendimiento y deseo de llevarlos acabo así la responsabilidad se manifiesta en la relación dada entre el sujeto y el - Estado ya que este último es el que declara su culpabilidad y la consecuencia - jurídica.

Nuestra legislación sustantiva vigente no establece que debe entenderse por imputabilidad, solo respecto a la responsabilidad establece un limite al decir; "...Art. 10.La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley..."

Hemos manifestado, que la imputabilidad será la capacidad de entender y querer por parte del sujeto activo, y que tal situación psíquica debe coincidir en el momento de la ejecución de la conducta, sin embargo, puede suceder que el sujeto antes de la ejecución de la acción ya entendida y deseada, toma una posición inimputable y en tales circunstancias produce el resultado, a dichas acciones - se les conoce como "Las acciones liberae in causa", las que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos, pero a pesar de esta situación se ha establecido que en tales circunstancias hay responsabilidad porque, la acción - fue querida y entendida independientemente del momento en que se produjo el resultado, además dolosamente se procuró estar en estado de inimputabilidad, por otra parte, sí consideramos que la voluntad es el eslabón principal de la conducta y esta existe en el momento de la decisión del acto, sobrevive el deseo de que se produzca el resultado, independientemente, del momento en que se ejecute - ya que se previó estar en ese estado.

En torno a los delitos que nos ocupan podemos afirmar en conjunto, que la imputabilidad se presenta en aquél sujeto que encontrandose en una situación psíquica

153.- Op. Cit. Pág.280

154.- Op. Cit. Pág 219

- ca de entendimiento y queriendo un resultado, desarrolla un comportamiento típico, antijurídico y en consecuencia, culpable y responsable.

CULPABILIDAD.

Teniendo una noción de imputabilidad y dejando establecido que se trata de un presupuesto de la culpabilidad, faltaría solo determinar está, como último elemento positivo del delito, pues no basta que una conducta sea típica y antijurídica sino precisa también sea culpable, por ser indispensable que el sujeto sea capaz de soportar lo que se le imputa, por haberlo ejecutado con conciencia y voluntad, y serle reprochable su intención o imprudencia.

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad généricamente, consiste en "...el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos..." (155).

Existen dos variantes principales que estudian la naturaleza jurídica de la culpabilidad a saber:

a).- Teoría psicológica de la Culpabilidad.-

Considera esta teoría que la culpabilidad encuentra su base en el carácter psicológico del sujeto y su relación con el resultado, de tal forma, lo que se proponga el, autor en un proceso intelectual volitivo y como ha hecho para lograrlo es enteramente psicológico.

b).- Teoría Normativa de la Culpabilidad.-

Se llama normativa, porque se establece la existencia de una norma que exige determinada conducta, dicha norma es violada por el agente ya sea dolosamente o culposamente. Es decir la culpabilidad estaría dada por un juicio de reproche y la exigibilidad como base del reproche que se hace al agente que pudo y debió observar una conducta distinta a la realizada.

"...La reprochabilidad de la conducta de alguien dice Goldschmidt, presupone la obligación de omitir tal conducta. Esto es, que hay una norma de deber en virtud de la cual el individuo debe motivarse jurídicamente...La culpabilidad normativa descansa en la oposición al deber..." (156).

155.-Op. Cit. Pág.272.

156.-Comentado por Pérez, Luis Carlos. Op. Cit.Pág.500.

Muchos son los autores que se apegan a la concepción normativista entre ellos-tenemos a :

Bettioli, que define a la culpabilidad como "...Un juicio de reproche personal por la perpetración de un hecho lesivo de un interés penalmente protegido..."(157).

Vela Treviño "... La culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente - adecuado a la norma..."(158).

Mezger "...Conjunto de presupuestos que derivan, del hecho punible, un reproche personal frente al autor..."(159).

Pavón Vasconcelos "...La culpabilidad jurídico penal supone un juicio de referencia y de valoración mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado culpablemente..."(160).

Jiménez Huerta determina que "...Una declaración de culpabilidad sólo puede pronunciarse en contra de una persona cuando el hecho le fuere reprochable por haberlo libremente cometido en alguna de las situaciones anímicas o estados psíquicos que integran el contenido de la voluntad que preside los actos humanos. - Esto presupone:a). que dichas situaciones anímicas o estados psíquicos constituyen el objeto sobre el que versa el juicio de reprochabilidad;b) que dicho juicio se eleva e independiza de dichas situaciones anímicas o estados psicológicos; - c). que si bien el reproche se proyecta sobre la conducta del que actúa, es formulado por el que juzga y que el juicio de reprochabilidad, como todo juicio, tiene que estar regido por determinadas reglas o normas valorativas..."(161).

Por nuestra parte, creemos conveniente que respecto a la culpabilidad como elemento subjetivo del delito deben considerarse tanto los aspectos psicológicos, como con respecto a la norma; Entendiendo que la culpabilidad será un vínculo entre el aspecto psicológico, su libre y conciente voluntad de realizar determinado acto y su resultado, violando de esa forma los valores o intereses protegidos por el orden jurídico establecido.

157.-Comentado por Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. Pág.499

158.-Comentado por Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág.435

159.- Idem. Pág 433

160.-Op. Cit. Pág 336

161.-Op. Cit. Págs. 434y435.

Es necesario, tener presente las variadas formas de exteriorización de la culpabilidad que se presentan a saber:

Si el agente se propuso algo, nace la figura del dolo; si no existió una proposición, pero se produjo un resultado hay culpa; si el resultado no coincide con lo deseado por el autor preterintención.

Nuestro ordenamiento Penal establece estas tres formas al decir que; "...Art. 8.- Los delitos pueden ser; I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; - III.- Preterintencionales. Art. 9. Obra intencionalmente el que, conociendo las — circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley. Obra imprudencialmente, el que realiza un hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia..."

El dolo como podrá observarse aparece en nuestro ordenamiento en una noción generalizada "intención", que se concibe como el aspecto psicológico que presupone la dirección de la voluntad hacia un fin determinado y querido, es decir, — una voluntad encaminada a la realización de un hecho delictuoso del cual es conocido su significación.

Jiménez de Asúa define al dolo como "...La producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho, y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica..." (162).

Por su parte Raúl Carranca y trujillo estima que "...Obrará, pues, con dañada — intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer — algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo..." (163).

Para Florian "...Como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito..." (164)

Fernando Castellanos Tena "...El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..." (165).

162.- Op. Cit. Pág. 459

163.- Op. Cit. Pág. 426

164.- Idem.

165.- Op. Cit. Pág. 239.

Conforme a lo anterior, estimamos al dolo o intención, como la voluntad consciente y dirigida del actuar hacia una causación de un resultado dañoso y típico, en nuestro ordenamiento la intención delictuosa se ve claramente encaminada a la realización de un hecho determinado, descrito en algún tipo penal.

Respecto a los elementos del dolo existen diversos criterios, algunos dan mayor importancia a la voluntad, otros al conocimiento que se tenga del hecho delictuoso, sin embargo, los elementos más aceptados son:

Elemento intelectual. Consiste, en la consciencia del agente de que viola una norma, puesto que actúa en contra de un deber, causando un daño en los intereses ajenos, es decir el resultado querido es ilícito.

Elemento emocional o volitivo. Pero no sólo, es necesario el conocimiento de que se quebranta un deber, sino que es indispensable una voluntad consciente de realizar y producir un resultado.

Significando así, que el dolo se presenta cuando en el agente se observe una conducta con conocimiento de que se está contrariando un deber establecido en el ordenamiento jurídico y una voluntad consciente de producir un resultado típico.

Hay diversas opiniones respecto a las clases de dolo que existen pero las más comunes son:

Dolo directo.- Existe voluntad del agente que coincide con el resultado producido.

Dolo indirecto.- Se ha reclasificado en;

Dolo simplemente indirecto. Se da cuando el agente se propone un fin, sabiendo que con su acción pueden resultar otras consecuencias, que de manera indirecta no fueron motivo de su voluntad, pero comprendiendo dicha situación no retrocede de su acción ilícita.

Dolo indeterminado.- Cuando existe una intención sin un fin, determinado.

Dolo eventual.- El agente desea un resultado pero conoce la posibilidad de que surgan otros.

La segunda forma de la culpabilidad, es la culpa, que es denominada en nuestra ley sustantiva como "no intencional o de imprudencia". Raúl Carrancá y Trujillo considera que la culpa consiste "...En el obrar sin la debida previsión, - por lo que se cause un resultado dañoso y previsible, tipificado en la ley Penal. En consecuencia no hay previsión del resultado, siendo esperada y jurídicamente exigible dicha previsión. El resultado dañoso es, no obstante la imprevisión, inculminable, pues no por ello la causación es involuntaria, ni de

-ja de causarse daño a un bien o interés jurídico protegidos..."(166).

Cuello Calón "... Existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley..." (167).

Fernando Castellanos Tena, establece que existe culpa cuando "...Se realiza la -- conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero -- éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por -- negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.." (168)

Ignacio Villalobos estima que "...Una persona tiene culpa cuando obra de tal -- manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de refle-- xión, de pericia, de precaución o de cuidado necesario, se produce una situa-- ción de antijuricidad típica no querida directamente, ni consentida por su vo -- luntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo..." (169).

De lo anterior, se desprende que la conducta se presenta inconscientemente, y -- sin ningún fin, pero produce un resultado dañoso, que pudo ser previsible.

Jiménez Huerta determina que "...El quid de la imprudencia no reside en la fi -- nalidad sino en el modo, forma o circunstancias en que el agente causa un resul -- tado típico en ocasión de realizar una conducta que no tenía ese fin..."(170).

De alguna manera, nuestro ordenamiento sigue este criterio al establecer que -- obra imprudencialmente el que realiza un hecho típico, no teniendo el cuidado -- que las circunstancias y condiciones personales le obligan. (Art. 9 segundo -- párrafo).

Dándose así una importancia radical en el modo o las circunstancias, más que a la finalidad.

Son dos formas principales de culpa que se manejan:

a). La culpa consciente, con previsión o representación.- Estableciéndose que-

166.- Código Penal Anotado, 10a.Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1983 Pág 32

167.- Op. Cit. Pág. 325

168.- Op. Cit. Págs. 246 y 247

169.- Op. Cit. Pág. 247

170.- Op. Cit. Pág. 459.

- hay conocimiento por parte del agente sobre el resultado como una posibilidad pero no desea dicho resultado, e incluso abriga una esperanza de que no ocurriera.

b).- La culpa inconsciente, sin previsión o representación;

Solia llamarse tambien leve o levisima, sin embargo se ha olvidado esta clasificación y solo es apreciable en cuanto hace a la penalidad, Existe cuando el agente por voluntariedad de una conducta causal no prevé un resultado previsible y evitable.

Consideramos así que existe culpa, cuando el agente no tenia el deseo de producir un resultado dañoso, pero que en determinado momento pudo evitarlo, existiendo una conducta imprudente, que se configura en delito, cuando produce un resultado típico dañoso.

Como elementos de la culpa se señalan a :

a).- La conducta, manifestada en una acción u omisión voluntarias

b).- Adecuación típica

c).- Que no exista intención

d).- Que la actuación se deba a una causa de imprudencia o negligencia.

e).- Que el resultado sea previsible y evitable.

Dándose estos elementos estaríamos en presencia de una conducta culposa.

El actual Código Penal, ya contempla la tercera forma de la culpabilidad, la preterintencionalidad, algunos la consideran como dolo eventual y se refiere cuando de la conducta voluntaria del agente surge un resultado mayor al deseado resaltando la condición de que solo cuando el resultado mayor sea causa de una imprudencia, porque de no ser así se comprende que la intención del agente era precisamente producir ese resultado.

Queda pues, la culpabilidad presentada en tres formas de exteriorización el dolo o intención (la voluntad consciente de causar un daño y producirlo); la culpa o imprudencia, (por falta de precaucion causando un daño no deseado) y la preterintencionalidad (causar un resultado mayor al deseado).

Por otro lado, se presenta la situación hipotética de que a una conducta humana tendiente a realizar una acción, se le adhiera una causa imprevisible, estraña fuera del alcance humano, de tal forma que dicha causa no podrá imputarse al agente, ni ser considerado culpable, puesto que no existe intención ni imprudencia, a está situación se le denomina caso fortuito y en el Código Penal es considerada como una causa de exclusión de responsabilidad que en su artículo 15 fracción X dice "...Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas..."

De lo anterior debe considerarse que el hecho ha de ser lícito, es decir, debe ejecutarse con todas las precauciones debidas, entendiéndose estas no en su aspecto literal, sino sólo aquellas que se consideran normales.

Raúl Carrancá y Trujillo al respecto manifiesta que el caso fortuito no es otra cosa que "...mero accidente, hecho casual o contingente que desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imputarse ni intención(dolo), ni imprudencia (culpa), por lo que el elemento psíquico del delito se encuentra, desde luego, ausente, y por ello, ausente también la voluntad..." (171).

Fernando Castellanos Tena dice "... En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado..." (172).

Por ello el caso fortuito es un aspecto que excluye la responsabilidad, dado que no hay intención ni culpa, puesto que dicha situación no se puede prever por estar fuera de lo posible.

Pasando a la aplicación objetiva de los delitos que nos proponemos estudiar llegamos a la siguiente consideración:

Por la propia estructura de los delitos de fraude genérico y específico; abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, en lo que se refiere respectivamente: "engaño o aprovechamiento del error" (ánimo de lucro), "con conocimiento de que no se tiene derecho" (ánimo de lucro); "disponer para sí o para otro" (dolo específico consistente en el ánimo de lucro, como consecuencia del ánimo de dominio), "apoderarse" (el dolo específico en este tipo se verifica con el animus rem sibi habendi, constituido por la voluntad y consciencia de ánimo de apoderamiento, desglosado en ejercer ánimo de dominio), "distraiga de su objeto" (ánimo de lucro), " adquiera, reciba u oculte" " tenía derecho para disponer de ella" (ánimo de lucro), describen una conducta que determina un dolo directo, excluyéndose de manera determinante la culpa o imprudencia; haciendo indispensable que el dolo contenido en cada uno de los tipos se ligue a un dolo específico, también directo, determinado, con la intención de obtener un beneficio ilícito, como resultado del proceder intencional. Es claro determinar que en la realización de las conductas descritas, un elemento primordial lo encontramos en la determinación o discernimiento que los autores mencionan como querer y entender(imputabilidad) que determina el despliegue de la conducta tipificada en-

171.- Op. Cit. Pág. 446

172.- Op. Cit. Pág. 254.

- cada caso, situación que fundamenta el Juicio de reproche y justifica la existencia de la responsabilidad penal.

PUNIBILIDAD.

El delito queda, pues constituido por el comportamiento típico, antijurídico y culpable, de tal abstracción, la realización de un hecho subsumible en un tipo— no implica más que a su autor le pueda ser aplicada una pena.

Raúl Carrancá y Trujillo nos dice "...La acción antijurídica, típica y culpable para ser inculpa^{ble} ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que está ha de ser la consecuencia de aquélla legal y necesaria..." (173).

Fernando Castellanos Tena expone "... En resumen punibilidad es; a).Merecimiento de penas b).Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;c). Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley..." (174)

Ignacio Villalobos comenta "...Se ha dicho que el delito, a más de sus elementos material y moral o psicológico, requiere un elemento legal, un intervención de la ley para calificar esa conducta delictuosa y es visible que tal convicción — se manifiesta de manera desviada, debido a la costumbre general y milenaria de asociar la pena al delito, al pretender que esa legalidad se manifieste o se — realice precisamente por medio de la conminación penal; por más que propiamente es la tipicidad la que llena tal función..." (175).

Jiménez Huerta sostiene "... La punibilidad es la secuencia lógica jurídica del juicio de reproche; nulla poena sine culpa..." (176).

Reafirmando lo sostenido en el primer inciso de este trabajo, diremos que la punibilidad como merecimiento de una pena constituye una consecuencia lógica jurídica de un comportamiento típico antijurídico y culpable.

Respecto a la pena es separadamente definida como;

C. Bernaldo de Quirós que dice "...La pena es la reacción social jurídicamente — organizada contra el delito..." (177).

173.- Op. Cit. Pág. 408

174.- Op. Cit. Pág 273

175.- Op. Cit. Págs. 212 y 213

176.- Op. Cit. Pág. 473

177.- Comentado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 315.

Para Cuello Calón, "... Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal ..." (178).

Es aceptable, que la pena aplicable, al autor se encuentre establecida en el ordenamiento penal, ya sea en el propio precepto, o bien en otra figura que indirectamente la ensamble, pero ello no quiere decir que sea un elemento legal para que se configure el delito, es solo que la pena viene a constituir el medio por el que se vale la sociedad para tratar de reprimir el delito, de tal forma que ésta se observa como medida que entrará en función cuando se cometa un hecho delictuoso, siendo así una consecuencia lógica-jurídica de un proceder ilícito.

La punibilidad de nuestros delitos es la siguiente;

Tanto para el fraude genérico como específico, es la misma pena y se encuentra establecida en el segundo párrafo del artículo 386 del Código Penal que dice;

"... El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad;

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario;

III. Con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario ..."

En lo que se refiere al abuso de confianza, se establece que:

"... Art. 382.- Se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario. Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario ..."

En cuanto se refiere a la penalidad del robo, se establecen las siguientes situaciones;

178.- Comentado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 315 y 316.

"... Art. 369.- Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. En cuanto a la fijación del valor de lo robado, así como la multa impuesta, se tomará en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito.

Art. 369 bis.- Para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este título, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en que se cometió el delito.

Art. 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. -- Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario. Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.

Art. 371.- Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuera posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres hasta cinco años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres a dos años de prisión ..."

Como podrá denotarse, el Código Penal considera para sancionar el delito de robo, el valor del objeto material, así como circunstancias que lo califican, en cuanto al primero se determina que para estimar la cuantía del robo, base de la penalidad, se fijará únicamente con el valor intrínseco de la cosa, es decir, el valor real de la cosa que tuviere en el momento de llevarse a cabo la apropiación sin considerarse la anterior o posterior, y para establecer la cuantía, se estimará el salario mínimo general vigente.

De este delito se presentan dos situaciones: Cuando el objeto material del robo hubiese sido recuperado y se encuentre a disposición de las autoridades, se hará lo dispuesto en los artículos 98, 99, 100, 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 181, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Y cuando no se tiene el objeto, será valorado por peritos, con base a las generales y especiales peculiaridades del objeto (Art. 162 C. Proc. P. D. F.); (220 C. F. Proc. P.).

El artículo 380 establece una situación atenuante al manifestar; "... Al

que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada.

Como una agravante del delito de robo, se establecen las siguientes situaciones;

"... Art. 381.- Además de la pena que le corresponde, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente de tres días a tres años de prisión, en los casos siguientes:

- I. Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado;
- II. Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Por doméstico se entiende: El individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirva a otro, aun cuando no viva en la casa de éste;
- III. Cuando un huésped o comensal, o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, lo cometa en la casa donde reciban hospitalidad, obsequio o agasajo;
- IV. Cuando lo cometa el dueño a alguno de su familia en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquier otra persona;
- V. Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que prestan sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes, y
- VI. Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares al que tengan libre entrada por el carácter indicado;
- VII. Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público;
- VIII. Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se producen por catástrofe o desorden público;
- IX. Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos;
- X. Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos.

Art. 381 bis.- Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al

que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, correspondiéndose en esta denominación no solo los — que están fijos en la tierra, sino también los movibles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos. En los mismos términos se sancionará al que — se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo — dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo ..."

El peculado se encuentra sancionado en el último párrafo del Artículo 223 que establece "... Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Quando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente, no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos — años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Quando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente excede de quinientas veces al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario — vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos ..."

El artículo 400, respecto al encubrimiento dispone:

"... Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa al que ...

- a) Con ánimo de lucro, adquiera, reciba u oculte,
- b) Por no tomar precauciones indispensables ...

En este último caso, la pena se disminuirá hasta en una mitad. —

... Para los efectos del párrafo anterior, los adquirientes de vehículos de motor, deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cercio—

rándose de su legítima procedencia ..."

Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa.

En el caso que nos interesa, la pena se podrá disminuir hasta una mitad.

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Haremos alusión ahora, a los elementos negativos del delito, y siguiendo el orden lógico jurídico, el primer elemento, lo será la ausencia de conducta, que como hemos aludido con anterioridad, la conducta humana en sus formas de manifestación (acción u omisión), depende del acto de voluntad, sin esta que es la fase fundamental, no existirá delito, a pesar de que por las circunstancias aparentemente lo hay.

En la teoría se han expuesto como hipótesis de ausencia de conducta las siguientes;

Vis absoluta o fuerza física.- Algunos autores le han tratado de dar el carácter de causa de inimputabilidad, pero si un sujeto realiza una acción en donde interviene tal hipótesis, y en ese momento cuenta con capacidad psicológica de entender, será imputable, pero si no existe manifestación de voluntad, sino que el resultado es producido como consecuencia de una fuerza física exterior, entonces lo que existe es ausencia de conducta.

Al respecto Jiménez Huerta manifiesta "... Tampoco existe señorío alguno de la voluntad cuando el hombre interviene como simple naturaleza muerta - fuerza mayor - o como mero instrumento material - fuerza irresistible - Interviene el hombre como simple naturaleza muerta, siempre que ocasiona un resultado lesivo a consecuencia de una violencia exterior y absoluta, priunda de las fuerzas ciegas de la naturaleza ..." (179).

Por su parte Porte Petit expresa "... Cuando el sujeto realiza un hacer o no hacer por una violencia física humana e irresistible ... La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto; de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física ex-

terior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve cometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario ..." (180).

Desprendiéndose que la fuerza física o vis absoluta se da cuando el individuo por medio de su acción o inacción y en virtud de una fuerza física exterior irresistible a la propia, produce un resultado, surgiendo que la persona del forzado, solo es un instrumento del que se ejerce la fuerza, en tales circunstancias, esta fuerza física exterior irresistible, verifica la ausencia de conducta, porque el sujeto que la desarrolla no contaba con la voluntad y el deseo de producir un resultado dañoso y en consecuencia, no existe conducta, - puesto que no hay unión entre el elemento psicológico y el resultado.

La segunda hipótesis que se presenta, es la llamada Vis Mayor o Fuerza Mayor.- Que tiene carácter supralegal, porque no se encuentra prevista por la ley, pero a pesar de ello y dado su naturaleza de no contener el elemento interno de la conducta, tiene efectos operatorios, Porte Petit la explica como; "... Cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, subhumana ..." (181).

Es decir, la conducta en esta ocasión es dirigida en virtud de una fuerza de la naturaleza.

Se deduce, así mismo, que ambas hipótesis carecen de voluntad, diferenciándose en que mientras en una la fuerza proviene del hombre, en la otra proviene de la naturaleza.

Suelen considerarse también a los movimientos reflejos como una situación de ausencia de conducta, Soler y Núñez los definen como "... El resultado de un constreñimiento psicológico que tiene su causa en una incitación periférica externa o interna, y que es ajeno al dominio síquico del paciente ..." (182).

Lo que significa en sí, que son movimientos corporales involuntarios. — Por su parte Jiménez Huerta nos habla de movimientos fisiológicos como factores de ausencia de conducta y expresa "... Los movimientos o inercias fisiológicas sólo adquieren valor de conducta cuando están sometidos al señorío de la voluntad. La existencia de un coeficiente psíquico es ontológicamente neces-

180.- Op. Cit. Pág. 406.

181.- Op. Cit. Pág. 416.

182.- Comentado por Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. Pág. 469.

ria para que los movimientos o inercias que se producen en el mundo externo, - puedan adquirir la categoría de conducta. Un movimiento o inercia corporal privado de su elemento espiritual o volitivo, es sólo un dato de hecho puramente naturalístico ..." (183).

También es aceptado considerar a el sueño, sonambulismo e hipnotismo como determinantes de ausencia de conducta se dice "... No existe tampoco acto voluntario preciso para engendrar el concepto de conducta, en los casos de sueño y sonambulismo ..." (184).

Porque en todas estas situaciones, se presenta un estado psicológico en — donde no existe conciencia que permita dirigir la voluntad. De tal manera, — para que exista ausencia de conducta, esta no debe encontrarse vinculada con el elemento interno o volitivo, en el momento de desarrollarse una acción u omisión, ya que de intervenir alguna de las hipótesis antes planteadas y producir un resultado dañoso, habrá ausencia de conducta pues no existe voluntariedad.

Examinando los delitos que nos ocupan, llegamos a las siguientes apreciaciones;

De acuerdo con el contenido de fraude genérico y específico, abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, no es dable la presencia de las hipótesis de ausencia de conducta (fuerza física, fuerza mayor, movimientos reflejos, movimientos fisiológicos, sueño, sonambulismo e hipnotismo); porque respecto a las primeras se necesita de una especial actividad intelectual que debe desarrollar el sujeto activo para expresar la acción y en consecuencia una obtención ilícita, de igual forma se requiere en los demás delitos de plena conciencia y voluntad, para la realización de la conducta y por ende un resultado dañoso que se traduce en un beneficio ilícito, lo que significa que cualquier situación en que el sujeto actúe sin voluntad, no es medio adecuado e idóneo para lograr la obtención o lucro ilícito, porque se necesita plena conciencia para discernir la actividad.

AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

Es menester que la conducta sea típica para considerarse delictuosa, es - decir, debe encontrarse descrita en un tipo penal y adecuarse a él, deduciéndose dos cuestiones; la ausencia de tipo y de tipicidad, el primero se presentará cuando una conducta no se encuentra descrita en la norma penal; Jiménez de

183.- Op. Cit. Pág. 113.

184.- Idem.

Asúa al respecto nos dice "... La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica ..." (185).

Fernando Castellanos Tena nos dice "... Se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos ..." (186).

Por ello, si no hay tipo que describa la conducta, no existe delito y por lo tanto, no se puede sancionar teniendo como base el apotegma "nullum crimen sine tipo".

En cuanto se refiere a la tipicidad, su aspecto negativo se presenta con la atipicidad que se da cuando una conducta descrita en un tipo penal no se — adecúa, ya sea en uno o en todos sus elementos que determina y exige cada tipo penal.

Fernando Castellanos Tena "... Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad ... es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo ..." (187).

Porte Petit al respecto nos dice "... La atipicidad existirá cuando no ha ya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma ..." (188).

Algunas de las causas que pueden originar la atipicidad son;

- a).- Cuando faltara alguna calidad al sujeto pasivo o activo que exiga la ley.
- b).- Al no existir el objeto material o jurídico
- c).- Cuando falte alguno de los elementos ya sea objetivo, subjetivo o normativo que contenga cada tipo.
- d).- Cuando no se presentan los medios especialmente exigidos por la ley.
- e).- Cuando falte las referencias temporales o espaciales señaladas en la ley.

Respecto a los delitos analizados, no cabe la posibilidad de ausencia de tipo, puesto que todas las conductas se encuentran descritas en la ley Penal — en los artículos 386, 387 fracción II, 367, 223, 382 y 400 respectivamente.

185.- Op. Cit. Pág. 263.

186.- Op. Cit. Pág. 174.

187.- Idem.

188.- Op. Cit. Pág. 475.

Sin embargo, en la atipicidad podemos observar lo siguiente:

En el fraude genérico y específico, abuso de confianza, robo y encubrimiento, puede darse la no existencia del objeto jurídico que es el patrimonio, o puede faltar algún elemento que establezca cada tipo; o, no coincidir la conducta desarrollada con las exigencias establecidas; o bien no utilizarse los medios contenidos en cada tipo a saber; "El que engañando", "aprovechamiento del error", "enajene, arriende, hipoteque, empeñe o grave y que no tiene derecho para disponer de ella", "al que distraiga", "al que se apodere" — "adquiera, reciba u oculte", "no tome precauciones" respectivamente.

En el caso de referencia temporal o espacial, no es dable en ninguno de los delitos en estudio; pero en cuanto hace a la presencia de una calidad en los sujetos, el peculado se refiere a que el sujeto activo debe tener la calidad de ser servidor público, ya que de no ser así, se presentaría una conducta atípica, ello significa que la conducta desarrollada no se encuadra en ese tipo penal por no reunir una exigencia establecida por este, pero esto no quiere decir que no constituya delito, dado que puede existir otro tipo penal en el que se encuadre la conducta.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Puede haber una conducta desarrollada objetivamente y tener todas las características típicas, y por ende contraría a los intereses tutelados, sin embargo, pueden existir determinadas condiciones que excluyan a la antijuricidad. Así el aspecto negativo de esta, se presenta con las llamadas indistintamente causas de justificación y que son conceptualizadas por Ignacio Villalobos como excluyentes de antijuricidad y manifiesta "... Supuesto ya que el contenido de toda antijuricidad es el ataque, la puesta en peligro o la lesión a los intereses protegidos por la ley ... es claro que faltará la antijuricidad o quedará excluido, cuando no exista el interés que se trata de amparar, o cuando concurren dos intereses ..." (189).

Porte Petit las considera como "... Una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante ..." (190).

Antolisei sostiene "... Es aquella especial situación en la que un hecho

189.- Op. Cit. Pág. 351.

190.- Op. Cit. Pág. 493.

que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone ..." (191).

Fernando Castellanos Tena "... Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica ..." (192).

Y Raúl Carrancá y Trujillo dice que "... Las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la acción no es culpable o antijurídica o punible ..." (193).

El Código Penal determina a estas como excluyentes de responsabilidad, y se encuentran contempladas en su artículo 15 que a la letra dice; "... Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

- I. Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias.
- II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;
- III. Repeler el acusado una agresión real, actual, o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cual-

191.- Op. Cit. Pág. 493.

192.- Op. Cit. Pág. 183.

193.- Op. Cit. Pág. 451.

quier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local — donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance;

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado — para cumplir el deber o ejercer el derecho;

VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal — inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente;

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba — que el acusado la conocía;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX. DEROGADO;

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas;

XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno — de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el — mismo error estime que el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible..."

Podemos observar que también se incluyen casos de inimputabilidad, pero — de lo que nos ocupa, se desprenden las siguientes causas de justificación;

- 1) Legítima defensa (fracción III)
- 2) Estado de necesidad (fracción IV)
- 3) Cumplimiento de un deber (fracción V)
- 4) Ejercicio de un derecho (fracción V)
- 5) Impedimento legítimo (fracción VIII)

Legítima Defensa.

Desde el Derecho Canónico, ya se hablaba de la legítima defensa, por su parte también la Escuela Clásica y Positiva lo trataban; en la primera se sostenía — que el Estado auxilia al que es injustamente atacado como un medio de prevenir

su consumación, resultando que la defensa privada tiene existencia en la pública. Los positivistas se enfocan en el índice de temibilidad por parte del agresor en su actuar injusto, porque el atacado no es peligroso ya que solo responde y se defiende.

Para Porte Petit es "... El contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente ..." (194).

Cuello Calón "... Es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor ..." (195).

Fernando Castellanos Tena "... Repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección ..." (196).

Jiménez de Asúa "... La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios ..." (197).

Todos los anteriores autores coinciden pues, en que la legítima defensa es una causa que excluye la antijuricidad, y cuyo objetivo es la seguridad de un interés colectivo ante la presencia de un interés individual, ya que un sujeto mediante su conducta pretende violar una norma y por supuesto desequilibrar el orden jurídico establecido, de tal manera que, el Estado como vigilante de mantener dicho orden, legítima aquella conducta que pueda reprimir la conducta injusta.

En la fracción III del artículo 15 ya anotado, se determina la legítima defensa, y consiste precisamente en repeler una agresión injusta para defender bienes jurídicos propios o ajenos, siendo esa conducta injusta, real, actual o inminente y sin derecho, desprendiéndose lo siguiente:

La objetividad de esta causa se advierte en su condición sine qua non, por la existencia de una agresión, es decir, una conducta que se manifieste exterior-

194.- Op. Cit. Pág. 501.

195.- Op. Cit. Pág. 341.

196.- Op. Cit. Pág. 192.

197.- Op. Cit. Pág. 363.

mente constituyendo un peligro o amenaza de lesionar los intereses jurídicamente protegidos, dicha agresión debe tener la característica de ser actual, o sea del presente, que acontece en el momento, rechazo inmediato; ha de ser sin derecho injusta, en tanto que el agredido no debe dar causa inmediata y suficiente para la agresión. Y por último, que resulte un peligro inminente, amenaza, algo que esté por suceder prontamente, significando que debe ser inmediato o próximo, porque de resultar muy alejado puede evitarse por otros medios, dicha agresión debe estar dirigida contra todos aquellos bienes jurídicamente protegidos, del agredido o de un tercero.

A contrario sensu no habrá legítima defensa cuando:

- 1.- Se previó la agresión y pudo evitarse por otros medios legales;
- 2.- El agredido provocó la agresión;
- 3.- Faltando la racional necesidad del medio empleado;
- 4.- Que el daño amenazado era de fácil reparabilidad en relación con el que se causa con la defensa.

La Constitución Política, de alguna manera también configura la existencia de la legítima defensa, cuando la posibilidad de libertad de posesión y portación de armas para protección y dice el Artículo 10 "... Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa con excepción de las prohibidas por la ley federal ..."

Estado de necesidad.- Es otra alternativa para anteponer un interés de mayor importancia ante otro igualmente protegido.

Porte Petit expresa "... Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley ..." (198).

Cuello Calón al respecto dice "... El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona ..." (199).

Garraud dice "... El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuen

198.- Op. Cit. Pág. 539.

199.- Op. Cit. Pág. 203.

cia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo ..." (200).

Raúl Carrancá y Trujillo "... En el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o mayor valor ..." (201).

Ricardo C. Núñez manifiesta "... El estado de necesidad se debe definir como la situación en que se encuentra una persona que, para salvar un bien en peligro, debe lesionar mediante una conducta penalmente típica, otro de un tercero que representa un interés jurídico menos valioso ..." (202).

Entran así, en juego dos intereses jurídicos, de tal manera, mientras uno se salvaría, el otro se lesiona quedando fundamentado que debe optarse por una valoración que anteponga el interés preponderante; existen discrepancias respecto al valor de los intereses llegando por lo regular a considerar, que si el interés sacrificado es menor que el amenazado se estará frente a una causa de justificación, pero si por el contrario, el lesionado es mayor que el salvado, no habría causa que justifique, y entonces se hablaría de delito; en cambio si resultaran iguales entonces sería inculpabilidad. Por ello se optará por la salvación del preponderante porque solo cuando el bien salvado, supera al sacrificio se integra el justificante.

Este, como ya se mencionó, se encuentra en la fracción IV del artículo 15, que establece la necesidad de salvar cualquier bien jurídico protegido resultado de un peligro real, actual o inminente y siendo este el único medio y el menos perjudicial, resultando los siguientes elementos:

El peligro real, es el que da de manera objetiva, no imaginaria; actual, que existe en el tiempo presente; inminente, una contemporaneidad entre el peligro y la necesidad de impedir se objetivice el daño; el medio empleado debe ser el más práctico y sobre todo, el menos perjudicial, enmarcándose la jerarquía entre el bien que se sacrifica y el que se salva, debiendo ser de más valor el que se salva; la amenaza debe recaer sobre cualquier bien jurídico tutelado propio o ajeno.

200.- Comentado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 547.

201.- Idem.

202.- Op. Cit. Pág. 316.

Otra de las causas son el obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho (fracc. V Art. 15).

Al respecto Mezger manifiesta "... No actúa anti jurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace; si bien el límite de la facultad oficial o pública constituye también el límite de la causa de exclusión del injusto, límite fijado objetivamente por las normas legales o, cuando estas mismas lo reconocen, por el arbitrio del sujeto, adecuado a la naturaleza del deber de que se trata, esto es, subjetivamente entendido ..." (203).

Ignacio Villalobos al respecto nos dice "... Aún cuando suele hablarse — simplemente de un deber o de un derecho, refiriéndose al que impulsa o allana la ejecución del acto, en realidad y puesto que se trata de actos generalmente prohibidos, hay que tomar en cuenta esa prohibición y el deber o derecho de — ejecutar los mismos actos, en condiciones especiales, para convenir en que el conjunto significa un concurso de los deberes consagrados jurídicamente; o de un deber y un derecho en aparente contradicción y referidos ambos al mismo sujeto y al mismo acto ..." (204).

De igual manera se llega a precisar dos intereses jurídicos tomando en — consideración para salvar el de mayor importancia. Por lo que además, el deber o derecho consignados en la ley al cumplirse, confirma la juricidad y no — la anti juricidad de la conducta.

Nuestra Constitución prevé la situación de excesos de ejercicio de un derecho al manifestar; "... Art. 17.— Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho ..."

Por su parte Castellanos Tena anota "... Dentro de estas hipótesis (derecho o deber), pueden comprenderse, como formas específicas; las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir ..." (205).

Esta última que se encontraba reglamentada en el anterior Código, fue derogada.

203.— Comentado por Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit. Pág. 616.

204.— Op. Cit. Pág. 356.

205.— Op. Cit. Pág. 211.

Impedimento Legítimo.- Como última causa de justificación, tenemos al impedimento legítimo que se encuentra igualmente contemplado en la fracción VIII del citado artículo, determinándose una contravención a la ley penal por un obstáculo legítimo, observándose la presencia de una omisión (teniendo una obligación jurídico penal se deja de desarrollar) pero en base a un impedimento legítimo que impide la actuación por considerarse de mayor importancia el que se salva, teniendo nuevamente un interés preponderante, al respecto Fernando Castellanos dice "... Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia un tipo penal ..." (206).

Sivela nos dice "... El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito; lo exime a no dudar de su responsabilidad la legitimidad misma que motivó su inacción ..." (207).

De lo anterior se desglosa, que no habrá delito, por existir una causa justificante, como lo es la conducta omisiva del sujeto, que teniendo una obligación impuesta por la ley, que cumplir, deja de hacerlo, porque una norma superior se lo impide (esto justifica el impedimento legítimo), considerando que debe salvarse el interés preeminente.

De lo anterior llegamos a la siguiente apreciación de nuestros delitos motivo de estudio;

a) Dada la naturaleza misma de cada delito y sus características de: "por medio de engaño o aprovechamiento del error", al que a través de un contrato -- "obtiene un lucro", el "que dispone de una cosa cuando ya la poseía precariamente", "el que distrae la cosa de sus verdaderos fines", "el que se apodera de un bien con ánimo de lucro" y "el que adquiere, reciba u oculte", "no tomar -- las debidas precauciones", y por los mismos requisitos que se establecen en -- cada causa de justificación, como son; que se responda a consecuencia de un peligro real, actual, inminente, sin derecho, ausencia de otro medio menos perjudicial, (legítima defensa y estado de necesidad); porque no es posible concebir una conducta obligatoria, que vaya en contra de un valor preponderante protegido por el Estado, como lo es el patrimonio, base económica de la familia, cumpliendo un deber; o ejercitando un derecho; o por impedimento legítimo, no hay ninguna posibilidad de presentarse entonces estas causas en los delitos que nos preocupan, excluyéndose al robo en cuanto hace al Estado de Necesidad ya -

206.- Op. Cit. Pág. 215.

207.- Comentado por Carrancá y Trujillo, Paúl. Op. Cit. Pág. 624.

que este sí es posible su existencia por lo determinado en el Artículo 379 del Código Penal que dice "... No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento..."

Inimputabilidad.

Como hemos mencionado, la imputabilidad es uno de los presupuestos indispensables de la culpabilidad, y por consiguiente para que se configure el delito, así entendimos a la imputabilidad como aquella capacidad de entender y querer en el momento de desarrollar una conducta ilícita, donde el aspecto negativo se presenta con la inimputabilidad con la ausencia de capacidad.

Fernando Castellanos Tena nos dice "... Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad ..." (208).

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice "... La inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión ..." (209).

Raúl Carrancá determina "... Las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la acción no es culpable o anti-jurídica o punible ..." (210)

Ignacio Villalobos nos dice "... La excluyente de imputabilidad será la que suprima, en el juicio la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la posibilidad aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o de la naturaleza anti-jurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar de terminaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido ..." (211).

Se especifican como hipótesis de inimputabilidad las siguientes;

- a).- Estados de inconciencia; permanentes o transitorios;
- b).- Miedo grave;
- c).- Sordomudez.

208.- Op. Cit. Pág. 223.

209.- Op. Cit. Pág. 367.

210.- Op. Cit. Pág. 451.

211.- Op. Cit. Pág. 414.

a).- Estados de incoercencia.

El Código Penal actual, cambió el sentido de la redacción del anterior y por un lado solo establece las medidas que deben seguirse ante una persona — inimputable, y por otro lado determina de alguna manera el carácter de la — inimputabilidad, teniendo en su Capítulo V del título tercero denominado tra— tamiento de inimputables en internamiento o en su libertad a los artículos;

"... Art. 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la — medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el pro— cedimiento correspondiente. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputa— ble será internado en la institución correspondiente para su tratamiento. En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupe— facientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impues— ta por el delito cometido.

Art. 68.- Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autori— dad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacer— se cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar medidas adecuadas para su — tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la me— dida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tra— tamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la fre— cuencia y características del caso.

Art. 69.- En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez — penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las au— toridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables ..."

Y en su artículo 15 fracción II dice "... Padecer el inculpado, al come— ter la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con — esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya pro— vocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente ..."

Como podrá denotarse, aunque el precepto utiliza el término de inculpado,

se refiere a la salud mental o capacidad de discernir identificándose con la imputabilidad, del mismo inferimos la posibilidad de trastornos mentales, tanto permanentes como transitorios, que aunque el legislador no clarifique estas circunstancias, los primeros pueden ser tanto locos, idiotas, imbeciles, en general toda perturbación o anomalía en el desarrollo psíquico del sujeto; y transitorios, consecuencia de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes y toxifecciones. Situaciones que se encontraban contempladas en el anterior ordenamiento penal; debido a que ambas impiden comprender una situación dada, puesto que el sujeto se encuentra en un estado de inconciencia, sin capacidad de entendimiento; pero preocupándose de una realidad objetiva se anotó una excepción respecto a los trastornos transitorios, estableciendo que no procederá esa causa cuando el sujeto activo de manera intencional o imprudencialmente, se coloque en un estado de inconciencia para la realización de la conducta, de tal manera que solo subsistirá la inimputabilidad cuando sea involuntaria o accidental.

Otra de las causas de inimputabilidad es el miedo grave que de igual manera se encuentra contemplado en el artículo 15 fracción VI que dice "...Obrar en virtud de miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente ..."

Aunque el citado precepto nos habla también del temor fundado, ello es estudio de la inculpabilidad.

Raúl Carrancá al respecto nos dice "... El miedo, de metus, significa inquietud, ansiedad; es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación ... El miedo grave representa una profunda perturbación psicológica, con raíces en la psique del sujeto y hasta con real independencia de una causa concreta que en forma de amenaza de un mal lo produzca, pudiendo tratarse hasta de causas imaginarias.."(212)

Puesto que en esta situación se altera la capacidad del individuo ocasionando un comportamiento carente de discernimiento y podríamos decir que hasta un tanto impulsivo.

Otra causa que contemplaba el ordenamiento penal anterior, era la sordomudez, circunstancia controvertida, pues se considera que un sordomudo no contaba con la capacidad idónea para asimilar todos los aspectos de la vida, sin embargo, se pensaba en aquellos sordomudos que contaban con preparación si pro

cedía o no este razonamiento, de manera general, se decía que no gozaban de — total salud y en caso de realizar una conducta ilícita, se opta por medida de seguridad y no de penas.

Otra de las causas que se consideran como inimputables, es la minoría de edad, pero aún no hay un acuerdo respecto de qué edad es la apropiada para tener el desarrollo tanto físico, como intelectual, no obstante, se ha establecido la edad de 18 años, pero tocante a la sanción, si un menor comete un ilícito, se le aplicarán solo medidas correctivas conforme a la personalidad del menor y no penas, (Ley que crea el Consejo Tutelar para menores Infractores en el Distrito Federal.)

En cuanto a nuestros delitos, por su propia naturaleza y la capacidad de discernimiento que se necesita, en cada uno de los ilícitos de: Fraude genérico y específico, abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, no es posible la presencia de trastornos mentales o incapacidad mental, ya que en — todas ellas, tanto la conducta como los medios empleados no permiten la existencia de estas causas, porque se requiere de total conciencia y lucidez, ya — sea para preparar el camino o para desarrollar la conducta con el fin de un — beneficio ilícito.

Respecto a la minoría de edad, se pudiese dar en el fraude genérico o específico, abuso de confianza, robo, encubrimiento, excepto el peculado, ya que para tener calidad de servidores públicos, debemos pensar en una persona con — mayoría de edad.

Inculpabilidad.

Comprendimos que la culpabilidad está configurada por el juicio de reproche respecto de una conducta, valorando las condiciones subjetivas del agente (voluntad y conocimiento) del delito, en el momento de la ejecución de dicha — conducta; así cuando no es posible hacer el reproche por la ausencia de una o ambas condiciones subjetivas estaremos frente al aspecto negativo de la culpabilidad; inculpabilidad, y de no haber culpabilidad, no hay responsabilidad.

Al respecto Ignacio Villalobos nos dice "... Es manifiesto que la exclu— sión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento, y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no — actúe libre y espontáneamente ..." (213).

Fernando Castellanos Tena al respecto nos dice "... La inculpabilidad — opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad ..." (214).

Por su parte Porte Petit, Celestino nos dice "... Para que exista inculpabilidad, se necesita que no le sea reprochable al agente el hecho psicológico, es decir, que no tenga el deber jurídico de no delinquir ..." (215).

De manera general, se señalan como causas de inculpabilidad, el error de hecho o de derecho, el primero a su vez se divide en error esencial y accidental, la ignorancia, la no exigibilidad de otra conducta, la obediencia jerárquica.

El error es considerado como un vicio psicológico y al respecto Castellanos Tena nos dice "... El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como este es en la realidad ... el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero se conoce equivocadamente. Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, se producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la anti-juricidad de su conducta ..." (216).

De tal manera y mientras el error de hecho es un conocimiento equivocado sobre la conducta desarrollada, donde en ese momento se está afectando uno de los elementos de la culpabilidad (conocimiento) dándose por tanto la inculpabilidad; por el otro se carece de ese conocimiento (ignorancia) teniendo así, la ausencia de este, y consecuentemente habrá inculpabilidad.

Al respecto Raúl Carrancá y Trujillo nos dice "... Toda vez que para que exista dolo se requiere el conocimiento de los elementos componentes del resultado, si éste faltara, aquél podrá estar ausente. Se estará entonces en presencia de una causa de inculpabilidad. Tal ocurre en los casos de error a diferencia de la ignorancia, que es carencia de conocimiento entendido por él el falso o equivocado conocimiento acerca de algo ..." (217).

214.- Op. Cit. Pág. 257.

215.- Inimputabilidad e Inculpabilidad como aspectos negativos del Delito. — Editorial Porrúa, S. A. México; 1954, pág. 26.

216.- Op. Cit. Pág. 259.

217.- Op. Cit. Págs. 433 y 434.

Tocante al error de hecho esencial, se da cuando recae bien, sobre algunos elementos integrantes del núcleo de una excluyente de responsabilidad, o en alguna circunstancia calificativa que constituya elemento integrante del tipo delictivo, sin embargo, de manera general y acertada, se dice que este tipo de error debe como condición referirse al hecho mismo, que el agente cree actuar jurídicamente cuando en realidad su actuación es antijurídica.

El Artículo 15 establece: "... XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible ..."

El error accidental por recaer en aspectos secundarios no se considera suficiente para nulificar la culpabilidad y puede presentarse en las siguientes circunstancias:

Aberratio in persona.- Existe error en cuanto la persona objeto del delito, de tal manera existe una intención pero el agente erró sobre la persona que pretendía causarle daño, originando uno equivalente a otra persona.

Aberratio ictus.- Conocido como error de golpe y consiste en que se da un resultado que no es precisamente el deseado pero sí equivalente.

Aberratio in delicti.- Se presenta cuando se da un resultado diferente al que se deseaba.

El error de derecho no se considera como causa suficiente para excluir a la culpabilidad, puesto que una equivocada significación o interpretación de la ley de ninguna manera justifica la conducta porque la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

El Artículo 59 bis del Ordenamiento Penal nos dice: "... Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso ..."

Podemos observar que dicho precepto de ninguna manera por esta causa excluye la responsabilidad, solo especifica una disminución en la pena.

De la no exigibilidad de otra conducta, Luis Carlos Pérez parte del siguiente razonamiento "... Al individuo le es exigible la norma, y tras ella, -

toda la ley. Cuando circunstancias especiales, que son objeto de estudio particularizado, le coloca en trance de decidir entre el cumplimiento de la ley y su violación en defensa de su propio derecho, la frase viene en negativo no -- exigibilidad de otra conducta conforme al derecho ..."(218).

Por su parte Ignacio Villalobos nos dice "... Cuando se habla de la no -- exigibilidad de otra conducta, se hace referencia solo a consideraciones de -- nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando -- haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social ..."(219).

A pesar de que aún no se ha llegado a precisar la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, consideramos que si se realiza una conducta típica antijurídica pero debido a una situación apremiante, que de alguna -- manera excluye dicho comportamiento, y ya establecido que la inculpabilidad se puede presenciar ya sea con la ausencia o deficiencia de uno de ambos elementos subjetivos, y en esta situación el agente a pesar de que puede tener ambos elementos, sin embargo, se ven afectados por circunstancias apremiantes, de lo anterior llegamos a considerar que la no exigibilidad de otra conducta constituye una causa suficiente para dar origen a la inculpabilidad ya que la voluntad del agente se encuentra bajo una presión insalvable, porque si las circunstancias lo obligan, se induce que no es su deseo producirlo.

Algunas de las formas específicas que se señalan de la no exigibilidad -- de otra conducta son:

Temor fundado.- Que se encuentra asimismo contemplado en el artículo 15 **frac-** -- **ción VI**, que determina como excluyente de responsabilidad el temor fundado e -- irresistible.

El temor constituye un estado psicológico de emoción, perturbación, o bien afecto desordenado del ánimo, y su causa ha de representar una amenaza de un -- mal inminente.

Fernando Castellanos Tena al respecto nos dice "... Puede considerarse es -- ta eximente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, --

218.- Op. Cit. Pág. 501.

219.- Op. Cit. Pág. 437.

siempre y cuando no la anule en el sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal manera que puede determinarse en presencia de una — sería amenaza ..."(220).

Observándose una presión o coacción que exista sobre el comportamiento, — por parte de un tercero, por ello aunque directamente no se ven afectados los elementos subjetivos (voluntad y conocimiento), el sujeto desarrolla una conducta no querida ni prevista.

Otra posible causa de inculpatilidad es la obediencia jerárquica, que presenta problemas también respecto a su naturaleza jurídica.

Alimena, al referirse a este manifiesta "... Se requiere dependencia jerárquica entre el que manda y el que ejecuta la orden; además, que el mandato se refiera a las relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a su respectiva competencia; por último, que la orden se halle re— vestida por las formas exigidas por la ley ..."(221).

Fernando Castellanos Tena establece las siguientes situaciones que se pudiesen dar; "... Si el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de éste, su actuación es delictuosa, por ser él inferior, al igual que el superior, súbdito del orden jurídico, y si conoce la ilegitimidad, debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda. Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato y — ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpatilidad a virtud de un error esencial de hecho. El inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpatilidad en — vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional o una no exigibilidad de otra conducta. Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el poder de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no — de una exigibilidad de otra conducta, como algunos incorrectamente suponen."(222)

Esta de igual manera se encuentra en el Artículo 15 fracción VII, que establece la obediencia de un orden superior, aun cuando su mandato constituya — delito, siempre y cuando sea una circunstancia no notoria o que no se pruebe —

220.- Op. Cit. Pág. 271.

221.- Comentado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 623.

222.- Op. Cit. Pág. 265.

que el acusado la conocía, de lo que se determina como requisitos:

Que exista una jerarquía legítima; es decir, una relación jerárquica legítima; que el mandato ofrezca por lo menos apariencia de licitud, y por último, que la prueba no acredite que el sujeto conocía que el mandato era delictuoso.

De lo expuesto llegamos a considerar que no es posible la existencia de ninguna de las situaciones que pueden dar origen a la inculpabilidad como son: Error esencial de hecho, ignorancia, no exigibilidad de otra conducta; temor fundado, obediencia jerárquica, ya que en todos nuestros delitos en estudio se necesita de un conocimiento y voluntad conscientes para desarrollar la conducta.

Ausencia de punibilidad.

Dejamos aclarado que la punibilidad es el merecimiento de una pena, consecuencia lógica y jurídica de un comportamiento ya considerado como delito por ser típica, antijurídica y culpable, sin embargo, existen determinadas situaciones que por el carácter de las mismas, no es posible hacer la aplicación de la consecuencia jurídica, a esto se debe que no proceda la pena, pero ello no significa que exista delito o que este no se encuentre penado.

Para Mayer son; "... Las que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que solo excluyen la pena ..." (223).

Kohler "... Son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer pena al autor ..." (224).

Fernando Castellanos Tena "... Son aquellas que dejando subsiste el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena." (225)

Así, a pesar de la existencia de una conducta delictiva, aparece que no hay aplicación de una pena, implicando la existencia de un perdón jurídico por parte del Estado, que tomando en consideración ciertas circunstancias, determina que no es objetivo imponerla, para ello no significa que el sujeto no sea declarado culpable.

223.- Comentado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 629.

224.- Idem.

225.- Op. Cit. Pág. 271.

Estas circunstancias se presentan con las llamadas excusas absolutorias, y las de mayor trascendencia para nosotros son:

Excusa en razón del núcleo familiar.

Se consideraba como interés primordial la unidad familiar y en tal caso, cuando se presentare un delito entre descendientes o ascendientes, es preferible excusarlo que la imposición de una pena; sin embargo, aunque esto se encontraba perfectamente especificado en el Código anterior tanto para el robo, como el fraude y el abuso de confianza en el actual fueron derogados esos preceptos.

Excusa en razón de la mínima temibilidad.

Puesto que el Estado se preocupa y toma en consideración la personalidad del agente del delito, es posible la no aplicación de una pena cuando la temibilidad del sujeto resulta mínima y tal es el caso contemplado en el artículo 375 que dice "... Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y que pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia ..."

Es decir, el Estado da la oportunidad de que el agente muestre de una manera objetiva un arrepentimiento de la conducta desarrollada, tomando en consideración que es mínima la temibilidad del agente. Sin embargo, como podrá verse, se requieren de una serie de requisitos para que el perdón sea concedido: Primero, en cuanto a la cuantía del objeto robado que no debe de exceder de diez veces el salario mínimo vigente en el monto de la consumación del delito; segundo, que sea entregado en forma espontánea antes de que la autoridad tenga conocimiento; tercero, que se paguen los daños ocasionados; y por último, que no se haya usado violencia, pues esta ya determinaría un aspecto de peligrosidad.

Al respecto de esta excusa Francisco González de la Vega comenta; "... La exoneración de la penalidad prevista en la ley constituye ejemplo claro de un perdón legal, porque el delito ha existido, la responsabilidad del autor está comprobada y, sin embargo, debido al desistimiento posterior el ladrón, al arrepentimiento que demuestra con la restitución de lo robado, el Código lo exime de toda pena ..." (226).

Excusa en razón de los móviles afectivos revelados.

Se acepta en razón de que la conducta desarrollada por el sujeto es de mínima temibilidad, ya que actuó de esa forma porque existían móviles o lazos — sentimentales o familiares, causa que justifica el perdón.

De los delitos que analizamos, exceptuándose el robo que puede surgir la excusa mínima temibilidad, en ninguno de los demás es posible la existencia de una excusa absolutoria.

CAPITULO II

2. FORMAS DE ESTABLECER LA TRANSMISION DE COSA AJENA

2.1. Compraventa

2.1.1. Concepto

2.1.2. Elementos esenciales y requisitos de validez

2.1.3. Derechos y Obligaciones de los contratantes

2.1.4. Problemática de la venta de cosa ajena

2.2. Posesión

2.2.1. Concepto

2.2.2. Elementos

2.2.3. Clasificación

2.2.4. Vicios y efectos jurídicos de la posesión.

FORMAS DE ADQUIRIR EL DOMINIO DE LA COSA AJENA

2.1.- COMPRAVENTA.

En el capítulo primero estudiamos la posibilidad de presenciar diversos delitos, resultado de una transacción ilícita, y que de manera directa o indirecta se veían implicados en nuestra hipótesis; cabe determinar ahora en el análisis precedente, la situación jurídica desde el punto de vista de la doctrina civilista, y es precisamente a través del estudio de algunas de las formas de adquisición de la propiedad que tratamos de llegar a nuestro objetivo.

Ahora bien, a pesar de ser varias las formas de adquisición a saber: El contrato, la herencia, la ocupación, la prescripción, la accesión, la adjudicación y la ley, cabe aclarar que conforme a nuestro fin, solo analizaremos el contrato y específicamente el de compraventa, pues nos referimos a la venta de cosa ajena; y a la posesión, como medios que pueden dar margen a una adquisición o transmisión ilícita congruente a nuestro planteamiento.

Respecto a la compraventa, los autores coinciden en determinar su antecedente, en el truequé o permuta, medio primitivo que permitía adquirir la propiedad de una cosa perteneciente a otro, a través de un cambio de una cosa por otra, pero al surgir la moneda como factor común de valores de cambio, aparece la compraventa constituida por el intercambio de una cosa por un precio determinado.

En la actual sociedad moderna, en donde los sistemas económicos se sostienen por la producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios, resulta el contrato de compraventa, el medio más usual y frecuente, considerándose jurídicamente como el contrato y fuente de obligaciones más importante, asimismo, lo es en el ámbito económico, porque tiene como función determinar la circulación de la riqueza.

Al respecto Leopoldo Aguilar Carbajal nos dice "... Su función económica es crear el medio de apropiación y disfrute de una riqueza ya creada..."(227). Por su parte Colín y Capitán nos comentan "... Que si bien no todo el mundo vende, puede decirse en verdad que todo el mundo compra ..." (228). Puesto que el hombre para satisfacer sus necesidades requiere de la adquisición de riqueza.

227.- **Contratos Civiles**. 3a. Ed. Editorial Porrúa, S. A; México, D. F. 1982. Pág. 75

228.- Comentado por De Pina, Rafael. **Elementos de Derecho Civil Mexicano. Contratos en Particular**. Vol. IV Editorial Porrúa, S.A; México, D.F; 1961. pág. 18.

zas, resultando que la mayor parte de sus actos se manifiestan ya sea en comprar o en vender, siendo la compraventa la principal forma de adquisición.

Así pues, en la primera parte de este capítulo, trataremos de comprender lo referente a este contrato, para llegar a todas las consecuencias jurídicas que se pudiesen presentar.

2.1.1.- CONCEPTO

En toda sociedad el hombre siempre está en relación con los demás, por — ello la necesidad de que existan normas jurídicas que rijan la conducta humana, pero solo aquellas en que el Derecho estima que deben producir consecuencias — jurídicas.

Así toda norma jurídica está integrada por dos elementos: Una hipótesis o supuesto y una disposición o consecuencia normativa; desprendiéndose que, al realizarse un hecho previsto por la hipótesis, éste dará origen a consecuencias jurídicas, presentándose una relación de causa-efecto (ley de causalidad jurídica), entre el hecho previsto y las consecuencias que produce; es así como la existencia de ciertas conductas o incluso acontecimientos de la naturaleza pueden producir esas consecuencias, consolidando con ello el llamado hecho jurídico. Podemos enfatizar que un hecho como tal, no deja de ser más que un acontecimiento, sin ningún valor jurídico, que necesita de la norma para tener ese valor, y producir efectos de Derecho. Porque existen hechos que por su propia naturaleza o bien porque el hecho así lo estima, no son susceptibles de ser considerados para producir consecuencias jurídicas.

Existen diversas concepciones de hecho, pero de manera general es definido como; "... Todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de Derecho ..."(229).

Desprendiéndose que, genéricamente el hecho jurídico es aquella conducta o fenómeno natural que tiene la peculiaridad de estar previstos por el Derecho y dan entre otros efectos, la creación y la transmisión de derechos y obligaciones, efectos que son admitidos y, en ocasiones, por la voluntad humana.

En cuanto a la clasificación de hecho, tomaremos en consideración la propuesta por Ernesto Gutiérrez y González por ser más sencilla y que se fundamen

229.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas, Familia. 5a. Ed. Editorial Porrúa, S.A; México,D.F; 1982. pág. 204.

ta en la doctrina francesa, misma a la que nos adherimos; sin embargo, debemos aclarar que la explicación de cada uno de los elementos de dicha clasificación, se dará en un orden distinto al que proporciona el autor, por estimar el que - seguimos como el más adecuado para los propósitos que persigue nuestro estudio. (ver cuadro anexo número 2).

Dentro del hecho jurídico lato sensu quedan comprendidos; "... Todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas, en tanto que el hecho en sentido estricto se entiende por...una manifestación de voluntad que genera efectos de Derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para — que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos... y son hechos voluntarios, las conductas humanas que — generan consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su — autor, para que esas consecuencias se produzcan o no ... los de la naturaleza son los acontecimientos de donde para nada interviene la voluntad humana y que el Derecho considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas ..."(230). Lo que permite caracterizarlos en que se deben admitir las consecuencias aunque en algunos casos no se deseen, y a veces sin la intervención de la voluntad humana, para que se produzcan.

Asímismo, dentro de la generalidad de hecho se desprende el acto jurídico, entiendo de manera general como la manifestación de la conducta, con la intención de que se produzcan consecuencias de Derecho; al respecto la mayoría de — los autores coinciden en conceptuarlo de la siguiente manera:

Para Miguel Angel Zamora Valencia, el acto jurídico es "... El acontecimiento del hombre en el cual interviene su voluntad en forma directa, y que — por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de — Derecho ..."(231).

Rafael Rojina Villegas lo define como "... Una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico ..."(232).

230.- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5a. Ed. Editorial Cajica, S.A; Puebla, México; 1979, págs. 122-127.

231.- Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F; 1981, pág. 17.

232.- Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, T.I. 15a. Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F; 1978, pág. 115.

Bonnecase comenta "... La manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad ..." (233).

Los autores consideran que para la existencia de un acto jurídico, es necesario: Primero, una manifestación de la voluntad, y que ésta tenga como propósito el producir consecuencias de derecho; segundo, que se conforme al supuesto jurídico o hipótesis normativa pues de ésta depende que se produzcan las consecuencias jurídicas.

Ahora bien, los actos jurídicos en sentido amplio, a su vez pueden ser: Unilaterales o bilaterales. En los primeros, interviene para su formación una sola voluntad o varias, pero que persiguen el mismo fin; en tanto que los actos jurídicos bilaterales son aquéllos que para su formación requieren de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos. En estos últimos se localizan a los convenios, que en sentido lato, se les define como el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir o modificar o extinguir derechos u obligaciones, teniendo por lo tanto, dos funciones; una negativa, que es la de modificar o extinguir derechos y obligaciones; y la otra positiva, que consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Y a la vez se le diserciona en: Contrato y convenio en estricto sentido, la doctrina enmarca que el contrato es una especie dentro del género convenio, y la función negativa de modificar o extinguir se atribuye al convenio en estricto sentido.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, aunque aparentemente hace una diferenciación entre el convenio y el contrato, solo enmarca el convenio - en sentido lato y al contrato; lo que parece irrelevante porque el mismo Código establece que todo lo dispuesto legalmente para el contrato, lo será para el convenio, al que define como: El acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, quedando solo la producción y transferencia para los contratos. (Arts. 1792, 1793, 1859).

Determinada la situación que prevalece respecto al contrato y el convenio en el Código Civil, y comprendido en esencia el contrato, analizaremos su conceptualización.

Etimológicamente, contrato proviene del latín *contratus*, que significa - contraer, estrechar, unir, contarto pacto, y esta voz deriva de *contralo* que -

entre otras acepciones tiene la de juntar o reunir. El contrato es definido - por varios autores como:

Colín y Capitant que manifiesta "... Es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho, crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla ..." (234)

Por su parte V. Serebrovski y R. Jálfina, consideran que es "... El acuerdo de dos o más personas sobre el establecimiento, la modificación o al extinción de las relaciones jurídicas civiles ..." (235).

Observándose que los autores citados generalizan el término de contrato, sin configurar distinción alguna con el convenio, y dejando en sí todos los - efectos incluidos en el contrato.

Rojina Villegas sí configura esa distinción y nos dice "... El contrato - se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es - un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales ..." (236).

Miguel Angel Zamora y Valencia nos dice "... El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial ..." (237).

De los conceptos anteriores, podemos concluir que el contrato es esencialmente el acuerdo de dos o más voluntades, sin embargo, no todo acuerdo de voluntades puede llegar a configurar el contrato, precisa de que esas voluntades - tengan la intención de producir consecuencias de derecho a saber: La creación y transmisión de derechos y obligaciones; con ello, el contrato como acto jurídico lleva en sí elementos lógicos y jurídicos que le corresponden.

234.- Comentado por Zamora y Valencia Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 14.

235.- Idem.

236.- Compendio de Derecho Civil, Contratos. T. IV. 11a. Ed. Editorial Porrúa, S. A; México, D. F; 1979. pág. 7.

237.- Op. Cit. Pág. 17.

En cuanto a la clasificación del contrato, el Código Civil vigente, sin ordenar propiamente los contratos, ya sea por grupos o categorías, sí ha seguido un orden en su reglamentación (ver cuadro anexo número 3), que en mucho se apega a los lineamientos de Giorgi, que los clasifica en base a los propósitos y finalidades que las partes se proponen al realizar el contrato y los distingue en: Transmisión de dominio, de uso, de fin común, prestación de servicios, comprobación jurídica y constitución de una garantía (238).

De la clasificación sostenida por Giorgi, podemos situar a la compraventa motivo de nuestro análisis dentro de los contratos traslativos de dominio, situación que verificaremos a lo largo de este estudio. Partiendo del punto de vista de diversos autores, tenemos que la compraventa es definida:

C. L. Gasca manifiesta que "... En el lenguaje vulgar puede establecerse que vender es dar a otro una cosa para obtener moneda, y comprar es dar a otro moneda para recibir una cosa ..." (239).

Alberto G. Spota dice "... Podemos caracterizar la compraventa como aquél contrato por el cual una de las partes, el vendedor se obliga a transmitir el dominio o el condominio y la otra parte, el comprador, se obliga a pagar un — precio cierto y en dinero ..." (240).

Luis Diez Picazo y Vicente Montes "... El contrato de compraventa tiene — una base muy simple, que consiste en el intercambio de una cosa, por un precio cierto y en dinero o signo que represente dinero. Su eficacia se proyecta en dos planos. En el primero de ellos, que llamaremos plano obligacional, se produce la obligación de entregar la cosa y la obligación paralela de entregar el precio, pero la compraventa sirve además para transmitir la propiedad de las — cosas, a cuyo efecto a de ir seguido de una entrega o tradición de la cosa, que puede ser entregada material o simbólicamente ..." (241).

Los autores citados, coinciden en afirmar que la compraventa es esen

238.- Cfr. Acjina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 22.

239.- Compraventa Civil y Comercial. Traducción J. Santacruz Teijeiro. Revista de Derecho Privado T. I; Madrid, España; 1931, pág. 6.

240.- Cursos sobre Temas de Derecho Civil. Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial; Argentina, Buenos Aires; 1971. pág. 184.

241.- Derecho Privado y Sistema Económico de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid, Libros Jurídicos Depto. Legal; Madrid España. 1979 - Pág. 109.

cialmente un contrato que transmite la propiedad; donde existe un intercambio, por una parte se entrega una cosa, y por otra, se tiene la obligación de pagar por ella un precio, cierto y en dinero.

Al igual que los autores mencionados, el Código Civil sostiene que "...Ha brá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero ..." (Art. 2243). De donde podemos concluir que la compraventa en principio muestra como característica la generación de una doble obligación principal que se traduce en transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho, y la de pagar un precio cierto y en dinero, situación esta que enmarca una serie de obligaciones derivadas de las principales. Tal situación necesariamente conlleva a establecer la existencia de un acuerdo de dos o más voluntades, con el propósito de producir consecuencias de derecho; de ahí que podamos determinar la situación jurídica de la compraventa, conforme a las siguientes características; la compraventa es un contrato principal, puesto que no necesita de ningún otro para su existencia; es bilateral, porque, da nacimiento a derechos y obligaciones recíprocas, como lo es, la de entregar la cosa por una parte, y la otra de pagar un precio cierto y en dinero; se estipula que es oneroso, puesto que ambas partes comprador y vendedor reciben provechos y gravámenes recíprocos, tan es así, que Luis Díez Picazo y Vicente Montes refieren que "... Efectivamente, hay onerosidad en tanto que el desplazamiento, patrimonial que produce, el sacrificio para el vendedor, está compensado por la contraprestación que asume el comprador.." (242).

Se presupone que es conmutativo, pues se entiende que las prestaciones son ciertas y conocidas; y excepcionalmente aleatorio, como lo es la compra de esperanza; puede ser instantáneo, cuando el cumplimiento se da en el mismo acto, o bien, de tracto sucesivo, porque el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado, como sucede en la compra en abonos. Es consensual, en oposición a real, lo que significa que existe y es perfecto antes de la entrega de la cosa. El contrato de compraventa en principio es formal, por que la ley marca situaciones excepcionales en donde tal formalidad desaparece, determinando que se carece de esa formalidad en los casos de: Inmuebles con valor inferior a 500 pesos; y cuando el objeto sea mueble cualquiera que sea su valor. En el último de los casos, el contrato será consensual, pues basta la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento para generar el acto jurídico. Son traslativos de dominio, porque existe la transmisión de una co-

sa o derecho.

De lo precedente, podemos anotar que la compraventa tiene dos efectos primordiales; primero, el de la transmisión del dominio, ya se trate de un bien o la titularidad de un derecho, a cambio de un precio cierto y en dinero; y segundo, la creación de obligaciones entre las partes.

El estudio realizado nos lleva a determinar que la compraventa se basa en los actos jurídicos plurilaterales, lo que crea la necesidad de la presencia de dos o más voluntades que persiguen fines distintos, que de realizarse estos, se genera la presencia de un hecho jurídico lato sensu que se apega a la norma jurídica dándole valor y produciendo consecuencias de Derecho deseadas, lo que a su vez, despliega un sin número de obligaciones y derechos producto de este contrato.

2.1.2.- ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE VALIDEZ.

Hemos dejado establecido que, el contrato es un acto jurídico, que necesita de la manifestación de dos o más voluntades, en forma expresa o tácita, sin la cual, no puede haber acto jurídico, su propósito es producir consecuencias de derecho, en otras palabras precisa de un objeto jurídico que consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Dándose la unión vital de dos elementos: Uno subjetivo, que es la exteriorización de la voluntad y otro objetivo, consistente en la producción de consecuencias de derecho. Ambos constituyen los elementos esenciales de todo acto jurídico que verifican su existencia.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1794, contempla ambos elementos, estableciendo:

"... Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato ..."

Excepcionalmente, se agrega el elemento solemnidad, pero para nuestro estudio resulta irrelevante, por ser innecesario para el contrato de compraventa.

Ahora bien, el acto jurídico para su pleno desarrollo y validez, necesita además:

- 1o. Capacidad de las partes;
- 2o. Voluntad libre de vicios;

- 3o. Objeto, o motivo o fin lícitos; y
- 4o. Forma establecida por la ley.

Mismos que son los requisitos de validez, considerados en el Código Civil en su artículo 1795, en sentido negativo.

A falta de algún elemento esencial sobrevendrá la inexistencia del acto, y de no contener algún requisito de validez, no surtirá plenitud jurídica, por que el incumplimiento connotará, una falta de idoneidad, para producir todas las consecuencias jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, en el Derecho Mexicano el acto jurídico se — sancionará con la inexistencia, cuando carezca de uno o de ambos elementos — esenciales, ya que jurídicamente hablando, no existe nada, aunque a veces por ser un hecho de índole material, puede producir algunas consecuencias de derecho. Y cuando hay ausencia de alguno de los requisitos de validez, su sanción será, privarlo de sus efectos normales a través de la nulidad.

Lo anterior, en nuestra legislación, es contemplado a la luz de la teoría de Bonecasse, en los siguientes artículos, del Código Civil:

"... Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Artículo 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse — todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos ..." Por lo tanto; se puede convalidar y prescribe la causa de nulidad.

En resumen nuestra doctrina estipula tres grupos de ineficacias;

- 1.- Inexistencia.
- 2.- Nulidad absoluta.
- 3.- Nulidad Relativa.

De la primera, ya hemos mencionado cuando procede, y sus efectos son; no podrá ser convalidado por las partes, no produce ningún efecto y puede ser invocada por cualquier persona. Respecto de la nulidad absoluta, se dará cuando el objeto, motivo o fin de las partes o de una de ellas, contravienen las leyes prohibitivas, preceptivas de carácter público y las buenas costumbres; produce efectos en forma provisional, que serán eliminados retroactivamente, no es convalidable, e igualmente puede ser invocada por cualquier persona. Mientras que la relativa se da como medida protectora de determinados intereses y sus causas principales son: Por incapacidad de alguna de las partes, por vicios en la voluntad, o bien, por la falta de forma, en cuanto a los efectos, se producen también provisionalmente, que serán eliminados retroactivamente, es convalidable y prescriptible, y solo puede invocarla el interesado. Pero para la mejor aplicación objetiva de esto, nos serviremos del cuadro anexo número 4.

CONSENTIMIENTO

Continuando con nuestro estudio, el primer elemento a tratar es el consentimiento, pues es a partir de él que empieza su configuración el acto, dado por la voluntad manifestada de las partes revestida de un interés jurídico, y protegida por el Derecho, creando una relación jurídica entre las partes de derechos y obligaciones, por ello si el consentimiento es el origen de los contratos, las acciones que de ellos resultan deben dirigirse a favor y en contra de las personas que prestaron su voluntad para la celebración de él y nunca contra aquellas que no consintieron.

Para Manuel Borja Soriano debe definirse el consentimiento como:

"... El acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior..." (243).

Por consiguiente, si el contrato es un acto jurídico plurisubjetivo, necesario es que el consentimiento se integre con la existencia de dos o más voluntades que conculgan sobre los efectos jurídicos que se desean y que se encuentran previstos por la norma. Pero además se precisa que esas voluntades tengan una manifestación exterior, que bien puede ser de manera expresa o tácita y al respecto el Código Civil nos dice; "... El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos ine-

- quívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente..." (Art. 1803).

Asímismo , por el contenido del consentimiento en donde se entrelazan dos o más voluntades, surgen sus elementos , estos son: La oferta o policitación y la aceptación, ambos integrarán el consentimiento, pues es necesaria la presencia de una parte que proponga la intención de celebrar determinado acto jurídico, y otra parte que acepte dicha proposición, unificándose esa voluntad sobre un punto de interés jurídico, conformándose el consentimiento.

Aplicando esto al contrato de compraventa Miguel Angel Zamora y Valencia nos dice "...El consentimiento en este contrato es la unión o conjunción acorde de voluntades de las partes contratantes en los términos del supuesto jurídico, para entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho del vendedor al comprador y para pagar como contraprestación del comprador al vendedor - un precio cierto y en dinero y producir el efecto translativo indicado..."(244).

Por su parte Pothier considera que el consentimiento debe recaer en "... La cosa objeto del contrato, en el precio, en la venta misma..." (245).

En cuanto hace a la primera referencia, debemos aclarar, que para la perfección del consentimiento en la compraventa, no es necesario la entrega de la cosa o el precio, pues basta que las partes convengan sobre la cosa y el precio, para que la venta sea perfecta y obligatoria.(Art.2249 C.C.). Lo cual también debemos limitarlo a comprender que la esencia de la voluntad radica con el simple convenio sobre la cosa y el precio, sino que es preciso que el contenido de las voluntades sea el manifestar la transmisión del dominio de una cosa o la titularidad de un derecho y la de pagar un precio cierto y en dinero, ya que de no darse estas dos manifestaciones de voluntad no habrá compraventa, porque el consentimiento que los contrayentes deben prestar al celebrar un contrato debe referirse a lo esencial de el, a lo, que exiga su naturaleza para su formación y subsistencia.

Por tal motivo, el consentimiento en la compraventa consistirá en el acuerdo de dos o más voluntades, dadas por una parte denominada vendedor, que manifiesta

244.- Op. Cit. Pág. 74

245.- Tratado del Contrato de Compra y Venta. Imprenta y Litografía de J. Ro - ger; Barcelona. España. 1841. Pág. 21

— fiesta su intención de transmitir una cosa o la titularidad de un derecho — a otra llamada comprador, que debe manifestar su propósito, de obtener esa cosa o derecho a cambio de pagar un precio cierto y en dinero.

Cabe hacer notar que propiamente lo que se transfiere es la titularidad — sobre los derechos (res incorporales, quae tangi non posunt) y no la propiedad sobre los mismos, dado que la propiedad más bien se reserva para las cosas (res corporales, quae tangi posunt). (246)

Conociendo ya los elementos necesarios para la formación del consentimiento, — debemos analizar la posibilidad de la ausencia de éste, puesto que al faltar — consentimiento, estaríamos en presencia de un acto jurídico(contrato) inexistente. En la doctrina, ha sido difícil encontrar supuestos que enmarquen la — ausencia del consentimiento, sin embargo, existen actos en los cuales hay una apariencia del consentimiento, que pueden dar origen a su inexistencia.

Pero para determinar estas situaciones, es menester introducir los grados de error que distingue la doctrina, y que son el punto de partida para los casos de ausencia de consentimiento; y al respecto vemos que existen tres grados de error que varían en los efectos que producen:

- a) Error que destruye la voluntad, que origina la inexistencia del contrato, — conocido como error obstáculo.
- b) Error que simplemente vicia al consentimiento y que motiva la nulidad relativa del negocio jurídico
- c) Error indiferente para la validez del acto jurídico.

Del primer grado de error es del que nos ocuparemos, que es el único que impide la formación del consentimiento, y este se da :

a).- Cuando las partes sufren error respecto a la naturaleza del contrato. Este caso se presenta la falta de concordancia en las voluntades, y en consecuencia no existe consentimiento, como es la situación en la cual las partes

246.- Cfr. Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Teoría General del Contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad. 7a.Ed. Editorial Porrúa, S. A; México, D. F. 1984. Pág. 113.

- que celebran el contrato se encuentran cada una en el error respecto del contrato que en realidad cada una pretendían celebrar.

b).- Cuando se sufre error en cuanto a la identidad del objeto, esta circunstancia se presenta cuando existe error en las partes respecto a la identidad del objeto motivo del contrato, ya que cada una presupone una cosa distinta, no existiendo acuerdo recíproco de voluntades, y por ende el error, provocará inexistencia en el contrato. Por último;

c).- En los contratos simulados; en el cual existe una simulación por las partes que falsamente declaran lo que en realidad no pretendían realizar.

Resultando en estas tres situaciones, un consentimiento que no es acorde con la voluntad de las partes, y por lo tanto en verdad no está formado el consentimiento, resultando una inexistencia del contrato.

Estos son admisibles en la compraventa en las siguientes situaciones:

En el error de la naturaleza del contrato cuando , por ejemplo una parte precisa que está recibiendo una cosa en donación, y la otra parte considera que la está vendiendo, en tal caso, por no haber concordancia de voluntades, no hay consentimiento, y el contrato es inexistente y no habrá compraventa.

En el error sobre la identidad del objeto, se presenta cuando una parte cree que vende una cosa y el comprador piensa que está adquiriendo otra, no confi gurándose tampoco el consentimiento.

Y por último, en los contratos simulados, cuando las partes simulen realizar un contrato de compraventa que en realidad no desean, y al respecto Pothier comenta "...Como el consentimiento en la venta consiste en el concurso de la voluntad que el vendedor ha debido tener de vender, y la que el comprador ha debido de tener de comprar; no habrá compra y venta, cuando se vea por las circunstancias que las partes más bien quisieron encubrir o disimular un contrato que una verdadera compra y venta..." (247).

Lo cual dará como efecto principal en los tres casos, el de declarar inexistente el acto, por lo cual no producirá efecto jurídico alguno, y podrá invocarse en cualquier momento y por cualquier persona.

El segundo elemento de existencia que nos corresponde estudiar ahora, es el objeto del contrato, del cual doctrinariamente se distinguen dos clases: - El directo o inmediato, e indirecto o mediato. El primero se identifica con la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Cabe aclarar que para algunas legislaciones, la creación y transmisión de derechos y obligaciones, no constituyen el objeto directo del contrato, sino las consecuencias o resultado propio del mismo, sin embargo, como tales consecuencias son precisamente la razón, el motivo que impulsa a las partes a vincularse jurídicamente, es por ello que puede hablarse de creación y transmisión como objeto directo del contrato respecto del objeto directo en la compraventa, Miguel Angel Zamora y Valencia dice "... El objeto directo del contrato de compraventa es la conducta de los contratantes, manifestada como una prestación de hacer, consistente en entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho y en pagar un precio cierto y en dinero ..."(248).

De lo que se objetaría que la conducta dirigida a la entrega de un bien o documentar la titularidad de un derecho, no es en esencia el objeto directo de la compraventa, sino, más bien una obligación generada del contrato, de tal manera que, en la compraventa éste se dará por la finalidad de las partes de crear y transmitir derechos y obligaciones recíprocas; es decir, el vendedor - la de tener una conducta dirigida a la transmisión del dominio de una cosa o la titularidad de un derecho, y la del comprador de pagar un precio cierto y en dinero, pues de no existir dichas finalidades (voluntad de transmitir y pagar el precio) no habrá objeto directo y en consecuencia la compraventa será inexistente.

Por otra parte el objeto indirecto está constituido por las prestaciones a que se obligan las partes, que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. El artículo 1824 de manera implícita lo señala al preceptuar "... Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer ..." Desprendiéndose tres supuestos del objeto: a).- Dar la cosa (Se habla de prestación de cosas); b).- El hecho que el obligado debe hacer o prestar (prestación de hechos); c).- El hecho que el obligado no debe hacer. Dándose dos conductas positivas y una negativa.

Del primer supuesto, dar la cosa, ésta para poder ser objeto del contrato, debe ser posible física y jurídicamente, porque a lo "imposible nadie está obligado" posibilidades que se encuentran contenidas en los tres requisitos

que enmarca el Código Civil ya conocidas y que son: a).- Existir en la naturaleza; b).- Ser determinada o determinable; c).- Estar en el comercio (Art. - 1825).

Se dice que la cosa existe en la naturaleza porque es posible física y materialmente, o puede llegar a serlo, por ello la ley especifica casos, como la compraventa de esperanza en el cual el contrato se da sobre cosas futuras, y existe y es válido excepto cuando se trate de sucesión de persona viva (Art. - 1826 C. C. D. F.) A contrario sensu, hay imposibilidad física cuando la cosa no existe ni puede llegar a ser, por tanto, el contrato es inexistente, porque falta el objeto indirecto del mismo.

Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, es decir, indicar con precisión y sin duda cual es la cosa que integrará el objeto del contrato. Aunque la especie no es otra cosa que una limitación al género, pero la limitación debe ser lo bastante precisa para que el vínculo de la obligación sea serio. En la doctrina sobresalen dos grados para la determinación de la cosa: La individual, y en especie. La determinación individual se da cuando se caracteriza y distingue la cosa por sus atributos propios; en especie se atiende al género, cantidad, calidad al peso y medida. Se dice que es suficiente el género y la cantidad, aunque no se fije la calidad, porque el derecho estima que entonces se tratará de un objeto de mediana calidad, dentro de su categoría. Asimismo, no basta una determinación en cuanto al género si no se señala cantidad porque existiría una imprecisión en las prestaciones.

Resultando que cuando es posible de determinación individual y en especie, la cosa será idónea jurídicamente, no así si solo se atiende al género, por consiguiente un contrato es inexistente cuando la cosa no es determinada ni susceptible de determinarse.

Nos faltaría solo fijar cuando la cosa está fuera del comercio, cuestión que anotamos en la parte introductoria de este trabajo, teniendo por reproducidos en esta parte tales comentarios. Concluyendo, diríamos que cuando una cosa no reúne los requisitos aludidos, el contrato será inexistente, porque el objeto indirecto no se encuentra jurídicamente integrado.

Es relevante anotar la opinión vertida por Rafael Rojina Villegas en el sentido de que la cosa además de reunir los requisitos antes enunciados, ésta también deba ser lícita, al respecto comenta "... Aun cuando el Código Civil se refiere a la licitud o ilicitud de los actos o hechos en relación con los contratos, sin mencionar las cosas, pues solo la conducta humana puede recibir

tal calificación, si cabe la posibilidad de que en la compraventa esta recaiga sobre una cosa ilícita, en cuanto que está prohibida su enajenación. Es decir, las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, pero su enajenación o adquisición, como formas de conducta, como procederes, sí pueden estar prohibidos o permitidos ..." (249).

Miguel Angel Zamora y Valencia por su parte nos dice "... No es posible - hablar de la licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la - conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté - acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa ..." (250).

En el caso de la compraventa se señalan como ejemplos, las leyes que reglamentan la caza y la pesca en las cuales en la época de veda está prohibida la enajenación de ciertas especies o del Código sanitario en los que las drogas y otros productos nocivos a la salud también se encuentran prohibidos, estos ejemplos tratan de compraventas sobre cosas ilícitas, pero entendidas estas en el sentido antes aludido. La sanción operaría en una situación así se desprende del artículo 8 en relación con el 2225 del Código Civil que determinan "... Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de - interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario ... La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley ..."

Aunque el Código Civil, no siempre previene qué tipo de nulidad procede, en general las compraventas que se realizan violando las leyes prohibitivas o de interés público traen consigo una nulidad absoluta. Pero, es pertinente - aclarar que la misma ley establece que si una cosa se encuentra fuera del comercio, ésta dará como consecuencia una inexistencia; no obstante si solo se - prohíbe su enajenación y se encuentra dentro del comercio, porque es objeto de apropiación debe estimarse una nulidad absoluta.

El segundo y tercer supuestos (prestación de hechos y omisión de una conducta) deben contemplar dos características contenidas en los artículos del - 1827 al 1830 y de los que se desprenden que deben ser posibles y lícitos. El Código Civil define éstas, a contrario sensu al disponer que es imposible el - hecho cuando es incompatible a una ley de la naturaleza o a una norma jurídica que deba regirlo necesariamente, constituyendo un óbice insuperable para su -

249.- Op. Cit. Pág. 76.

250.- Op. Cit. Pág. 41.

realización, de tal manera que, el hecho no puede existir, presentándose dos tipos de imposibilidades: Por su naturaleza o por disposición de la ley. Respecto a la imposibilidad jurídica debemos considerar que, no expresa una violación a una norma de derecho, sino que el hecho no llega a realizarse porque la ley lo impide, por ello el acto no tiene existencia alguna. Al respecto Ferrera nos dice "... En la acción jurídicamente imposible la ley no es sin embargo transgredida, sino que se intenta en vano substraerse de ella. Por lo mismo, lo imposible jurídico se resuelve en una acción inútil ..." (251).

Distinta es la característica de ilicitud, porque en ella se va en contra de una norma, ya sea prohibitiva o imperativa. Por tanto debemos distinguir - que en la imposibilidad jurídica el acto no tiene nacimiento ni ejecución porque la norma de derecho determina supuestos necesarios que de no observarse impiden su existencia, en cambio la ilicitud el hecho se realiza y tiene consecuencias determinadas según sea la invalidez que le afecte. Si bien la imposibilidad jurídica da una existencia, la ilicitud que constituye lo posible vedado, o reprobado y denotará una nulidad; aspecto que ampliaremos al tratar los elementos de validez de este contrato aplicando lo precedente.

El objeto indirecto en la compraventa está dado tanto por la cosa como el precio. La cosa para ser elemento real de la compraventa deberá reunir la triple condición para ser objeto indirecto del contrato. Y que en seguida tratamos:

a).- Existencia de la cosa.- Es indudable que la compraventa no es posible - concebirla sin la cosa que exista en la naturaleza, para que sobre ella recaiga la venta. En consecuencia la compraventa será inexistente si el objeto indirecto (cosa) no existe o no es susceptible de existir, en el momento de la celebración del contrato. En la doctrina se plantean diversas situaciones en las que la compraventa recae sobre una cosa que ha existido, pero que ha perecido y al respecto Rafael Rojina Villegas (252) y Leopoldo Aguilar coinciden - en plantear los siguientes supuestos:

- I.- Pérdida total o parcial de la cosa antes de la concertación del contrato.
- II.- Pérdida de la cosa por evicción antes de que concluya el contrato.
- III.- Pérdida total, parcial o por evicción, posteriores a la celebración del contrato.

251.- Comentado por Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 145.

252.- Op. Cit. Pág. 66.

253.- Op. Cit. Pág. 81.

De la primera hipótesis, el Código Civil no da solución evidente, pero sí determina los casos que puede acontecer la pérdida y establece en el artículo 2021 "... La pérdida de la cosa puede verificarse: I.- Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II.- Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar..."

En la pérdida total antes de la concertación del contrato (entrega), la compraventa es inexistente porque jurídicamente la cosa no existe, pereció totalmente o ha sido destruída o no se puede recuperar. Situación que da nacimiento a la devolución del precio, como consecuencia de la inexistencia, siendo innecesario de una declaración judicial, pero en caso de controversia, entre las partes, la acción que se pedirá, será de restitución del precio y no de inexistencia, pues la primera es la consecuencia de ésta.

En la pérdida parcial como el Código Civil vigente, no determina una solución expresa, se presenta la problemática de saber si nos encontramos ante una inexistencia de un contrato válido o bien de una nulidad.

La primera posición, se descartaría porque el objeto sí existe, pero sólo en parte, y la inexistencia sólo se da cuando la cosa es totalmente imposible.

Respecto a la segunda solución, la doctrina estima que se trata de un contrato válido, porque no hay vicio de error en la formación del consentimiento, solo una imposibilidad de cumplir con la obligación de entregar totalmente la cosa, lo que permite la opción de la rescisión del contrato, o bien, de rescisión del precio.

Por su parte Rafael Rojina Villegas (254) y Leopoldo Aguilar (255) estiman que se trata de una nulidad y no de una rescisión, puesto que esta última presupone siempre una causa posterior a la celebración del contrato y nunca una causa anterior, por tal motivo se trata de una causa de nulidad, basada en una presunción juris tantum de error determinante en la voluntad del comprador, fundado además en el artículo 1813 del Código Civil.

Luis Díez Picazo y Vicente Montes comentan: "... El objeto debe existir al celebrarse el contrato. Si no existe entonces, por pérdida total, queda sin efecto. Pero si hay una pérdida parcial, el comprador tiene la facultad de desistir del contrato o reclamar la parte existente abonando su precio en -

254.- Op. Cit. Págs. 70 y 71.

255.- Op. Cit. Pág. 83.

proporción al total convenio ..." (256).

Por nuestra parte concertamos la opinión vertida por Rojina Villegas y Leopoldo Aguilar, en considerar una nulidad relativa, pues en todo caso si se demuestra que el comprador conocía el estado de la cosa, no sufriendo error, — ello implicaría un consentimiento sobre la misma, y en tal circunstancia, tocaría a él pedir la reducción del precio.

En cuanto a la pérdida de la cosa por evicción antes de la entrega de la cosa, la compraventa existe, porque hay el objeto que reúne los requisitos previstos, solo que esta no pertenece al vendedor, cuestión que ampliaremos en la problemática de cosa ajena.

Del último supuesto (pérdida total o parcial después de la celebración — del contrato), por ser impedimentos para cumplir con la obligación de entregar la cosa, será objeto de estudio en el apartado relativo a obligaciones y derechos del vendedor y comprador.

b).— Determinación de la cosa.— Al respecto Henri, León y Jean Mazeaud manifiestan "... La cosa vendida debe ser determinada en su individualidad (cuerpo cierto) o en su especie (cosa genérica), y en su cuantía. Pero es suficiente con que la cosa vendida sea determinable; es decir, con que, mediante estipulaciones expresas o tácitas del contrato, las partes hayan indicado los medios de determinar la individualidad o la especie y la cuantía de la cosa vendida ..." (257).

Sin embargo, el Código Civil Mexicano, no coincide con esta opinión, pues determina "... Art. 2257.— Las compras de cosas que se acostumbra gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos, sino después que se hayan gustado, pesado o medido los objetos vendidos.

Asimismo, tratándose de cosas ciertas y determinadas, no presenta ningún problema preceptuándose lo siguiente "... Art. 2258.— Cuando se trate de venta de artículos determinados y perfectamente conocidos, el contrato podrá hacerse sobre muestras ..."

"... Art. 2014.— En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del 256.— Op. Cit. Pág. 110.

257.— Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera. Los Principales Contratos Vol. III Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas. Europa — América; Buenos Aires, Argentina. 1974. Pág. 110.

contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica. -No así cuando - Art. 2015.- En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor ..."

c).- Existencia de la cosa en el comercio.- En la compraventa cuando se realice una enajenación sobre cosas que no sean susceptibles de aprobación o se trate de Bienes del dominio público dentro de los que se encuentran, los de uso común y destinados al servicio público, que constituyen cosas fuera del comercio, la compraventa resultará inexistente.

Manifestamos que en la compraventa, el precio igualmente es el objeto indirecto, el cual también deberá reunir requisitos, los primeros se desprenden de la definición misma de la compraventa, que debe ser cierto y en dinero, circunstancias esenciales para la existencia del contrato, y que se complementa con el ser justo, considerado como requisito de validez.

El precio es cierto, porque existe y es verdadero, ya que de no ser así, podría presenciarse un precio simulado, es decir, aquél que en la realidad no existe. Por otro lado la contraprestación debe conformarse en dinero, o sea en moneda nacional que conforme a la ley monetaria en vigor, tenga poder liberatorio pleno, porque de lo contrario, no habrá compraventa, Henri y León — Mazeaud nos dicen "... El precio consiste necesaria y únicamente en una suma de dinero que el comprador se obliga a entregarlo al vendedor. Si el contrato no incluyera a cargo de una de las partes, la obligación de pagar una suma de dinero, sino la de entregar otra cosa, o si implicara la transmisión de un derecho que recayera sobre otra cosa, el contrato no sería una compraventa, sino una permuta o una donación ..." (258).

No obstante, nuestra ley permite la posibilidad de una operación mixta en donde el precio no sea en su totalidad en dinero y establece que "... Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta ..." (Art. 2250).

Decíamos, que el dinero deberá presentarse en moneda nacional, y al respecto el Artículo 8º de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, nos

dice "... La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el precio ..."

En cuanto a la determinación del precio, podemos hablar de cuantía, cantidad o importe en dinero, no es necesario determinar el modo de pago, pues a flata de convenio respecto a esto, se deberá pagarse al contado (Art. 2255)

El precio también debe estar fijado, de manera general, podemos decir que el precio lo convienen las partes (Art. 2249), sin embargo, el Código Civil — determina que: "... Art. 2252.— Fijado el precio por el tercero, no podrá — ser rechazado por los contratantes, sino de común acuerdo.

Art. 2253.— Si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, quedará el — contrato sin efecto, salvo convenio en contrario.

Art. 2254.— El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ..."

Lo que de alguna manera puede llevarnos a la confusión, pues la compraventa empieza su configuración a través del acuerdo de las partes respecto de la cosa y el precio.

Por tanto coincidimos con Rojina Villegas en creer que en estos artículos más bien lo que sucede es que existe un contrato especial antes de la compraventa cuyo contenido es respetar el precio que fije un tercero; es decir, hay un precontrato que obliga a celebrar la compraventa en el precio que fije un tercero.(259)

En lo referente a que el precio debe ser justo, será objeto de estudio en los requisitos de validez.

Concluyendo, diremos que cuando en la compraventa no exista el precio, — con las características anotadas (cierto y en dinero) no es posible hablar del objeto indirecto de la misma y por ende de su existencia.

REQUISITOS DE VALIDEZ.

Además de los elementos de existencia, es menester que el consentimiento

emane de una persona capaz, manifestado de manera libre y conciente, con un motivo o fin lícitos, y por último, que el contrato se realice cumpliendo con la forma que enmarque la ley, lo que conformará los requisitos de validez, que — permitirán al contrato tener una plenitud jurídica.

Desglosando el primer requisito, tenemos que la capacidad se comprende — como la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y asumir — obligaciones, así como la posibilidad de que la persona pueda ejercitar esos — derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.(260).

Consecuentemente, la capacidad comprende dos aspectos:

- 1.- Capacidad de goce; y
- 2.- Capacidad de ejercicio.

La primera constituye la aptitud que tiene toda persona para ser sujeto — de derechos y obligaciones, considerada como una ficción jurídica, ya que determina que todo sujeto debe tenerla, permite que todas las personas se encuentren en posibilidad de actuar en la vida jurídica y al respecto Rafael Rojina Villegas comenta "... La capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica que exista en ese centro ideal de imputación y al desaparecer también tendrá — que extinguirse el sujeto ..." (261), cuestión contenida en el artículo 22 del C. C. D. F. que dice "... La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en — que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código ..."

Por otro lado la capacidad de ejercicio, consiste en la aptitud que tiene el sujeto para poder ejercitar de manera directa sus derechos, o bien de cumplir obligaciones, la cual puede ser total o parcial. Es total cuando se trata de mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales; es parcial cuando se refiere a los menores emancipados, que pueden hacer valer sus derechos — personales y sus derechos reales sobre bienes inmuebles.

De acuerdo con lo anterior, y estimando que el Código Civil determina que la incapacidad es una causa de invalidez del contrato (Art. 1795); podemos decir que se refiere a la falta de capacidad, puesto que un individuo carente de

260.- Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Págs. 384 y 385.

261.- Op. Cit. Pág. 158.

las aptitudes necesarias para ejercitar por sí mismo sus derechos u obligarse, o bien personas privadas de ciertos derechos, no se encontraran en condiciones propias para contraactuar.

De tal manera que el citado precepto, cuando establece la incapacidad en los contratos, se refiere más que nada, a la incapacidad de ejercicio, de ahí la regla que dice "... Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley ..." (Art. 1798).

Será una excepción la incapacidad contenida en el artículo 450 que nos dice "... Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordomudos que no saben leer - ni escribir; IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen - uso inmoderado de drogas o enervantes ..."

Podemos agregar en cuanto a la incapacidad de una de las partes, no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común. (Art. 1799).

Cabe aclarar que, a pesar de la existencia de incapacidad en una persona, esta puede ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus legítimos representantes.

De la incapacidad de goce, aunque la ley especifica que la tiene toda persona, la doctrina obscurece este término, cuando priva a algunas personas de ciertos derechos, como los contenidos en el artículo 27 Constitucional, pues - los considera como incapacidad de goce.

La incapacidad es sancionada con nulidad relativa, por tanto el acto puede ser confirmado, pero siempre y cuando cese el motivo o vicio de la nulidad y no ocurra otra causa que invalide la confirmación, contenido esto en los artículos 2228 y 2233.

Aplicando lo analizado al contrato de compraventa, diremos que son incapaces para vender o comprar, los sujetos que carecen de aptitud legal o natural, ya que se encuentran en una falta de lucidez que les impide ejercer directamente derechos y obligaciones, o bien se encuentran privados ciertos derechos que les imposibilita realizar esta transacción jurídica. Consideración que nos - lleva a establecer que para tener capacidad para vender o comprar, se requiere la capacidad general para contratar.

Por ello se dice "... Para la existencia de un contrato se requiere la existencia de una persona física con capacidad natural, o de una persona jurídica que asuma la obligación de una prestación, y la existencia de una persona física o jurídica que consienta en la prestación y la acepte. De estas premisas podemos deducir que no existe contrato de venta cuando el vendedor o comprador no existen o son personas jurídicas carentes de existencia legal ..." (262).

En realidad en este contrato, la ley no detalla claramente las incapacidades, más bien nos habla en la mayoría de los casos de una serie de prohibiciones y requisitos que deben satisfacer las partes. Tal es el caso respecto del vendedor contenida en el artículo 2269 que establece "... Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad ..."; creemos que el contenido del precepto es una prohibición más que un aspecto de capacidad, pero Miguel Angel Zamora y Valencia considera "... El vendedor requiere una capacidad especial, o sea una capacidad específica de tipo personal relacionada con el bien o cosa, objeto del contrato, consistente en ser propietario del bien; ya que si no es propietario no se podría transmitir el dominio, que es una de las características de este contrato ..." (263).

Así también C. L. Gasca nos dice "... Para ser vendedor es preciso ser propietario de la cosa, porque "NEMO PLUS JURIS IN ALIUM TRANSFERE POTEST QUAM IPSE HABET", para ser comprador no se precisa nada ni siquiera tener el precio, ni probar ser legítimo propietario del dinero pagado, ya que la moneda, cosa fungible por excelencia pertenece a quien la posee ..." (264).

Afirmación de la que diferimos en cuanto al segundo párrafo, ya que no basta que posea dinero el comprador, necesita de la cantidad que constituye el precio, por ser éste el objeto indirecto de la compraventa.

Nosotros coincidimos con la opinión de Leopoldo Aguilar al sostener que más que una incapacidad, existe una falta de legitimación porque "... El vendedor debe tener el poder de disposición, dato distinto a la capacidad, puesto que una persona puede ser capaz y sin embargo, no podría transmitir propiedad si no la tuviere ..." (265), pues al precisar el ordenamiento civil que el vendedor debe ser propietario para transmitir el dominio de la cosa, no se está refiriendo a una capacidad legal o natural, sino a una falta de legitimación, ya

262.- C. L. Gasca. Op. Cit. Págs. 123 y 124.

263.- Op. Cit. Pág. 79.

264.- Op. Cit. Pág. 28.

265.- Op. Cit. Pág. 90.

que inclusive permite con posterioridad que aquél vendedor que no era propietario adquiriera la cosa, cuestión que no podría suceder con un incapacitado — mentalmente. No obstante, este problema se verificará conjuntamente con el planteamiento de la venta de cosa ajena.

Para la adquisición de bienes inmuebles, se determinan los requisitos y prohibiciones contenidos en el artículo 27 Constitucional "... Fracción I.—Só lo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexica— nas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus acce— siones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Esta— do podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan — ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales — respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos ... En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo — podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.. II . — Las asociaciones religiosas denominadas iglesias cualquiera que sea — su credo, no podrán en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o — administrar bienes raíces,..III.— Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados... no podrán — adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto...IV.— Las — sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas..." Situación que reglamenta el Código Civil al disponer: — "... Los extranjeros y las personas morales no pueden comprar bienes raíces, sino sujetándose a lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en sus leyes reglamentarias ..." (Art. 2274).

Otro requisito más que se presenta en el contrato de compraventa es el ca— so de la copropiedad, en relación al denominado "derecho del tanto" es decir, en caso de venta, debe preferirse la adquisición de un copropietario a otro — que no lo sea, en iguales circunstancias, para lo cual, aquél que desee ena— jenar su parte, deberá notificar a los demás para que hagan valer ese derecho, contemplado en el artículo 973 que determina "... Los propietarios de cosa — indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el par— tícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropieta— rio notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta — que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes, hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del — término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno ..."

Al referirse el citado artículo "no se producirá efecto alguno", signi—

fica que no se cumplió con el requisito del derecho del tanto y el propietario preterido, tiene el derecho de ejercitar su preferencia a fin de que a pesar de la enajenación ya efectuada se le venda la parte alícuota correspondiente - precidiendo de la primera enajenación. Por tanto el copropietario preterido - interpelará al copropietario que vendió, que cumpla con el derecho y éste deberá rescindir el contrato, pero en caso de no ser posible esta rescisión, ya sea porque el enajenante no lo desea o porque el adquirente se negare, el copropietario preterido podrá pedir que se declare sin efecto la venta realizada, por violación al derecho del tanto, y se le venda la porción respectiva en las mismas condiciones que había sido enajenada. El derecho del tanto, también procede a favor del arrendatario, cuestión contemplada en los siguientes artículos:

"... Art. 2448 I.- Para los efectos de este capítulo, el arrendatario tendrá - el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada.

Art. 2248 J.- El ejercicio del derecho del tanto se sujetará a las siguientes reglas: I.- En todos los casos el propietario deberá dar aviso en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos condiciones y modalidades de la compra-venta. II.- El o los arrendatarios dispondrán de 15 días para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho del tanto en los términos y condiciones de la oferta. III.- En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso en forma indubitable al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de 15 días para los efectos del párrafo anterior. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo está obligado a dar este nuevo aviso, cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un diez por ciento.."

Otra prohibición es la venta entre consortes, porque solo es admisible -- realizar entre sí el contrato, cuando el matrimonio se haya realizado bajo el régimen de separación de bienes.(Art. 176 C. C. D. F.)

Igualmente se presenta otra situación en la compraventa entre padres e -- hijos, que se encuentren sujetos todavía a patria potestad, ya que solo pueden vender bienes que hayan adquirido por su trabajo. (Arts. 428 Frac. I y 227B).

Otras prohibiciones en la compraventa son los referidos a bienes inalie-- nables, como lo es el patrimonio familiar, los ejidos, y los bienes de dominio público.

Una de las prohibiciones especiales contempladas en el Código Civil son — las siguientes:

"... Art. 2276.- Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Art. 2277.- Se — exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior la venta o cesión de acciones hereditarias, cuando sean coherederas las personas mencionadas, o de derechos a que estén afectos bienes de su propiedad...2280.- No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: I. Los tutores o curadores; II. Los mandatarios; III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren — nombrados en caso de intestado; IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos; V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia; VI. Los empleados públicos. 2281.- Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido. 2282.- Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este capítulo serán nulas ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona ..."

Se piensa que el legislador especificó estas situaciones con el afán de — procurar que no se presenten desigualdades por aprovechamiento de una situación privilegiada por su cargo y celebrar compras con un beneficio propio. Aunque — el ordenamiento civil, en este capítulo no nos detalla qué tipo de nulidad procede, pues deja abierto el término, inferimos se trata de nulidad relativa, por que permite la convalidación y lo fundamentado en el artículo 2228.

En atinencia al consentimiento, nos resta agregar, que para surtir plenamente sus efectos jurídicos, precisa que la voluntad de las partes sea manifestada de manera libre y con conocimiento de causa, porque al carecer de estas — características, se dice que se encuentra viciada, pues determinadas circunstancias particulares denominadas vicios de la voluntad, que transforman o desvían el panorama jurídico, sin suprimir al consentimiento lo afectan, de tal manera que, una voluntad así formada, ha nacido, pero no tiene una realización normal. De ello se dice: "... Se puede entender por vicio, la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución. En — efecto, cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de manera imperfecta, está viciado ..."(266).

En la doctrina existen divergencias respecto de cuántos y cuáles son los — vicios del consentimiento, algunos autores consideran al error, el dolo, la ma-

la fé, la violencia y la lesión; otros como Ernesto Gutiérrez y González agregan la reticencia.

Por su parte el Código Civil determina en su artículo 1812 que "...El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo..."

En cuanto se refiere al error Ernesto Gutiérrez y González dice "... Es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con la realidad, o bien, es una falsa o incompleta consideración de la realidad. Pero siempre, aunque se esté en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo ..." (267).

Por su parte Ignacio Galindo Garfias comenta "... El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella, y que determina al sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia ..." (268).

Por consiguiente, el error como vicio de la voluntad, denota una falsa valoración de la realidad, un conocimiento equivocado de cualidades o valores reales, y trae como consecuencia que la voluntad manifestada sea imperfecta, puesto que el estado subjetivo es discordante o inexacto con la realidad, por tal razón el sujeto se obliga partiendo de una base falsa. Asimismo, se distingue entre el error y la ignorancia, porque en la doctrina suelen aplicárseles la misma significación, no obstante que, mientras en el error existe conocimiento, la ignorancia carece totalmente de este, pero a pesar de ello se les atribuye los mismos efectos, siempre que influyan o desvíen la voluntad y al respecto Rafael Rojina Villegas nos comenta "... Desde el punto de vista jurídico, el error y la ignorancia, cuando son los motivos únicos y determinantes de la voluntad, la vician en igual forma y originan la nulidad relativa del acto jurídico ..." (269).

Ahora bien, en el error se distinguen primeramente dos clases: El error de hecho, cuando recae sobre hechos materiales, y el de derecho que se refiere a una falsa convicción sobre la aplicabilidad de una norma legal o sobre su interpretación, de ello el Código Civil en su artículo 1813 señala "... El

267.- Op. Cit. Pág. 273

268.- Op. Cit. Págs. 229 y 230.

269.- Op. Cit. Pág. 140.

error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa ..."

Ya en el apartado del consentimiento, mencionamos los grados de error — que existen, solo nos faltaría ocuparnos de aquél que precisamente produce la nulidad, así como del error indiferente.

El error nulidad se presenta cuando la voluntad sí llega a conjugarse, — pero una de las partes sufre error respecto al motivo determinante de su voluntad. El Derecho Francés ejemplifica dos casos de este grado de error; el error sobre la sustancia, que se presenta cuando existe un error en las cualidades de la cosa objeto del contrato que constituyen un requisito del mismo, y el error sobre la persona, que se refiere a cualidades personales del sujeto, y que solo es factible en determinados contratos, en los que se toma en — consideración esas cualidades o bien sentimientos en los sujetos con los cuales se pretende contratar. Sin embargo, nuestra doctrina no se limita a estos casos, pues determina como regla general que siempre que el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad y que de haberse conocido, no se hubiera contratado, ese error nulificará el acto.

Por último el error indiferente y del cual Ernesto Gutiérrez y González nos dice "... Produce en la voluntad del sujeto un equívoco sobre circunstancias incidentales del objeto, o cualquier otro elemento del contrato, pero este error carece de trascendencia, en la vida del mismo acto, pues este se habría celebrado aun cuando no se hubiere incurrido en el error ..." (270). Este grado de error, el Código Civil no lo reconoce, por no recaer en el motivo determinante de la voluntad, pero señala otro tipo de error, denominado de aritmética o de cálculo, que se refiere a una equivocación de índole matemática respecto de alguna operación que se realiza en el contrato, contenida — en el artículo 1814 que dispone "... El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique..." Por tanto, esta clase de error no anula el contrato, porque el precepto determina explícitamente solo la rectificación en la operación.

Tocante al dolo y la mala fé, el Código Civil en su artículo 1815 los — define de la siguiente manera "... Se entiende por dolo en los contratos —

cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fé la disimulación de error de uno de los contratantes, una vez conocido..." Verificándose que tanto el dolo, como la mala fé (mala intención) no constituyen vicios autónomos que dañan la voluntad, solo medios que inducen al error. De ahí que cuando el dolo o la mala fé no originen error aunque se haya desarrollado una actitud ilícita si el contratante no cayó en el error, su voluntad no estará viciada y por tanto el contrato resultará válido, ya que solo el dolo o la mala fé que contienen el ánimo directo de inducir al error o de mantener en él, y han sido del motivo - determinante de la voluntad originará la nulidad del contrato.(1816).

Es por ello, que la doctrina habla de dos clases de error: El fortuito, en donde nadie interviene para inducir a la falsa creencia de la realidad; y el provocado o doloso, que supone que uno de los contratantes o un tercero ha realizado maquinaciones o artificios por medio de los cuales se cae en el error. Así el dolo que es una conducta activa, se distinguen dos clases: El dolo principal o determinante, que es aquél en donde se emplean maquinaciones para hacer caer a una persona y desviar su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no hubiese celebrado y que motiva la nulidad del acto; pero si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas pondrá invocar la nulidad o reclamarse indemnizaciones (Art. 1817 C. C. D. F.) y el dolo incidental que origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. Se dice por tanto que el dolo incidental no nulifica al acto.

Existe también el dolo bueno, que usan los comerciantes, para resaltar — cualidades o características del objeto, con el que pretenden celebrar el contrato, este tipo de dolo por consiguiente tampoco nulifica el acto

En cuanto a la mala fé Gutiérrez y González, Ernesto nos dice "... Mejor denominado como mala intención, es la determinación de la voluntad de una parte en orden a la disimulación del error fortuito en que se encuentra la otra parte, al celebrar el contrato, o las maquinaciones que realiza, tendientes a mantener en ese error fortuito a su contraparte, determinación que se opone a lo que la ley que rige en ese momento, establece en protección de los que incurrir en error fortuito ..." (271).

En resumen podemos observar que tanto el dolo, como la mala fé que es una conducta omisiva, tienen los mismos efectos jurídicos, presuponen una premedi-

tación o propósito ya sea de engañar, o bien de no desengañar, diferenciándose porque el dolo es activo, implica el uso de maquinaciones y artificios por medio de los cuales una parte es inducida al error y celebra un contrato en condiciones desproporcionadas que de haberlas conocido, no se hubiese obligado, mientras que la mala fé es pasiva, no se induce, sino que el error se encuentra en una parte y la otra disimulando lo que advierte obtiene un mayor provecho, que el que se encuentra en el error, porque de percatarse no hubiese celebrado el contrato. Por tanto, cuando una de las partes desvía su voluntad por causa de dolo o mala fé puede pedir la nulidad relativa del contrato. (Art. 2228 C. C. D. F.)

Respecto de la violencia Planiol nos dice "... Se llama violencia o intimidación, a toda coacción ejercitada sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir en un acto jurídico ..." (272).

Por su parte Rafael Rojina Villegas manifiesta "... La violencia puede ser física o moral. Existe violencia física cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico... la violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado ..." (273).

Nuestro ordenamiento Civil en su artículo 1819 establece que hay violencia cuando "... Se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado ..."

El anterior Código usaba acertadamente la palabra intimidación, ésta es definida en el diccionario como el "... temor producido en una persona por medio de la amenaza de un daño moral o material más o menos grave que afecte a la misma o a sus familiares, o a quienes no siéndolo, se encuentran ligados a ella por cualquier vínculo afectivo ..." (274). Nosotros consideramos más -

272.- Comentado por Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 233.

273.- Op. Cit. Pág. 147.

274.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho 12a. Ed. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F.; 1984. Pág. 312.

idóneo identificar a la violencia como la coacción física que siempre trae resultados objetivos, y a la intimidación como una coacción de tipo moral subjetivo. Estimamos que el artículo citado con antelación, no resulta del todo claro en cuanto al término mismo de violencia, pues lo incluye con la intimidación. Por otra parte, enumera a las personas en las cuales puede recaer esta, siendo de carácter limitativo, olvidándose de aquellas personas que sin tener calidad alguna de parentesco, se encuentran ligadas íntima o sentimentalmente con una persona.

El mismo Código aduce que cuando se trate de temor reverencial, esto es, el solo temor de desgradar, a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no será suficiente para establecer que existe vicio en el consentimiento (Art. 1820).

Así la violencia o intimidación como vicios de la voluntad se presentan, porque no existe libertad en la declaración de voluntad puesto que fue hecha bajo coacción física o moral, con la intención de determinar a una persona a obligarse en contra de su voluntad, por consiguiente el acto será sancionado con nulidad relativa.

Uno o más de los vicios de la voluntad es la llamada reticencia, considerada por Ernesto Gutiérrez y González y Planiol que la definen de la siguiente forma "... Es el silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes al exteriorizar la voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su contratante, y que tienen relación con el acto jurídico que se celebra... la diferencia que existe entre ésta y el dolo radica en que este último implica maquinaciones para llevar el error, y que siempre se funda en la idea de conocimiento de un deber ser; mientras la reticencia denota un no hacer de guardar silencio... La reticencia aparente, bien puede entrañar la ignorancia de la ley, en cambio el dolo implica el conocimiento de la ley... por lo que hace la diferencia con la mala intención (mala fé); esta como vicio de la voluntad, requiere que haya previamente un error fortuito, y una vez presentado éste, la otra parte debe hacerse la disimulada o maquinar para mantener en el error... en la reticencia no hay creencia falsa sino ausencia de creencia, hay ignorancia, y por lo mismo no pueden configurarse ambas figuras ..." (275).

La reticencia presupone que una de las partes omite manifestar ciertos hechos ignorados por la otra, que de haberlos conocido, no se hubiese obligado.

Por ello, nosotros consideramos que la reticencia viene a constituir un dolo, porque al omitir algo que se ignora, se está maquinando.

Otra de las circunstancias que se analizan junto con los vicios de la voluntad, es la lesión que aunque el ordenamiento civil no la encuadra dentro de los vicios, posteriormente le da los mismos efectos jurídicos.

Esta es definida bajo diversos puntos de vista: Galindo Garfias (276), - Eugene Gaudement (277), y Demontes (278), coinciden en concebirla como un perjuicio ocasionado por notoria desproporción que experimenta uno de los contratantes, en un contrato a título oneroso, bilateral, porque hay desigualdad de valor entre las prestaciones que recíprocamente se deben los contratantes.

Los citados autores hacen incapié que la lesión solo es factible en los - contratos onerosos y bilaterales, porque para dar pauta a una desigualdad de prestaciones, en donde una parte resulte perjudicada es menester la existencia de dos o más personas que contengan derechos y obligaciones, provechos y grá—vámenes recíprocos, para dar lugar a una desproporción.

Por su parte Rafael Rojina Villegas manifiesta "... La lesión en los contratos plantea un serio problema en el derecho, porque para la solución entran en conflicto aparente dos valores fundamentales que debe realizar todo ordenamiento jurídico: La justicia y la seguridad...pero el propio derecho positivo toma en cuenta además, como valor importante para la solución del problema los principios de la licitud y de buena fe...ha existido en el caso de una conducta inmoral de un contratante que explota la inferioridad espiritual o económica - del otro, habrá que concluir que en este conflicto axiológico o de estimativa jurídica, debe vencer la justicia, la licitud y la buena fé de los contratos, sobre la seguridad jurídica representada por el principio de obligatoriedad de los mismos a través de la norma Pacta sunt servanda ..." (279).

El autor en cita, comprende a la lesión tomando en consideración los principios jurídicos de justicia, seguridad, licitud y buena fé en las prestacio—nes que se deben en todo contrato. Asimismo, resalta la conducta inmoral que desarrolla una parte para explotar a la otra que se encuentra en desventaja —

276.- Op. Cit. Pág. 234.

277.- Teoría General de las Obligaciones. Traducción Macedo Pablo. 2a. Ed. — Editorial Porrúa, S. A; México, D. F; 1984. pág. 94.

278.- Comentado por Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 228.

279.- Op. Cit. Págs. 113 y 114.

por la inexperiencia que él denomina inferioridad espiritual o económica, contrariando de esa forma los valores fundamentales. Por nuestra parte, pensamos que el autor maneja cuestiones que van mejor con la filosofía del derecho que con la cuestión objetiva que se necesita para resolver el problema, aunque no con ello dejan de ser importantes para la solución.

Asimismo, la lesión ha originado controversias respecto de considerarla - como vicio de la voluntad o no, al respecto para Ernesto Gutiérrez y González la lesión "... Es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, en un contrato conmutativo ..."(280).

Por su parte Cástan estima que "... La lesión más que un vicio de la voluntad constituye una circunstancia que la ley ha creído conveniente exigir en causa de rescisión para proteger a la parte perjudicada, la lesión es un vicio revelador de la existencia del vicio en el querer... puede ser la consecuencia del vicio del consentimiento pero no el vicio ..."(281).

Arechiga Silviano dice que "... Los perjuicios que vengan por tal conducta lesiva no va a viciar a la voluntad, puesto que éstos se dan después de que dicha voluntad se ha expresado, es decir, dichos perjuicios no existen al momento de declarar la voluntad, entonces lógicamente no pueden influirla y por lo mismo viciarla..."

Partiendo de esto, si se considerara a la lesión como perjuicio que implica una desproporción entre las partes, resultado de una conducta dañosa, se hablaría entonces como medios para lesionar la explotación de la suma ignorancia, la inexperiencia y la extrema o suma miseria, que llevaría a estimar la necesidad de tener como antecedente algún vicio de la voluntad como presupuestos de los medios, como lo es el error; dolo y mala fé, que son los factibles para causar el daño. A la violencia la excluimos por ser de carácter coercitivo externo de la voluntad, y no es compatible ya sea con la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

Ahora bien, independientemente de estos criterios existen diversas teorías que tratan de explicar como opera la lesión a saber:

280.- Op. Cit. Pág. 310.

281.- Comentado por De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Obligaciones Civiles. Contratos en General. Vol. III. 5a. Ed. Actualizado por De Pina Vera, Rafael. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F; 1980. págs. 287 y 288.

a).- La teoría que estima a la lesión como vicio subjetivo de la voluntad. Es tablece que debe considerarse si la voluntad fue clara, conciente y libre al exteriorizarse, es decir, que no se encuentre viciada, puesto que es de pensar se que una situación donde existe una desproporción entre las partes, debe presumirse que existe un vicio en la voluntad de la parte perjudicada, porque nadie conscientemente podría aceptar esa desigualdad de prestaciones.

Ello no significa que lo importante es la desproporción material, sino saber si el consentimiento se ha dado válidamente.

b).- La lesión como vicio objetivo. En esta teoría por el contrario, considera que lo determinante es estimar los resultados objetivos, o sea, la desproporción porque en donde existe una desventaja contractual, consecuentemente una de las partes resultará dañada. Por lo mismo no importa si la voluntad es tá viciada o no, en el momento de la declaración lo que es primordial es la justa distribución de prestaciones.

c).- Por último, la teoría ecléctica que estima a la lesión como vicio objetivo y subjetivo. Puesto que para producirse esta, es menester que exista además de la desproporción entre las partes un elemento subjetivo, estimar si la voluntad fue viciada, de tal manera que se requieren de ambos elementos para que se configure la lesión.

Nuestro Código Civil enmarca a la lesión al señalar "... Art. 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.

Evidentemente, el citado artículo toma la posición ecléctica al enmarcar ambos aspectos; el subjetivo al hablar de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria; y el objetivo, la obtención de un lucro excesivo, por una de las partes debido a la desproporción contractual.

Respecto de la ignorancia, entendemos que se presentará cuando en el momento de la declaración de la voluntad, una de las partes tiene un desconocimiento total de lo que se está obligando, y de lo cual se aprovecha la otra parte, obteniendo un beneficio mayor que su contratante.

En cuanto a la notoria inexperiencia, podemos interpretarla como la falta de conocimiento evidente, es decir, uno de los contratantes no está completamente cierto y claro respecto de lo que se está obligando, y la otra parte al percatarse de ello, no clarifica la situación, aprovechándose de esto, ocasionando una desproporción en las prestaciones a su favor y en perjuicio patrimonial de la otra.

Por último la extrema miseria, nos conlleva a pensar en una situación de desventaja, en el sentido que una parte se encuentra en condiciones apremiantes que lo obligan a celebrar el contrato, en forma desproporcionada.

Así podemos decir, que la lesión se verifica con la presencia de un perjuicio patrimonial que sufre una de las partes (dato objetivo), como consecuencia de un vicio de la voluntad (subjetivo) y que por ende contraviene los principios de buena fé, equidad y licitud.

Concerniente a los efectos jurídicos que produce la lesión, el citado artículo 17; lo califica de nulidad sin determinar qué tipo de nulidad se trata, pero se interpreta que es relativa, porque da pauta a la prescripción, al establecer que el derecho concedido dura un año, complementado con lo dispuesto en artículo 2228. Por tanto es convalidable y solo podrá ser invocada por el perjudicado.

Teniendo una idea generalizada de los vicios de la voluntad, nos queda solo ver si es posible contemplarlos en el contrato de compraventa, que es el objeto de nuestro estudio. Resumiendo diríamos que es factible la presencia del error en sus diversas formas, exceptuando el error sobre el sujeto con el cual se desea contratar, que solo podrá existir en otro tipo de contratos.

Asimismo el dolo y la mala fé, cuando ellos nos ocasionan un error, en cualquiera de sus clases es posible adaptarlos a la compraventa. La violencia o intimidación son también vicios de la voluntad que pueden subsistir en el contrato de compraventa.

En lo referente a la lesión civil, es posible esta situación cuando manifestamos que el precio debe ser justo, es decir, que haya una proporción equitativa con el valor de la cosa vendida, y el precio pagado, ya que de existir una disequivalencia entre lo que se da y lo que se recibe puede presumirse que exista una injusticia e inclusive una explotación de la parte más fuerte.

La expresión justo se ha querido considerar por algunos autores como algo

abstracto, sujeto a diversas interpretaciones, sin embargo, podemos decir al respecto que en una relación contractual, se espera la buena fé de las partes para que se determine lo que se considera justo.

Al respecto de la lesión en el precio Rafael Rojina Villegas manifiesta - "... Para nuestro derecho positivo, no sólo se atiende al dato objetivo de la equivalencia, pues puede romperse esa relación de tal manera que el precio se ha desproporcionado y a pesar de ello, la compraventa válida... Es menester que además de la proporción notoria entre las prestaciones, existe una causa subjetiva debido a que provenga de extrema miseria, suma ignorancia o notoria inexperience del comprador y, además, que haya explotación indebida por parte del vendedor ..." (282).

Lo que significa que el contrato existe y será válido cuando el precio sea justo, pero si éste no lo es, presumimos que existe lesión civil, siempre y cuando se reúnan los aspectos objetivos y subjetivos de la misma a saber: - La desproporción real entre el precio que se da y la cosa que se recibe; resultado que se traduce en un menoscabo patrimonial en uno de los contratantes, y un beneficio ilícito para la otra. Así como que esta disequivalencia sea originada, ya sea por la ignorancia, notoria inexperience o extrema miseria, de tal manera que conjugados ambos aspectos tendremos una lesión y consecuentemente el contrato de compraventa será nulo; con calidad de relativa.

Objeto, motivo o fin lícitos.- Otro de los requisitos para lograr la validez del contrato, es el consistente en la licitud del objeto, motivo o fin. En cuanto al objeto, ya hemos manifestado, que esencialmente se estudia la licitud con relación a la prestación o abstención de hechos contemplado en el artículo 1830 que dice "... Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres ..." Pero también debe ser lícito el motivo o fin, cuestión claramente especificada en el Artículo 1831 que a la letra dispone "... El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres ..."

Partiendo de esto, es conveniente primeramente dejar asentado qué hemos de comprender por motivo o fin, a ello Ernesto Gutiérrez y González nos dice - "... El motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico ..." (283).

282.- Op. Cit. Pág. 83.

283.- Op. Cit. Pág. 267.

Para Miguel Angel Zamora y Valencia "... Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte... Los motivos que una persona puede tener para contratar, son móviles internos, personales de cada parte contratante y que a menudo son desconocidos... Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte ..." (284).

Para nosotros es lo mismo hablar de motivo y fin, ya que ambos se verifican con la intención que tienen las partes al celebrar el contrato y que además por ser de índole subjetivo, creemos que es difícil de determinar cuando es ilícito, a menos que se proyecte y compruebe objetivamente.

Pero nos hemos referido a la característica de ilicitud sin aun determinar ésta, en sentido general, la licitud en el objeto, motivo o fin se da cuando no son contrarias a la ley, es decir, a contrario sensu, diríamos que será ilícito cuando se transgrede una ley de interés público, sean prohibitivas o preceptivas, o bien de las buenas costumbres.

Así pues, de las leyes de orden público se despliegan las de carácter prohibitivo y las preceptivas.

Respecto a las leyes prohibitivas, podemos decir, que en una sociedad en donde es manifiesto las relaciones entre sus habitantes, es necesario y vital regular sus comportamientos, y es el Estado por medio de la estimación que hace de la escala de valores que existe en la sociedad y a través de sus órganos, el encargado de detener o restringir la libertad de las personas en sus actos de voluntad, sobre todo en aquellas cuestiones que pueden ser perjudiciales para el orden social, de ello Ernesto Gutiérrez y González nos dice "... De ahí que, cuando la ley considera que algo puede trastornar el orden jurídico si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, de manera expresa y terminante, establece una prohibición. Por lo mismo la voluntad de los particulares se guía en el Derecho Civil a través del principio "todo lo que no está prohibido está permitido"..." (285).

Por ello, en materia contractual podemos decir que, la libertad de contratación se encuentra dividida en dos momentos: Primero; toda persona tiene

284.- Op. Cit. Pág. 41.

285.- Op. Cit. Pág. 261.

libertad para celebrar o no un contrato; segundo; una vez que ha decidido contratar de común acuerdo con su contraparte, puede determinar las condiciones a que se sujetará el contrato, sin otro límite que el orden público.

Consecuentemente las prohibiciones están determinadas en la ley porque de no llevarse a cabo su preceptuación afectarían al orden establecido.

Ahora bien, como dejamos anotado, el Estado se basa en la escala de valores que existen en la sociedad para sancionar a aquellas conductas que vayan en contra de las leyes de orden público, partiendo de ello surgen gradualmente las sanciones según sea la naturaleza de la conducta. Así pues, tenemos que en las leyes prohibitivas surgen tres grados de sanción que son las siguientes:

- a).- Se determina una nulidad absoluta cuando afecta el interés general y de orden público.
- b).- De nulidad relativa si solo se contraría alguna ley prohibitiva que protege determinados intereses particulares.
- c).- La circunstancia en la que es preferible tolerar, las consecuencias de la violación, que la imposición de la nulidad del acto, buscando una aplicación de una sanción con carácter administrativo o bien, de tipo penal; dejándose así latentes las consecuencias del acto por ser prioritario el orden social.

En razón a las leyes prohibitivas, la doctrina enmarca la problemática que puede presentarse en la situación en donde las partes convengan en crear alguna prohibición en el contrato que están celebrando, y si en caso, de que con posterioridad alguna de las partes la contraría, es factible sancionarla con nulidad sea absoluta o relativa, como cuando se contraría una norma prohibitiva. Sin embargo, por lo asentado con anterioridad, por nuestra parte pensamos que no es dable aceptar que en un convenio o contrato celebrado por las partes en donde se especifique alguna prohibición, tenga las mismas consecuencias que cuando contraría las leyes establecidas por el legislador. Un ejemplo tangible de esta situación es la que se presenta en el contrato de compraventa en la llamada "cláusula de no enajenar" ya que de la posibilidad de la convención prohibitiva por las partes al establecer en el "... Art. 2301. Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipula que no puede venderse a persona alguna..."

Puesto que aparentemente la cláusula permite que las partes, creen una prohibición, consistente en que el adquirente de una cosa no puede tener la total disponibilidad de la misma.

Pero el mismo artículo aclara que solo operará respecto a una persona determinada, pero no es dable esta prohibición de no enajenar para todas las demás personas, suscitándose por tanto, varios cuestionamientos que Rafael Rojina Villegas los interpreta de la siguiente manera;

- a).- La cosa se convierte en inalienable.
- b).- Simplemente se origina una incapacidad para enajenar.
- c).- Se da nacimiento a una obligación de no hacer, consistente en no vender, cuya violación trae consigo, el pago de daños y perjuicios.

En nuestro Derecho, siguiendo el sistema general de que las partes no pueden crear normas prohibitivas sancionadas con la nulidad, no es válida la cláusula de no enajenar en los contratos, cuando tenga por objeto hacer la cosa inalienable, o bien crear una incapacidad para el adquirente ..."(286).

Cuestión que es complementada con lo determinado en el artículo 830 del Código Civil que dice "... El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes..." Lo que nos lleva a concluir que la sanción de nulidad es estrictamente resultado de una contravención de normas legales y no por convenio prohibitivo establecido por las partes, y en todo caso, la ley especificará alguna retención o modalidad como sucedió en la anterior circunstancia. En cuanto se refiere a la situación de la cláusula de no enajenar consideramos como el autor en cita, que se produce una obligación de no hacer respecto de no vender a determinada persona, pero sí, puede venderse a cualquier persona. Por lo que hace a las leyes preceptivas, podemos denotar que el papel del Estado no concluye con solo determinar prohibiciones, sino también establece normas preceptivas, es decir, aquellas en donde ordena la observancia de ciertas conductas, de tal manera, que preceptúa y ordena lo que se debe hacer, tomando en consideración el orden social. Siendo así que si alguien pretende celebrar un contrato que tenga por objeto una conducta contraria a lo que el legislador preceptúa, alterando las situaciones tituladas por esa ley se estará en presencia de un objeto ilícito porque no se está acatando lo ordenado por la norma legal, desequilibrando no solo el orden social, sino también jurídico, y por tal consideración será sancionado con nulidad.

Aparte de estos tipos de leyes, se habla también de las llamadas leyes supletorias, que son aquellas que rigen una conducta cuando los sujetos que

las realizar, no previeron todas las consecuencias de su proceder. Rafael Rojina Villegas las concibe como "... aquellas que se dictan única y exclusiva— mente para reglamentar obligaciones en los contratos, cuando las partes no han manifestado su voluntad sobre cierto punto de interés jurídico. Dada la naturaleza de estas normas supletorias de la voluntad, la derogación de las mismas no trae consigo nulidad alguna, ni puede considerarse como ilícito el acto que se ejecuta en contra de esas normas ..."(287) Siendo así que dichas leyes solo suplen un silencio, en aquellos casos en que las partes no manifestaron su voluntad, y en consecuencia solo es aplicable la ley cuando exista un vacío en las consecuencias que pudiesen producirse. Siendo viable además que se pacte lo contrario, y en tal caso no se está violando la norma supletoria, simplemente no se consideró, por así convenir a las partes y además el mismo ordenamiento civil nos da esa posibilidad al determinar casos en los cuales se puede suplir la voluntad de las partes, y por otro lado admite expresamente el pacto — en contrario, consiguientemente no se está en presencia de un objeto ilícito.

Igualmente establecimos, que es ilícito aquello que va en contra de las — buenas costumbres, porque es imposible que solo lo determinado en la ley, pueda regular todas las conductas o circunstancias que se presentan en la sociedad y que pueden afectarla, ya que por la evolución constante de la misma a cada — momento se tendrían que reformar y agregar normas, con ello, no queremos decir que esto no se lleve a cabo, pues de hecho, constantemente se hacen reformas, pero regularmente son de manera paulatina, Ferrara al respecto nos dice "...Lo que sucede es que la consideración de ilícito por ir un hecho o una abstención contra las buenas costumbres, la sienta el legislador como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, para cubrir aquellos vacíos que se forman con la evolución de la sociedad' y que la ley no puede estar previendo día a día."(288)

Podemos decir que las buenas costumbres son generalmente las normas de — carácter moral, los usos, hábitos y prácticas que han adquirido fuerza de ley, y que algunas de ellas a través de la evolución y necesidades de la sociedad — son elevadas al rango de normas jurídicas, pero determinadas circunstancias no es posible que por el momento el derecho las asimile en su catálogo jurídico, quedando solo como normas de carácter moral, o bien diríamos buenas costumbres.

Ernesto Gutiérrez y González respecto de las buenas costumbres nos da una mejor conceptualización al decir que "... Son el conjunto de hábitos, prácti—

287.— Op. Cit. Pág. 70.

288.— Comentado por Ernesto Gutiérrez y González. Op. Cit. Pág. 265.

caso o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto ..." (289).

Opinión que consideramos acertada, pues por la misma naturaleza de las buenas costumbres es objetivo que sea el juzgador quien determine la sanción. De ahí que si un hecho o abstención son ilícitos por ir en contra de estas, será el criterio judicial, que también cambiará al paralelo del desarrollo de la sociedad quien tenga la aptitud de sancionar el acto. Resumiendo, diremos que las buenas costumbres constituyen un subsidio y suplencia para aquellas cuestiones aún no reglamentadas jurídicamente.

Por otra parte, en cuanto a la sanción de la ilicitud de objeto, motivo o fin, cuando se contraría una norma prohibitiva o preceptiva se determina que "... Art. 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

Concluyendo, diremos que en el contrato de compraventa el objeto, motivo o fin serán ilícitos cuando las partes en el momento de la celebración del mismo contraríen una norma de carácter prohibitivo o preceptivo, o bien de las buenas costumbres, de tal situación el contrato será invalidado y sancionado de nulidad, que dependiendo de la circunstancia será relativa o absoluta.

En torno a los requisitos de validez que nos ocupa, es la forma el último elemento a analizar. Es conveniente mencionar que en la doctrina se consideran tres sistemas para el perfeccionamiento de los contratos; el real, consensual y el formal. Es real porque es menester la entrega de la cosa para que el contrato se perfeccione. Mientras en el consensual, basta con el simple acuerdo de voluntades para que el acto jurídico sea válido, por tanto, no se requiere que el consentimiento sea manifestado por escrito, puede ser verbal o tácito. Por el contrario, el formal requiere que la voluntad de las partes revista una exteriorización previamente determinada por la ley, para su validez, por ello el consentimiento debe manifestarse por escrito, trátase de público o privado, según el caso. En cuanto al sistema adoptado por nuestra doctrina parece prevalecer el consensualismo al disponer en el artículo 1832 que "... En los contratos civiles de cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley ..." Complementado por el Art. 1796 que nos dice "... Los

contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fé, al uso o a la ley ..."

Infiriéndose que no se trata de un consensualismo puro, porque determina la posibilidad de que existan actos en los cuales la ley disponga, deban revestir la forma por ella exigida. Llevándonos a considerar que nuestra legislación adopta un sistema mixto preceptuando además que "... Art. 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal. Art. 1834.- Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego ..."

A pesar de que resulta claro que la sanción por falta de forma es de nulidad relativa, han surgido algunas dudas al respecto, originando cuatro opiniones diversas: I.- La que considera que la ausencia de la forma en nada afecta al acto; II.- Aquella que estima que la forma constituye un elemento de existencia; III.- La opinión que la forma no es un elemento de existencia, sino un requisito de validez; y VI.- Aquella que toma a la forma como un requisito de prueba en los actos jurídicos, pero en nada influye en la formación de los mismos.

De las anteriores opiniones, excluimos de manera inmediata las dos primeras, toda vez que el ordenamiento civil establece claramente que la forma constituye un requisito de validez de todo acto jurídico, inferido del artículo 1795, por tanto en la inobservancia de formalidad, el contrato existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por convalidación (ratificación) o prescripción. La ratificación se presenta con el supuesto de que el interesado de la nulidad, conoce la falta de formalidad y renuncia a la acción, o bien, se otorga la forma que se omitió. En la prescripción de igual manera se presupone que el interesado conoce la omisión y no intenta la nulidad dejando transcurrir el tiempo necesario para que el contrato quede convalidado, quedando el acto subsanado.

Cabe aclarar que en algunos países lo que se eleva al rango de elemento

de existencia es la solemnidad, pero incluso en nuestro derecho no existen ya contratos solemnes. Es asimismo oportuno establecer que, si en ocasiones el Código Procesal exige que los contratos consten por escrito, es solo para servir como elementos objetivos de prueba que nada tiene que ver con la validez del contrato, pues puede darse el caso que un acto sea plenamente válido y no servir como elemento de prueba.

Respecto del contrato de compraventa, éste es consensual para bienes muebles y formal para inmuebles preceptuado en los siguientes artículos: "...Art. 2316.- El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble. Art. 2317.- Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional no sea mayor de quinientos pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez de paz o Registro Público de la Propiedad. Los contratos por los que el Departamento del Distrito Federal enajene terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos, hasta por el valor máximo a que se refiere el artículo 730, podrán otorgarse en documento privado, sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas..." Art. 2320.- Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, su venta se hará en escritura pública ..." Como podrá observarse, esta cantidad está fuera de la realidad, siendo necesario un aumento equivalente a la verdad económica actual.

Para que la venta de inmuebles produzca efectos respecto a terceros, es necesario que se inscriban en el Registro Público de la Propiedad y tratándose de bienes ya inscritos en el Registro, cuyo valor no exceda de cinco mil pesos siempre y cuando la venta sea al contado, puede hacerse la traslación de dominio por endoso, puesto en el certificado de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes, el endoso será ratificado ante el registrador.(Art. 2321)

En conclusión, la compraventa será afectada de nulidad relativa cuando tratándose de bienes inmuebles no consten por escrito sea público cuando sea la enajenación mayor a quinientos pesos y privado cuando no sea mayor de esa cantidad.

2.1.3.- Derechos y Obligaciones de los Contratantes.

Sabemos que todo acto jurídico, tiene como fundamento producir efectos -

jurídicos; (la creación o transmisión de derechos y obligaciones). Por tal razón, nos falta determinar en el contrato de compraventa aquellos derechos y obligaciones que se producen, y que por ser un contrato bilateral se dan en las figuras del comprador y vendedor...

Primeramente, estudiaremos las obligaciones del vendedor por ser más amplias y al respecto el Código Civil en su artículo 2283 dispone; el vendedor está obligado: "...I.- A entregar al comprador la cosa vendida; II.- A garantizar las calidades de las cosas; III.- A prestar la evicción ..."

Retomando lo establecido en el ordenamiento civil y en la doctrina, surgen como obligaciones del vendedor las siguientes:

- 1a. Transferir el dominio de la cosa o derecho;
- 2a. Conservar la cosa o custodiarla mientras se entrega;
- 3a. Entregar la cosa;
- 4a. Garantizar una posesión útil;
- 5a. Garantizar una posesión pacífica;
- 6a. Responder la evicción;
- 7a. Pagar por mitad gastos de escritura y registro; y
- 8a. Pagar el impuesto que corresponda.

1.- La primera obligación se considera fundamental por ser un elemento de definición, es el deber que existe a cargo del vendedor de transmitir el dominio de una cosa o la titularidad de un derecho, sin embargo, esta transmisión puede diferir el efecto translativo o hacerlo depender ya sea del cumplimiento de determinadas obligaciones o de la realización de un hecho, de ello Miguel Angel Zamora y Valencia comenta: "... Las partes pueden, por lo tanto, diferir la translación de dominio del bien, se celebran la compraventa con la modalidad término; si la celebran con la modalidad condición, o si hacen depender la transferencia del cumplimiento de una obligación de cualquiera de ellas, como sería la entrega del bien, el pago del precio, la garantía del pago del precio, la determinación del bien objeto del contrato ..." (290)

Ahora bien, se dice que la transmisión del dominio, no es una obligación, sino un efecto del contrato, pero si una obligación lleva consigo una posibilidad de incumplimiento, podemos tomar a la transmisión de la cosa, o la titularidad de un derecho, también como una obligación, pues es posible que por

determinadas circunstancias no se pueda cumplir con la transmisión.

2a.- Con anterioridad se mencionó que el contrato de compraventa es consensual en oposición a real, lo que significaba que la venta era perfecta con el simple consentimiento de las partes, sin la necesidad de una entrega material, de tal manera que puede presentarse aquella situación en la cual el comprador no reciba la cosa, surgiendo en este caso, la obligación del vendedor de conservar y custodiar la cosa entre tanto no se entrega. Esta obligación es en general para todos los contratos, en que se impone la entrega de una cosa. Por ello esta obligación asigna el deber de tener cuidado en su conservación, porque de no cumplir con este deber, se presume que existe culpa en el vendedor, cuestión determinada en reglas generales de la obligación de dar en el artículo 2018 del Código Civil que nos dice "... La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario ..."

Rafael Rojina Villegas nos comenta "... Siempre que se custodia cosa ajena, el derecho exige una determinada diligencia en la custodia y conservación del bien, de tal suerte que si no se observa esa diligencia en el grado previsto por la ley, se incurrirá en culpa, que a la vez puede presentar diferentes grados, es decir, ser grave, leve o levisima. A su vez, al incurrirse en alguna de esas culpas, existirá una mayor o menor responsabilidad a cargo del deudor frente a su acreedor. En consecuencia, todo caso de conservación y custodia de las cosas ajenas impone, por lo tanto, obligaciones al deudor de las mismas ..." (291). Desplegándose un esmero, cuidado y precaución que debe tener el vendedor mientras no entrega la cosa. Sin embargo, si por determinadas circunstancias antes de la entrega de la cosa, ésta sufriera un daño o se llegara a perder, se dispone que : "... Art. 2017.- En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

- I.- Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;
- II.- Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;
- III.- Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación;
- IV.- Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir

la cosa en el estado en que se halle;

V.- Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido ... Art. 2019.- Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya constituido en mora. Art. 2020.- El deudor de cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuera responsable ..."

Pero también puede surgir aquella situación en donde el comprador no recibe la cosa por morosidad suya, en todo caso deberá abonar al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas que contenga lo vendido, asimismo el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, a menos que se compruebe que procedió con dolo o culpa grave. (Art. 2292 C.C.D.F.).

De los puntos anteriores podemos enmarcar dos situaciones:

Primero: Se determina el deber del vendedor de tener un cuidado ordinario de la cosa, en tanto no se entrega, porque en caso de pérdida existirá una presunción juris tantum de culpa leve;

Segundo: Si se vence el término para que el comprador reciba la cosa, constituyéndose en mora, el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario, a menos que se pruebe dolo o culpa grave de su parte.

Ahora bien, no solo basta decir que el vendedor tiene la obligación de conservar la cosa en sentido material, sino que deberá realizar también todos aquellos actos necesarios para una conservación jurídica, inferido del artículo 2284 último párrafo que dice "... Desde el momento que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder solo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario ..."

El vendedor se obliga pues a dar la cosa, porque habiendo cedido por el contrato todo su derecho en la misma al comprador, no hay razón que justifique el que aquélla siga en su poder o el que consienta que otros la retengan. (292).

3a.- Debemos entender que la entrega de la cosa vendida, es el hecho de que el

292.- Cfr. C. L. Gasca. Op. Cit. Pág. 28.

vendedor la ponga a disposición del comprador de una manera jurídica, verídica y virtual, contenido en el Artículo 2284 que manifiesta "... La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho. Hay entrega jurídica cuando, aun sin estar entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador..."

Además de estas formas de entrega doctrinariamente se distinguen la entrega simbólica y la entrega ficta. La primera existe cuando a través de un símbolo, por ejemplo la entrega de las llaves de la bodega en donde se encuentran los objetos vendidos, el comprador se da por recibido de los mismos. En cuanto a la entrega ficta es la que se da por confesión por parte del comprador — para darse por recibido de la cosa aun antes de habersele entregado(293).

Pero en realidad estas formas son de intrascendencia jurídica porque solo cuando la ley reconozca una forma simbólica, puede ser dable decir que existe entrega jurídica; y por otra parte, es innecesario la confesión por parte del comprador, por ejemplo para que se de la entrega virtual.

Otra cuestión sobresaliente, en la entrega de la cosa, es lo referente a la exactitud del lugar, tiempo, y substancia, pues se considera que en verdad la entrega de la cosa constituye un pago que realiza el vendedor, siendo por tanto, conveniente establecer ciertas reglas.

En cuanto al lugar, el ordenamiento civil determina que la entrega de la cosa vendida deberá hacerse en el lugar convenido, y si no se hubiese establecido, será en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendía (Art. 2291)

Por consiguiente, se desprenden dos sucesos: a).- Existe un acuerdo respecto al lugar de entrega; y b).- Cuando falta ese acuerdo, se hará en el lugar en que se encontraba la cosa cuando se vendió. No obstante, la exactitud en cuanto al lugar de su cumplimiento se encuentra especificado en el Artículo 2082 que dispone "... Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos ..."

Asimismo, respecto de bienes inmuebles la entrega deberá hacerse en el lugar en que éste se encuentre (Art. 2033)

Referente al tiempo, se tiene como regla general que "... 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 o ante dos testigos."

Por otra parte, en la compraventa se exige como antecedente indispensable para cumplir con la obligación de entrega de la cosa que el comprador haya pagado el precio de la misma, salvo el caso que se especifique en el contrato un plazo para la liquidación (Art. 2286). Igualmente el vendedor no estará obligado a la entrega, aunque se haya concedido un término para el pago si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser — que el comprador le de fianza de pagar en el plazo convenido..."(2287)

El precepto citado puede llevarnos a una interpretación equívoca, ya que puede presumirse que necesariamente el comprador deba ser el primero en cumplir con la obligación de las prestaciones, aún antes de recibir la cosa, pensando con ello en un desequilibrio entre las partes a favor del vendedor. Sin embargo, lo que debemos entender del precepto, es que a falta de un plazo convenido, el vendedor debía entregar la cosa simultáneamente al momento en que se reciba el precio de la misma, de ahí que se diga que el vendedor tiene un derecho de retención sobre la cosa, en tanto no haya sido pagado el precio, — pero no comprendiéndose que el primero en cumplir sea el comprador.

Por ello, cuando se realicen las obligaciones simultáneamente, existe — una igualdad de derechos, acorde con la locución "donnant donnat", y el artículo 2295 nos dice "... Si ocurre duda sobre cuál de los contratantes deberá hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero ...", de las premisas anteriores, podemos establecer las situaciones siguientes:

- 1).- Si no se hubiere convenido plazo para la entrega tanto de la cosa como — el precio deberá hacerse al contado, entregándose simultáneamente la cosa y — el precio.
- 2).- Puede darse la hipotética situación en que se convenga plazo sobre el — precio, pero nada se diga en cuanto a la entrega de la cosa, entonces ésta — deberá darse conforme al artículo 2286 antes de pagarse el precio, o bien en caso de que no la entregue el vendedor, podrá el comprador exigirla después —

de los treinta días.(Art. 2080).

En cuanto a la substancia, se especifica que el vendedor debe entregar — exactamente la cosa enajenada, con sus accesorios, en caso de que se trate de bienes determinados o bien en especie y calidad, cuestión que también desglosa el deber de entregar la cosa en el estado que se encontraba al perfeccionarse el contrato, contenido en los siguientes artículos: "... Art. 2012.— El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor. Art. 2013.— La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso...Art. 2288.— El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Art. 2289.— Debe también el vendedor entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccione la venta, y los rendimientos, acciones y títulos de la cosa. Art. 2290.— Si en la venta de un inmueble se han designado — linderos, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que dentro de ellos — se comprenda, aunque haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato ..."

4a.— En la garantía de posesión útil. El vendedor está obligado a responder — de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada. Por ello es necesario decir que es un vicio oculto, y para Miguel Angel Zamora y Valencia "... Son — aquellas características que hacen una cosa impropia para el uso a que naturalmente está destinada o al uso que las partes hayan pactado en el contrato, y — para que proceda la responsabilidad del vendedor se requiere que tal vicio o — defecto sea precisamente oculto, que no esté a la vista, que no lo conozca el comprador y que exista en el momento de la celebración del contrato ..."(294).

De tal manera que son características indispensables para que se considere como vicio oculto: Que sea anterior a la adquisición; que tales vicios no estén a la vista (que se encuentren ocultos); y que no sea del conocimiento del comprador; y por último que afecte la funcionalidad de la cosa. Resumiendo — diremos que es vicio oculto cuando no es factible de apreciarse a simple vista, ya que sería imprescindible de un examen minucioso para que pudiese percibirse de ese vicio, podemos decir que esta característica encuentra limitación, cuando la persona adquirente es un perito en la materia porque por sus aptitudes debió percibirse de ese vicio dispuesto en el artículo 2143 que nos dice "...El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos..."

También es necesario que el adquirente desconozca el vicio, porque de haber celebrado el acto conociendo el vicio, resulta una conformidad tácita, y no podrá alegarlo posteriormente. Pero no basta que el vicio sea oculto, - precisa además que afecte simultáneamente a la función de la cosa, pues si se trata únicamente de ciertos desperfectos intrascendentes, no podemos hablar - de vicios ocultos.

Si el comprador se ve afectado en esta garantía tiene dos acciones a intentar:

- a).- La acción rescisoria llamada redhibitoria, palabra que proviene del latín redhibere, que quiere decir devolver. Mediante esta acción el perjudicado (comprador) solicita la rescisión del contrato y por tanto la devolución - de lo que él había entregado motivada por los vicios ocultos de la cosa que - han sido descubiertos con posterioridad a su adquisición; o bien
- b).- La acción estimatoria o quanti minoris, consistente en que el comprador puede pedir la reducción proporcional del precio pagado, pero además el ordenamiento civil toma en cuenta la buena o mala fe del vendedor; ya que tratándose de mala fe, además deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione; con sagrado en los siguientes artículos: "... Art. 2142.- En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiera hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa ... Art. 2144.- En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de los peritos. Art. 2145.- Si se probare que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no la manifestó al adquirente, tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión... Art. 2148.- Si el enajenante no conocía los vicios solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado ..."

Estas acciones prescriben a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada.(2149).

El derecho que tiene el comprador por optar por cualquiera de las dos acciones, no está sujeto a retractación, a no ser que lo concienta el vendedor.(2146).

Asimismo, las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre y cuando no haya mala fe. (2158).

Para la determinación de: a).- Los vicios de la cosa; b).- Si el vicio era anterior o posterior a la enajenación; y c).- Si puede ser causa de la falta de funcionalidad; se atenderá a la calificación pericial, prueba que es a cargo del comprador (2156, 2157, y 2150).

5a.- En cuanto a posesión pacífica, esta garantía obliga al vendedor a responder de las perturbaciones que por hechos materiales o actos jurídicos propios, anteriores a la venta, sufriera el comprador. Al respecto Ramón Sánchez Medanos dice; "... Esta obligación consiste en que el vendedor debe abstenerse de toda clase de perturbaciones de hecho o de derecho que en alguna forma menoscaben o alteren la posesión del comprador sobre la cosa, ya que todos estos actos serían notoriamente contrarios a la buena fe que debe presidir la celebración y ejecución de todo contrato..."(295). De tal manera que, el vendedor no estará obligado a responder de perturbaciones de hecho o simplemente materiales de tercero, sino solo tiene obligación de garantizar una posesión pacífica al comprador, bien sea absteniéndose de perturbarlo, de hechos materiales o de responder por aquellos actos jurídicos que hubiera realizado él mismo y que pudieran ser causa de perturbación para el comprador.

Rafael Rojina Villegas (296) y Leopoldo Aguilar (297), de esta obligación nos plantean las siguientes situaciones; a).- La enajenación de cosa ajena; y b).- Gravámen oculto.

El primer caso, será objeto de análisis posterior, tratado con título la problemática de la venta de la cosa ajena. El gravámen oculto, se refiere a que la cosa que se enajena contiene algún tipo de gravámen, como puede ser la hipoteca, éstos tienen la peculiaridad de que deben ser ocultos o no identificados. Ahora bien, el problema que se presenta es, en cuanto a los bienes inmuebles, porque la ley enmarca que todos los gravámenes que contenga la cosa enajenada, deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que puedan surtir efectos en perjuicio de tercero.

Por su parte el artículo 2138 dispone "... Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna

295.- Op. Cit. Págs. 142 y 143.

296.- Op. Cit. Pág. 122.

297.- Op. Cit. Pág. 100.

carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravámen o la rescisión del contrato ..."

De la premisa anterior, podemos decir que el gravámen oculto, es aquel no declarado por el vendedor, de tal suerte que se presume una mala fé por parte de este, al no hacer dicha declaración, ya que no denuncia la existencia que hay de los gravámenes y puede ser causa para que el comprador tenga una perturbación jurídica, ya sea en su posesión o su dominio, en este caso se observará una abstención del vendedor porque deja de hacer lo que está obligado a hacer, es decir, declarar que la cosa enajenada tiene gravámenes, para lo cual el comprador puede pedir, la rescisión del contrato con el pago de daños y perjuicios o la reducción del precio en atención a los gravámenes que afectan la cosa. En estos casos, las respectivas acciones prescriben en un año, que se contará para la acción rescisoria, el día que se perfeccione el contrato, y para la indemnización desde el día que el adquirente tenga noticia de la carga o servidumbre. (Art. 2139).

En materia de muebles, la compraventa resulta difícil conocer la existencia de estos gravámenes, ya que para ello no es necesario, ninguna inscripción ni formalismo, por lo cual es más frecuente y factible la presencia de gravámenes ocultos.

6a.- Responder de evicción.- El vendedor está obligado al saneamiento para el caso de evicción, cuestión expresamente contenida en el artículo 2120 que dispone "... Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato..."

Es necesario ahora, que dejemos determinado qué entendemos por evicción; al respecto Pothier manifiesta "... Atendiendo a la etimología latina, es la evicción la dimisión que se obliga a hacer a alguno de la cosa en virtud de -- sentencia evincere est aliquid vincendo au ferre. En este sentido, se dice -- que el vendedor está obligado a defenderle y asegurar al comprador de toda clase de perturbaciones jurídicas de la cosa vendida ..."(298).

Rafael Rojina Villegas lo define como "... Hay evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente de la cosa, por virtud de un derecho de tercero reconocido en sentencia ejecutoriada y anterior a la enajenación.."(299)

298.- Op. Cit. Pág. 47.

299.- Op. Cit. Pág. 126.

De lo anterior, podemos manifestar que la evicción se presenta cuando el -
adquiriente de una cosa es privado de la misma ya sea de una manera total, -
cuando es privado completamente de la cosa; y parcial, cuando es privado de -
una parte de la cosa por una sentencia que causa ejecutoria y que deriva de un
procedimiento, instaurado por otra persona con mejor derecho.

El ordenamiento civil preceptúa a la evicción de la siguiente manera: -
"... Art. 2119.- Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuese pri-
vado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de
algún derecho anterior a la adquisición ..." La doctrina por tanto considera
que la evicción supone:

- a).- Que haya habido una enajenación y. por lo tanto, sólo se da en las obliga-
ciones de dar, traslativas de dominio.
- b).- Que con anterioridad a la enajenación un tercero sea propietario de la -
cosa, es decir, que se enajene un bien ajeno.
- c).- Que ese tercero obtenga sentencia que cause ejecutoria, en la que se re-
conozca su derecho de reivindicar la cosa.
- d).- Que el adquiriente sea privado de la misma total o parcialmente por vir-
tud de aquél derecho reconocido en sentencia ejecutoriada y que sea anterior a
la enajenación.(300).

Por ello, es menester la existencia de un acto jurídico previo a la evic-
ción, en el cual una persona adquiere de otro, una cosa que pertenece a un ter-
cero.

Es necesario para que se presente la evicción que no se de por vías de -
hecho, sino que sea ordenada la privación de la cosa por un mandato judicial -
(sentencia), y que dicho mandato no pueda ser recurrido, es decir, que causa -
ejecutoria. Pero además es imprescindible que en el juicio civil, en el que se
dictó la resolución o sentencia sea promovido por una persona con mejor derecho
que la persona afectada por la evicción, y tan es así, que por eso se dicta la
sentencia a su favor, para privar al adquirente de la cosa. Tratándose de -
evicción total, el vendedor de acuerdo a su actuar debe responder:

- 1.- Si en la enajenación se procedió de buena fé, responderá con la sustitui-
ción del precio que recibió: Pagando; a).- Los gastos de la operación, si fue-
ron a cargo del adquiriente; b).- Los gastos del juicio, en el que se produjo
la privación del bien; y c).- Las mejoras necesarias y útiles que el adquirien-

te haya realizado. (Art. 2126 C. C. D. F.).

2.- Pero si se actuó de mala fé, deberá devolver a elección del adquirente el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición o al que tenga al tiempo en que sufra la evicción; y a).- Pagar los gastos voluntarios o superfluos que el adquirente haya efectuado; b).- Los daños y perjuicios causados, (Art.2127) De donde se desprende precisamente la obligación llamada saneamiento por -- evicción, que no es otra que la obligación que recae sobre el vendedor, de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que haya ocasionado éste por la evicción que se presente, tomándose en consideración la buena o mala del -- vendedor.

Respecto de la evicción parcial, el Código Civil dispone lo siguiente: -- "... Art. 2134.- Cuando el adquirente solo fuere privado por la evicción de -- una parte de la cosa adquirida, se observarán respecto de éste las reglas establecidas en este capítulo, a no ser que el adquirente prefiera la rescisión del contrato ..."

Siendo por tanto, que el comprador puede optar, bien por la rescisión del contrato, o ser indemnizado proporcionalmente al valor de la parte que perdió por causa de la evicción, así como todos los demás conceptos aplicables en -- pérdida total, pero en este caso, conforme a la parte que perdió.

Ahora bien, esta-obligación surge a partir del deber que tiene el comprador de denunciar en tiempo oportuno el pleito de evicción al enajenante y al -- respecto el ordenamiento civil dispone. "... Art. 2124.- El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó.. Art. 2140.- El que enajena no responde por la evicción: I. Si así se hubiere convenido; II. En el caso del artículo 2123; III. Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción la hubiere ocultado dolosamente al -- que enajena; IV. Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena, o de hecho del que adquiere, ya sea anterior o posterior al mismo acto; V. Si el adquirente no cumple lo prevenido -- en el artículo 2124; VI. Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen el negocio en árbitros, sin consentimiento del que enajenó; VII. Si la -- evicción tuvo lugar por culpa del adquirente ..."

7a.- En cuanto al pago de escritura y registro, el ordenamiento civil, establece que se pagará por mitad los gastos, salvo convenio en contrario (Art. 2263), dando pauta a que el vendedor si así se convino sea el que pague la totalidad de los gastos.

8a.- Pagar el impuesto, con anterioridad al vendedor era el que tenía la obligación del pago de impuesto que se refería al denominado impuesto del timbre, pero éste ya desapareció, y ahora, sólo en el caso de algunos muebles se paga el impuesto al valor agregado.

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Al respecto el Código Civil establece: "... Art. 2293.- El comprador debe cumplir todo aquello a que se haya obligado, y especialmente pagar el precio de la cosa en el tiempo, lugar y forma convenidos ..."

Definitivamente solo se enmarca como obligación primordial el pago del precio, pero da pauta a otros más, por ello de esta premisa y de la doctrina surgen las siguientes obligaciones del comprador:

- 1a. Pagar el precio.
- 2a. Pagar por mitad los gastos de escritura y registro.
- 3a. Obligación de pagar intereses.
- 4a. Pagar el impuesto.
- 5a. Recibir la cosa.

1a.- Pagar el precio.- Este deberá hacerse en el tiempo, lugar y forma en que se convino. A falta de éste, se hará en el tiempo y lugar en que se entrega la cosa. Se dice que la entrega de la cosa y el precio resultan coexistentes, no está obligado a entregarlo sino se le entrega la cosa, asimismo, no está obligado a recibir cosa distinta de lo que pagó. Si no existe convenio se sobreentiende que es al contado, y deberá hacerse en una sola exhibición, no podrá hacerse pagos parciales salvo convenio.

2a.- Deberá igualmente, pagar la mitad de los gastos que se realicen por concepto de escritura y registro, salvo convenio en contrario.

3a.- Esta obligación deriva cuando se vence el plazo en que el comprador debería pagar el precio, y la demora lo constituirá en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude (Art. 2255).

4a.- El comprador, tratándose de inmuebles, deberá pagar el impuesto correspondiente por concepto de adquisición de inmuebles, que se calculará aplicando la tasa de 10% al valor del inmueble después de deducir de éste una cantidad equivalente a cinco veces el salario mínimo general, elevado al año, de la zona económica a que corresponda el Distrito Federal. Tratándose de viviendas cuyo

valor no exceda de diez veces dicho salario mínimo, la deducción será de ocho veces el salario mínimo mencionado. El valor del inmueble será el que resulte más alto entre el valor de adquisición, el valor catastral y el valor que resulte del avalúo practicado por la Tesorería del Distrito Federal o por avalúo vigente practicado por personas autorizadas por la misma. Para determinar el valor del inmueble, se incluirán las construcciones que en su caso tenga, independientemente de los derechos que sobre éstos tengan terceras personas. Tratándose de enajenaciones a plazos, la autoridad fiscal podrá fijar las reglas para permitir el pago del impuesto en parcialidades. En las adquisiciones que se hagan constar en escritura pública, los fedatarios que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad y mediante declaraciones lo enterarán en las oficinas autorizadas. (Arts. 23, 26, 28 y 29 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal).

También se dispone que: "... Art. 2296.- El comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres casos siguientes:

I.- Si así se hubiere convenido;

II.- Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta;

III.- Si se hubiere constituido en mora con arreglo a los artículos 2104 y 2105. Art. 2297.- En las ventas a plazo sin estipular intereses, no los debe el comprador por razón de aquél, aunque entretanto perciba los frutos de la cosa, pues el plazo hizo parte del mismo contrato, y debe presumirse que en esta consideración se aumentó el precio de la venta. Art. 2298.- Si la concesión del plazo fue posterior al contrato, el comprador estará obligado a prestar los intereses, salvo convenio en contrario ..."

5a.- Referente a recibir la cosa.- Se plantea el problema de si el comprador está obligado a recibir la cosa. El Código Civil no contiene ni la obligación de recibir la cosa, ni el derecho del vendedor para resolver el contrato cuando el comprador no recibe. No obstante, el artículo 2292 ya transcrito, señala que cuando el comprador incurra en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros, o vasijas en donde se contenga lo vendido, infiriéndose que no es, en realidad una obligación del comprador de recibir la cosa y por tanto no da lugar a la acción rescisoria del contrato ni menos de una resolución de pleno derecho, solo se descarga al vendedor del cuidado ordinario que tenía de la cosa a menos que se compruebe que el vendedor haya procedido con dolo o culpa grave.

Solo nos resta agregar, las garantías que gozan tanto el vendedor como el comprador y que son para el vendedor:

- 1.- Derecho de preferencia.
- 2.- Derecho de retención respecto de la cosa.
- 3.- Acción de cumplimiento.
- 4.- Acción de rescisión con pago de daños y perjuicios;

Y para el comprador:

- 1.- Derecho de retención del precio en ciertos casos.
- 2.- Acción de cumplimiento.
- 3.- Acción de rescisión con pago de daños y perjuicios.

1.- El derecho de preferencia, se refiere a cuando el comprador, no cubre el — precio, el vendedor además de la garantía general sobre los bienes embargables, cuenta con una garantía especial sobre los bienes vendidos para que su valor, — en el caso de insolvencia, o de concurso, se aplique al pago del precio, contenido en el artículo 2993 del C. C. que dice "... Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente ... VIII.- El crédito que provenga — del precio de los bienes vendidos y no pagados, con el valor de ellos, si el — acreedor hace su reclamación dentro de los sesenta días siguientes a la venta, si se hizo al contado, o del vencimiento, si la venta fue a plazo. Tratándose de bienes muebles, cesará la preferencia si hubieren sido immobilizados ..."

2.- El Derecho de retención de la cosa.- Se desprende de lo dispuesto en los — artículos 2286 y 2287, en los que se puede retener la cosa cuando concurren — cualquiera de los dos casos siguientes: a).- Cuando el comprador no haya pagado el precio de la cosa vendida en las ventas al contado y; b).- Cuando se trate de ventas a plazos, o aunque se haya concedido un término, y se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, y que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le de fianza de pagar al plazo convenido.

Debemos establecer que, por la misma bilateralidad del contrato de compraventa, este supone derechos y obligaciones recíprocas en las partes, por tal — motivo, el vendedor entregará la cosa, si el comprador entrega el precio, consecuentemente el vendedor tendrá la facultad de retenerla, si no recibe el precio, por lo mismo el derecho de retención funciona generalmente en las ventas — al contado, porque las prestaciones se dan simultáneamente, ya que de tratarse de un contrato donde se hubiese fijado plazo, este derecho no funcionará porque el vendedor quiso entregar la cosa antes de recibir el precio, sin embargo, si

antes de entregar la cosa concurre la hipótesis establecida en el artículo 2287, cabría una excepción a la regla.

3.- La acción de cumplimiento, es la opción que tiene el vendedor de exigir el cumplimiento del contrato o la resolución más el pago de daños y perjuicios, - en ambos casos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1949, y complementado con el Artículo 2104 que dice "... El que estuviere obligado a prestar un - hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será res-
ponsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste ... Art. 2105.- En las obligaciones de dar que tengan plazo - fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior ..."

De lo que se desprende que además de la acción de cumplimiento más los - daños y perjuicios, cuenta con la opción de la resolución.

4.- En cuanto a la acción de rescisión con pago de daños y perjuicios, ésta se presenta en caso de incumplimiento del comprador, y es un procedimiento dirigido a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado, obligatorio en condiciones normales a causa de circunstancias externas, susceptibles de ocasionar un perjuicio económico a alguno de los contratantes, en este caso al vendedor y al respecto el 1949 con relación al 2300 que dice "... La falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato, aunque la venta se haya hecho a plazo; pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951. El artículo 1950 dice "... La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos no surtirá efecto contra tercero de buena fé, si no se ha estipulado expresamente y ha - sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley. Art. - 1951.- Respecto de bienes muebles no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abo-
nos ..."

Desprendiéndose dos situaciones en cuanto a la compraventa de muebles e - inmuebles respecto a las partes y en relación a tercero:

Primera: En las ventas al contado de inmuebles, el vendedor puede exigir la - rescisión del contrato, cuando no le sea cubierto el precio, aunque no exista el denominado "Pacto Comisorio" en el cual se declara que si el comprador no - paga el precio se le rescindirá el contrato, pero es menester que este pacto - conste en el contrato y haya sido inscrito en el Registro Público de la Propie-

dad para que afecte a terceros. Idéntica situación se presenta en las ventas a plazos conforme al artículo 1950 en relación al 2310 Fracc. I.

Segunda: Tratándose de muebles, la norma general establece que no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos (Art. 1951). Y en cuanto a los inmuebles que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable como lo es por marca y número podrá pactarse la cláusula rescisoria de que habla contra terceros, si se inscribió en el Registro Público, si se trata de muebles que no sean susceptibles de identificarse podrá también pactarse la cláusula rescisoria por falta de pago en el precio, pero esta cláusula no procederá contra terceros de buena fé. Art. 2310 Fracc. II y III.

En caso de rescisión, el vendedor y comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa. El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó (Art. 2311).

Respecto del comprador, tenemos:

1.- En cuanto al derecho de retención del precio, el comprador gozará de este derecho, siempre y cuando sea perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, tratándose de comprador a plazo o con espera del precio, por lo que podrá suspender el pago en tanto no se le asegure la posesión o le de fianza (Art. 2299). Es pertinente agregar que las perturbaciones deben ser jurídicas y no solamente provenientes de hechos materiales, ya que estas últimas únicamente se verifican como imputables al vendedor, cuando estas provienen del mismo, y molesta o ataca la posesión del comprador. En tanto que una perturbación jurídica permite una situación más objetiva, para retener el precio, tal es el caso de una perturbación por derechos de tercero con anticipación a la compraventa, como lo es un gravámen constituido, o la constitución de derecho real, circunstancia que da pauta a que el comprador goce de su derecho de retención del precio.

Asímismo el Código determina la posibilidad no solo de perturbaciones, sino de la existencia de un justo temor, lo que indica que este debe estar fundado en una situación objetiva y no meramente arbitraria o subjetiva del comprador, de tal manera que si el comprador descubre la presencia de algún -

gravámen oculto que pueda dar pauta a una perturbación, podrá hacer valer su derecho.

2.- La acción de cumplimiento.- Si el comprador ya ha pagado el precio cuenta con la facultad de exigir al vendedor, la entrega de la cosa, así como el pago de los daños y perjuicios por el retraso de la misma. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2285, 2288, 2289, 2290 y 2291, se desprende que el comprador al ejercitar la acción de cumplimiento por la no entrega de la cosa, está facultado además para exigir: a).- El pago de los gastos de la entrega; b).- La entrega de la cosa en el mismo estado en que se encontraba al perfeccionarse el contrato; c).- Todos los frutos producidos desde ese momento y los rendimientos o acciones y títulos de la cosa; d).- Todo lo que con tenga el inmueble cuyos linderos se hayan designado aun cuando haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato; e).- Que la entrega se haga en el lugar convenido.

Cabe establecer la situación en donde el vendedor antes de la entrega de la cosa la hubiese enajenado, pues en este caso el comprador contará con la acción reivindicatoria frente al tercero y ya no hablaríamos de una acción de cumplimiento.

3.- Respecto a la acción rescisoria, esta se presenta cuando el comprador prefiere la rescisión, ya sea porque el vendedor incurrió en mora, haya faltado a alguna de sus obligaciones o bien la cosa haya perecido, podrá entonces pedir la rescisión más el pago de daños y perjuicios que le ocasione. Asimismo, en el capítulo de compraventa además se señalan como causas de rescisión las siguientes:

- 1.- Cuando el vendedor presentare el acervo vendido como especie homogénea y ocultare en él especies de inferior clase y calidad de las que están a la vista.
- 2.- Cuando la cosa tenga vicios redhibitorios.
- 3.- Cuando el comprador sufra evicción.
- 4.- Cuando la finca vendida se hallare gravada con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente.

2.1.4.- PROBLEMATICA DE LA VENTA DE LA COSA AJENA.

En este apartado, el núcleo de nuestra célula, pues es a través de su planteamiento, análisis y posibles soluciones lo que nos servirá de herramienta, para determinar en qué situaciones estaremos en presencia de un ilícito civil, y en cuáles entran en juego además infracciones Penales.

Precisaremos para ello de un estudio metodológico, que nos lleva en primer lugar, a definir el objeto de nuestro estudio, es decir, que debemos entender por venta de cosa ajena, para poder estar en posibilidad de analizar su problemática.

Al respecto tenemos que Planiol afirma: "... La venta de cosa ajena es la que tiene por objeto inmediato la transferencia de la propiedad de una cosa determinada que pertenece a una persona diversa del vendedor. Para que haya tal venta es menester que el objeto del contrato, es decir, el objeto de la obligación del vendedor sea una cosa que no le pertenezca en forma alguna y sobre la cual no pretenda ningún derecho de propiedad, ni puro, ni simple, ni eventual ..." (301). Miguel Angel Zamora y Valencia la concibe como "... Aquel en el cual, la persona que lo celebre como vendedor no es propietaria de la cosa-objeto del mismo en el momento de la celebración del acto, y actúa sin estar autorizado por el dueño del bien, ni por la ley que acae sobre un bien determinado y pretende por ese medio conseguir el efecto traslativo de dominio que es propio del contrato ..." (302). Pothier considera que "... Pueden venderse no solo las cosas propias sino las ajenas, y estas sin el consentimiento de su dueño, verdad es aquel que vende una cosa que no es suya, no puede sin el consentimiento del dueño transferir el dominio, según aquella regla de Derecho "NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERE POTEST QUAM IPSE HABET ..." (303).

Retomando lo anterior, nosotros consideramos que existe compraventa de cosa ajena, cuando el vendedor sin ser el propietario de la cosa-objeto, del contrato realiza el acto jurídico sin o con conocimiento de esta situación. De ello resultan como presupuestos: A).- Que el vendedor no sea el propietario, no contenga ningún título de derecho: El poder jurídico inmediato, directo y todos los actos de aprovechamiento sobre la cosa, que constituyen el derecho real de propiedad, puesto que la compraventa tiene como efecto primordial el transmitir el dominio de la cosa. Por tanto no será propietario de una cosa el que no tenga sobre él, el derecho de propiedad y no podrá vender legalmente algo que no le pertenece. B).- Que el vendedor realice el contrato de compraventa como si fuera el propietario de la cosa, desprendiéndose de situaciones:

- 301.- Comentado por Trigueros, Guillermo. La venta de Cosa Ajena. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tomo VII; San Salvador, El Salvador. Sep-Dic. 1961 y En-M-1962. Pág. 77.
- 302.- La Compraventa de Cosa Ajena. Libro del Cincuentenario del Código Civil, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, D. F.; 1978. Pág. 324.
- 303.- Op. Cit. Pág. 9.

b1).- El vendedor realizó el contrato con conocimiento de que la cosa no le pertenecía.

b2).- El vendedor realizó el acto jurídico con la certeza de ser propietario de la cosa. C).- Que la compraventa de la cosa ajena recaiga sobre bienes que sean ciertos, determinados y que estén en el comercio, requisitos del objeto para que se de su existencia. Es pertinente aclarar que solo nos estamos refiriendo a venta de cosa ajena, sea muebles e inmuebles, no eximiendo la posibilidad de vender también derechos ajenos.

Planteamiento del problema.

En nuestro ordenamiento civil, el problema de la cosa ajena, se encuentra aparentemente resuelto, sin embargo, los preceptos que lo reglamentan no precisan la sanción jurídica que deba dársele a este hecho, y si por el contrario nos conlleva a una serie de dudas y cuestionamientos, los artículos al respecto son:

"... Art. 2269.- Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. — Art. 2270.- La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe y debiendo tenerse en cuenta lo que dispone el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe. Art. 2271.- El contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida ..."

Como podemos observar, del artículo 2270 se desprende de manera explícita que sanciona a este hecho con nulidad, y del 2271 se deduce que es relativa pues acepta la convalidación que denomina revalidación aún existiendo mala fe. Y no obstante en la doctrina se establece que puede ser incluso inexistente. Ahora bien, en los citados preceptos, la nulidad que se determina, no atiende a la problemática de la intención del vendedor, a pesar de que ello es relevante, porque puede dar pauta a la existencia de un hecho delictuoso, y por consiguiente a una infracción a las leyes prohibitivas, preceptivas o a las buenas costumbres, pues solo considera la intención del vendedor para los efectos que produce esta situación.

Los Códigos de 1870 y 1884 tenían el mismo contenido de los preceptos anteriores, solo con algunas variantes pues establecían que "... Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad o aquello a que tiene algún derecho legítimo. La venta de cosa ajena es nula; y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe. En el caso del artículo que

procede, el contrato quedará revalidado y libre el vendedor de la responsabilidad penal en que pueda haber incurrido, si antes de que tenga lugar la evicción o la acusación, adquiere por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida ..." (304).

Denotándose que el citado Código establecía la posibilidad del que transmita la cosa no solo fuese el propietario, sino incluso un poseedor de hecho - en vías de adquirir la propiedad. Asimismo da pauta a la existencia de una - responsabilidad penal derivada de la transmisión ilícita, e involucrándose en el ámbito penal, concede la desaparición de la misma si se logra adquirir la - propiedad antes de que tenga lugar la evicción.

Pero no solo en nuestro derecho existe la problemática de la venta de cosa ajena, sino en gran número de legislaciones, por ello en seguida, conformaremos diferentes teorías, considerando no solo los puntos de vista de nuestra doctrina, sino que la complementaremos con otras.

Teorías respecto a la sanción jurídica de la venta de cosa ajena:

1).- Se trata de inexistencia:

- a).- Ernesto Gutiérrez y González en uno de sus ejemplos parece sostener que - la venta de cosa ajena es inexistente, pues considera "... Inexistencia. Toda persona interesada tiene derecho a prevalerse del estado del acto cuando lo - necesite. Nicanor vendió a Emiliano una finca propiedad de Facundo sin ser el apoderado de éste, además no se pactó precio... cualquier acreedor de Facundo - podrá invocar la inexistencia del acto celebrado entre Nicanor y Emiliano, para los efectos de poder entregar la finca materia de la venta, pues Nicanor no pudo vender lo que no es suyo, ni hay compra si no se fijó el precio ..." (305).
- b).- Es inexistente, porque carece del consentimiento del dueño, que es el único que puede otorgarlo. (306).

En contraposición con esta teoría, la Suprema Corte de Justicia ha dispuesto: "... Compraventa de cosa ajena. La venta de cosa ajena es nula, no - inexistente, porque si bien es verdad que la ley establece como requisito esencial para la existencia de todo contrato, el consentimiento de las partes contratantes, en el caso no puede decirse que falte dicho requisito, puesto que - existe el consentimiento del vendedor de realizar la compraventa, si bien se -

304.- Comentado por Zamora y Valencia, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 323.

305.- Op. Cit. Pág. 136.

306.- Trigueros, Guillermo. Op. Cit. Pág. 88.

trata de un consentimiento otorgado por el no propietario; además se trata de un contrato que produce una serie de importantes efectos que si fuera inexistente, no sería posible imaginar ..."(307).

Se trata de un contrato inválido, con sus dos variantes; relativa y absoluta.

2.- Es sancionado con nulidad relativa porque:

a).- Francisco Lozano Noriega, estima que la compraventa de cosa ajena está afectada de nulidad relativa por falta de capacidad del vendedor.(308).

b).- Agustín García López, la considera afectada de nulidad relativa por la posibilidad que tiene de ser convalidada.(309).

c).- Henry, León y Jean Maseaud, tratando el tema, en los vicios del consentimiento, e interpretando el Código Civil Francés, establece la nulidad relativa con fundamento en el error cometido por el comprador, a la vez, sobre la sustancia y sobre la persona. El comprador ha considerado como una cualidad esencial de la cosa vendida su pertenencia al vendedor; aquél ha sido determinado a comprar porque creía que la cosa vendida presentaba la cualidad de ser propiedad del vendedor.(310). Algunas críticas a esta teoría son: "...Del hecho de que la venta de cosa ajena pueda ratificarse, no se deduce que sea un caso de nulidad relativa; pues las nulidades relativas se ratifican por las partes, más no por terceros, como ocurre en el caso de la venta de cosa ajena ratificada por el dueño. No existe vicio del consentimiento proveniente de un error sobre la calidad esencial del objeto, porque la circunstancia de ser o no ser el vendedor dueño de la cosa vendida no puede constituir calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato; pues la calidad es algo intrínseco, que va unido a la naturaleza de la cosa, que forma parte de su integridad corpórea ..."(311).

3.- Se trata de una nulidad absoluta.

a).- Rafael Rojina Villegas determina, que se trata de una nulidad absoluta basándose en las siguientes consideraciones: Es inapropiado el término de revalidación que utiliza el ordenamiento Civil, y en todo caso la convalidación en los actos afectados de nulidad relativa el perjudicado, con conocimiento -

307.- Suprema Corte de Justicia, Tesis Relacionada con la Jurisprudencia Número 246 respecto a la Nulidad Absoluta y Relativa, Apéndice, 1975, Tercera Sala del Seminario Judicial de la Federación, Cuarta Parte. Pág. 779.

308.- Comentario por Zamora y Valencia, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 80.

309.- Idem.

310.- Op. Cit. Pág. 92.

311.- Trigueros, Guillermo. Op. Cit. Pág. 88.

del vicio, ratifica el contrato nulo, pero además se requiere que haya cesado el vicio; en el caso el perjudicado no podrá convalidar el acto, para ser válida una venta de cosa ajena dependerá de un hecho distinto; la adquisición que cualquier título legítimo hiciere el vendedor la única que podrá revalidar el contrato. Además existe un hecho ilícito, una lesión a los intereses generales de la sociedad. Y por lo tanto, la voluntad de las partes contratantes o la del contratante perjudicado, como es el comprador, no podrá servir de base para convalidar el acto, pues lo ilícito seguirá siendo ilícito a pesar de su ratificación. Más aún, si ambas partes con conocimiento de que la cosa es ajena, ratificaren la venta, querrá decir que ya en forma consciente y deliberada reinciden en el hecho ilícito, principalmente por parte del vendedor que estaría demostrando su deseo indebido de confirmar una venta de cosa ajena. Y por otra parte al vender lo ajeno se viola un precepto prohibitivo.(312).

b).- Miguel Angel Zamora y Valencia, considerando la protección que consagra la constitución a la propiedad concluye "... En toda legislación en que se reconozca y garantice el derecho de propiedad el contrato de compraventa de cosa ajena, por constituir un hecho jurídico contrario a disposiciones de orden público debe considerarse nulo, con nulidad absoluta.(313).

La legislación de Veracruz por su parte determina que "... Nulidad absoluta de la venta de cosa ajena. Tratándose de una venta de cosa ajena, su nulidad es absoluta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2202 del Código Civil del Estado de Veracruz, que previene, que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. En efecto, la confirmación de la nulidad relativa, únicamente se establece en favor del afectado por dolo, error o lesión, del incapaz cuando llega a ser capaz o de cualquiera de las partes cuando no se observa la forma debida en el acto jurídico, y tiene por objeto que el perjudicado por la nulidad pueda sostenerlo ratificándolo; es decir, por ser el único perjudicado, tiene libertad para renunciar a la acción de nulidad. En cambio, en la venta de cosa ajena no sucede lo mismo, por ser ilícita, delictuosa, un acto ejecutado en contra de una ley prohibitiva, en la cual no se trata del cumplimiento voluntario del perjudicado, ni por ende el comprador puede ratificarlo. El artículo 2204 del código citado, al prevenir: "El contrato que dará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida" no establece, pues, la convalidación por ratificación; solamente dispone que el contrato queda revalidado porque, en ese caso, el dueño ya no puede impugnar aquella venta de nula, puesto que transmite la propiedad y deja de ser dueño...La venta de -

312.- Op. Cit. Págs. 105-107.

313.- Op. Cit. Pág. 347.

cosa ajena es nula y susceptible de revalidación únicamente en el caso de que el vendedor, antes de que tenga lugar la evicción, adquiriera, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida. Esta circunstancia, empero, no impide considerar que se está en presencia de una nulidad absoluta, tanto porque en realidad no existe cosa materia del contrato que por virtud de la transmisión anterior salió del patrimonio del supuesto vendedor, como por la índole ilícita, delictuosa y de acto ejecutado contra el tenor de una ley prohibitiva, no puede operar el cumplimiento voluntario del perjudicado ni la ratificación por el comprador. (314).

En cuestión a estas teorías Félix Antonio Gómez argumenta; "... La venta de cosa ajena no puede consistir en una infracción a la ley que mira en el orden público, porque el orden público no se afecta en lo más mínimo por una venta de cosa ajena cuyos alcances se limitan por lo general a tres personas: Vendedor, comprador y dueño. Téngase presente que el contrato es fuente de obligaciones que sólo pueden reclamarse de determinadas personas, es decir, que no afectaría la generalidad.(315).

4.- Se trata de un contrato válido.

a).- Ramón Sánchez Meda. La sentencia general de que la venta de cosa ajena es nula, es una afirmación inexacta. El requisito de que la cosa o derecho que se obliga a transmitir al comprador, el vendedor sea propio de éste y no ajeno, no es precisamente un requisito que deba tener el objeto-cosa de la compraventa. Aún en el caso de que la venta se haga a un comprador que ignoraba que la cosa era ajena no es nula, la venta. Si fuera nula, el efecto de tal supuesta nulidad sería que el contrato no generara ninguna de las obligaciones propias de la compraventa. Además la venta de cosa ajena engendra la obligación de saneamiento por evicción que es una obligación a cargo del vendedor que dimana de toda compraventa. Como confirmación la ofrece el caso de aquel comprador que en la misma compraventa adquiere un conocimiento de los riesgos una posible evicción y se somete a sus consecuencias.(316).

b).- En igual sentido se manifiesta Castan Tobeñas, José al decir que; No se produce la nulidad del contrato, pues si hubiera nulidad no deberían subsistir las obligaciones y otros efectos de la compraventa tales como la obligación de saneamiento por evicción y el proporcionar al comprador un justo título para adquirir por prescripción la cosa ajena comprada por él, se trata pues de una compraventa válida aunque no transmita la propiedad al comprador y debido a --

314.- Comentada, por Valencia y Zamora, Miguel Angel. Op. Cit. Págs. 343 y 344

315.- Comentado por Trigueros, Guillermo. Op. Cit. Pág. 84.

316.- Op. Cit. Pág. 133-138.

ello quede obligado el vendedor a prestar el saneamiento(317).

c).- Luis Diez Picazo y Vicente Montes nos dicen "... Pugna a primera vista, - si el vendedor ha de transmitir el dominio parece que no cabe una compraventa válida de una cosa que no le pertenece. Sin embargo, dado que el Código Civil la compraventa es un contrato generador de obligaciones, el vendedor puede - obligarse a transmitir una cosa que no le pertenece. Si no está en posesión de ella incumplirá su obligación de entrega, pero ello no afecta la validez del - contrato celebrado, si se encuentra en aquella posesión y realiza la traditio, el contrato se consuma, teniendo solo el comprador contra aquel vendedor las - acciones que nacen precisamente del contrato (saneamiento por evicción) cuando haya de restituirla a su verdadero propietario(318).

Respecto a la crítica de esta teoría se dice "... No puede afirmarse que la venta de cosa ajena fuera una venta válida con todos los caracteres de perfección. Basta considerar que el vendedor cuando quiera dar cumplimiento a -- sus obligaciones nacidas del contrato, se encontrará ante un imposible jurídico por no ser dueño. Además, si la venta fuera válida, no sería necesaria la ratificación por parte del dueño o bien que se subsanare cuando el vendedor -- adquiriera el dominio posteriormente. Cabría la posibilidad de que esa venta -- fuese válida únicamente entre las partes y no frente al verdadero dueño(319).

5.- Se trata de un contrato inoponible por falta de legitimación.

a).- Francisco Messineo es el primero en desarrollar esta teoría, estableciendo que, lo que acontece en la venta de cosa ajena, es que al vendedor le falta legitimación para contratar, puesto que no es propietario de la cosa y no puede enajenarla en contra de la voluntad de su verdadero dueño, pues para éste, el contrato celebrado lo es inoponible, ya que sería raro que el contrato fuera nulo cuando tiene todos sus elementos de esencia y validez y sería injusto que le fuera oponible al verdadero propietario, quien no había prestado su consentimiento para desprenderse de la propiedad del bien; y puesto que la legitimación consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros - sujetos - o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato(320).

317.- Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo IV; 8a. Ed. Instituto Editorial Reus; Madrid España; 1951. Pág. 138.

318.- Op. Cit. Pág. 112.

319.- Trigueros, Guillermo. Op. Cit. Pág. 89.

320.- Cfr. Comentado por Aguilar Carbajal, Leopoldo. Ensayo sobre la Interpretación de las Disposiciones Legales que Reglamentan la Venta de la Cosa Ajena en el Código Civil; Anales de Jurisprudencia. Reedición de Estudios Jurídicos; Tomo CXXVI; 1966. Págs. 38-41.

Leopoldo Aguilar manifiesta que este criterio es aplicable a los artículos 2270 y 2271 del Código Civil, ya que aunque el primero habla de nulidad y el segundo de revalidación, es por desconocer el concepto de legitimación, el legislador tuvo que traer el concepto de nulidad para evitar que lo pactado entre el vendedor y comprador, surtiera efectos en relación con el verdadero propietario, que no había celebrado ningún contrato; y, la única forma que encontró fue sancionarlo con la nulidad. Ya que solo el concepto de legitimación puede explicar por qué si el vendedor adquiere, por cualquier título legal, la propiedad de la cosa que vendió indebidamente, la venta queda perfecta, si no ha operado la evicción(321).

De los criterios doctrinales enunciados (vid. págs. 156-151) desprendemos que en todos existen bases para una solución global, siendo el caso concreto el determinante para probar su aplicabilidad en la resolución de los problemas que ocasiona la venta de cosa ajena. Pero no podemos tomar un criterio unitario para solucionar esta problemática, y aunque en un análisis lógico jurídico no es recomendable, tenemos que estudiar la casuística concreta sobre la que repercute la venta de cosa ajena, encontrando dos extremos posibles: 1. Es innecesaria una reglamentación especial, porque se resuelve a través de las reglas generales previstas para la evicción. Este criterio es aplicable a los siguientes casos: a).- En el supuesto de que el vendedor ignorara que el objeto era ajeno, únicamente responderá de las consecuencias jurídicas propias de la evicción; b).- En el caso de que el enajenante tuviere conocimiento de este hecho (vender cosa ajena) independientemente de responder por la evicción, existe la posibilidad de una responsabilidad penal; y c).- Dentro del supuesto en el que ambas partes ignoraban que la cosa fuera ajena, no existe conducta dolosa alguna, y en este caso su solución más idónea la encontramos a través de la evicción, si se llegare a presentar el verdadero dueño. En estos supuestos, la evicción es la resolución más acertada, y en consecuencia es innecesaria la reglamentación especial acerca de la sanción jurídica, inexistencia o invalidez del contrato, en el que se involucre la venta de cosa ajena, ya que en última instancia, lo importante sería el resarcimiento del daño que tendrá el comprador al pedir, del vendedor, la devolución del precio más el pago de daños y perjuicios, y recuperando el verdadero propietario la propiedad o posesión del bien a través de la acción reivindicatoria. Y 2. No obstante pensamos en la necesidad de una sanción jurídica dada por una nulidad absoluta, en el caso en que el comprador y

vendedor saben que la cosa objeto del contrato es ajena, y aun con conocimiento de esta situación celebran el acto, existiendo una intención ilícita por — ambos contratantes, porque con ello más que hablar de una simple evicción, con todas sus consecuencias, es ineluctable imponer una nulidad absoluta en la esfera civil, porque en todo acto ilícito, el derecho priva al acto así realizado, de los efectos que buscan las partes al celebrarlo, y en el caso el comportamiento de las partes es contrario al orden público, sanción que además nos — lleva a las siguientes consideraciones:

Primero: Al determinar que puede hacerla valer cualquier persona interesada, da la posibilidad de salvaguardar el orden público, en el supuesto de que el — verdadero propietario por desconocer quien posee su objeto, no hiciere valer — su acción reivindicatoria, cuestión que además desborda a la evicción como única solución, ya que de ser aquella (la evicción) la única alternativa, el contrato resultaría una fuente de enriquecimiento ilícito, en el caso de que el — comprador no sufriera la evicción por un lado, y por otro se violarían normas prohibitivas y preceptivas que no hacen más que confirmar la nulidad absoluta y;

Segundo: La nulidad absoluta resulta el medio más fácil y eficaz para que al verdadero dueño se le restituya la cosa en el caso de que éste tenga dificultades para hacer valer su acción reivindicatoria.

De manera generalizada podemos determinar como efectos de la venta de cosa ajena los siguientes:

Por parte del comprador:

- 1).- El comprador de cosa ajena adquiere título apto para usucapiar, pudiendo el comprador completar el término de la prescripción con el tiempo en que el — vendedor estuvo poseyendo.
- 2).- Si el comprador es de mala fe, y al tratar sabía que la cosa era ajena. — En este caso no puede pedir daños y perjuicios, pero podrá reclamar el precio, si ya lo pagó.
- 3).- Si el comprador es de buena fe y es privado totalmente de la cosa, podrá llamar a juicio al vendedor, a fin de que cumpla con la obligación de saneamiento por evicción. Pero por ello, es menester que la cosa haya sido declarada ajena por sentencia firme.

Respecto al vendedor, de igual manera los efectos dependerán de su intención:

- 1).- Si solo el vendedor sabía que la cosa era ajena, habrá dolo o mala fé de parte de él y deberá pagar daños y perjuicios bien por la anulación o la reivindicación. (Art. 2270 C. C.)

2).- Si el vendedor ignoraba que la cosa vendida por él, era ajena, su error o su buena fé lo salvará de tener que pagar daños y perjuicios y solo está obligado a indemnizar al comprador en los términos que debe responder un enajenante.

Con relación al verdadero propietario; al verdadero propietario, "verus dominus" la venta de cosa ajena es sencillamente "res inter alios acta" y por tanto sin tener que invocar la nulidad del contrato, puede dicho propietario, reivindicar la cosa del poseedor que la detente sea del vendedor antes de entregarla o del comprador después de recibirla. A esta regla general fundada en el principio "nemo plus juris ad alium tranfere nequit, quam ipse habet" existen las siguientes excepciones:

- 1).- El comprador que se convierte en propietario, merced a la usucapion, si - el verus dominus no la reivindica en el término de la prescripción positiva.
- 2).- Tratándose de bienes muebles vendidos en almoneda.
- 3).- El comprador de buena fe de un inmueble que aparecía inscrito a favor del vendedor, por virtud de la fe pública registral, adquiere la propiedad de dicho bien una vez que se inscribe a favor del mismo comprador, aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del vendedor en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro (Art.3009)

2.2.- POSESION

Continuando con nuestro esquema, toca ahora el turno a la figura jurídica denominada posesión, a lo cual creemos conveniente señalar la razón de su inclusión en el trabajo.

Si partimos de la hipótesis que se refiere esencialmente a un contrato — (compraventa) en el cual se crean derechos y obligaciones, y que sirve además como medio de adquirir bienes, y donde el objeto indirecto resulta ajeno, es válido estudiar, no solo una de las formas de adquisición de propiedad, sino también aquella que como la posesión da pauta y deslumbra la problemática planteada, ya que a través de esta figura se determinan diferentes efectos jurídicos de gran trascendencia e interés para la conformación del objetivo que manejamos.

De tal manera que, no solo estudiaremos a la posesión en sí misma, sino que nos enfocaremos a su principal efecto que se produce a través de la prescripción positiva, como medio para adquirir ciertos derechos reales, y específicamente a la propiedad. Por ello llegaremos a determinar la legitimidad o -

illegitimidad de la posesión que se ejerce sobre una cosa.

2.2.1.- CONCEPTO

Cuando en la Sociedad nace la propiedad privada, la posesión es sin duda, la forma más importante de adquisición de bienes, lo que dió la necesidad de crear medios legales para protegerla ya que con ello se amparaba social y jurídicamente el patrimonio individual. A través de los cambios estructurales que sufre toda Sociedad, la posesión va perdiendo fuerza para darle realse a la institución jurídica denominada propiedad.

La posesión constituye una esfera de gran complejidad, que ha dado origen a controvertidos criterios, e incluso respecto a su etimología no existe uniformidad sobre el verdadero sentido de su raíz, se dice sin certeza alguna que, el más antiguo concepto de posesión lo da el jurisconsulto romano Paulo, quien expresó que "... se denominó posesión, al decir Labéon, de sede, como si se dijera posisió , porque naturalmente es tenida por el que está en ella a la cual llaman los griegos (retención). Se habla también que deriva de la voz latina a 'pedibus', que significa estar sobre una cosa o insistir en ella, o bien, de 'pedius' 'positio', que significa 'ponimiento de pies' o 'posee' que indica poder, señorío, o de pasum, potas, potesse potui, coincidiendo la mayoría en que viene de la voz possessio haciéndola derivar de posidere, que proviene de sedere y de pos, prefijo de refuerzo, de tal manera que indica 'sentarse' o estar sentado o 'establecerse con insistencia', o bien hallarse establecido ..."(322)

Aunque la mayoría de los autores que estudian la posesión se apoyan en los textos romanos, debido a las diversas interpretaciones, existe la problemática de tener un concepto de posesión universal y claro que sirva objetivamente en todas las legislaciones. Entre los conceptos que existen acerca de la posesión podemos mencionar los siguientes:

Peña Guzmán (323) y Ripert Boulanguer (324), coinciden en entender a la posesión como un poder de hecho que se ejerce sobre una cosa y que en ocasiones la

322.- Peña Guzmán, Luis Alberto. Derecho Civil. Derechos Reales T. I. Tipográfica Editora; Buenos Aires Argentina. 1975. Pág. 185.

323.- Idem., Pág. 186.

324.- Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales. T. VI. Traducción Delia García. Ediciones de la Ley Sociedad Anónima; Argentina, Buenos Aires; - 1966. Pág. 107.

intención del poseedor corresponde al ejercicio de un derecho.

Para Marcel Planiol cuya definición, ha servido de base a diversos autores la define como "... Un estado de hecho, que consiste en detentar una cosa de manera exclusiva y efectuar sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario ... se dice que algunas veces la posesión es una institución jurídica, lo que es un error, la posesión es un hecho, como la vida humana; lo único que tiene de jurídico y de institución, son los medios empleados por la ley para proteger este hecho o para destruirlo ..." (325)

Por su parte Manuel Albaladejo comenta "... La palabra posesión tiene dos sentidos: Como señorío o poder de hecho, y como poder jurídico (derecho). Posee una cosa el que la tiene bajo su denominación, a diferencia del derecho — subjetivo, que es un poder concedido por el ordenamiento, es decir, un señorío jurídico, el poder de hecho que la posesión es, ni puede proceder de la ley, ni depende de ella, ya que lo ostenta, quien domine la cosa, y no quien establezca la ley que deba tenerla. Y cuestión distinta es que alguien corresponda el derecho a poseerla de cualquier manera, aunque la posesión no sea un poder jurídico, de hecho se comporta como tal, o sea, como un derecho ya que de hecho el poseedor puede todo lo que jurídicamente puede el titular del derecho. Según lo dicho, la posesión es un poder de hecho, y un hecho (el hecho de ostentar — tal poder) y el que tenga efectos jurídicos no hace de ella un derecho sino un hecho jurídico ..." (326).

Por lo que toca a nuestro ordenamiento jurídico en los Códigos de 1870 y 1874 se definía la posesión, como "... La tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos u otro en nuestro nombre ..." El actual Código Civil en su artículo 790; no define de manera específica lo que debemos entender por posesión sino más bien determina quien es el poseedor al disponer que "... Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 790. Posee un derecho el que goza de él ..."

Infiriéndose del citado artículo que la posesión es esencialmente definida como un poder de hecho, y como tal tiene consecuencias jurídicas, ya que no se especifica si se trata de un derecho o de un hecho, a pesar de que posteriormente enuncia la posibilidad de contener una posesión de derechos. Por tal ra-

325.- Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. V. 12a. Ed. Editorial CULTURA; - México, 1945.

326.- Revista de Derecho Privado. Julio-Agosto. Editorial; Revista de Derecho Privado; Caracas-Madrid; 1962. Pág. 588.

zón, la mayoría de los autores interpretan que lo que protege la legislación Mexicana es precisamente el ejercicio del poder de hecho, sin embargo, más adelante nuestro ordenamiento civil, dispone una situación diversa en la cual una persona detenta una cosa porque el poseedor o el propietario a través de un acto jurídico le concedió el uso o goce temporal de la misma, y en tal circunstancia la posesión la tiene precisamente el que no ejerce el poder de hecho: Los artículos al respecto dicen: "... Art. 791.- Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder, en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada ... Art. 793.- Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor ..."

Preceptos que establecen la existencia de dos tipos de poseedores; el de nombre propio u originario que tiene la titularidad del derecho de propiedad, pero no goza del poder de hecho y que conserva el dominio de la cosa, y otro denominada poseedor derivado que tiene el ejercicio del poder de hecho pero concedido por el que tiene el derecho de propiedad. Asimismo, dispone que aquél que tiene el poder de una cosa por virtud de una dependencia no será poseedor.

Al respecto creemos que el legislador comprende dos circunstancias distintas:

Primera: En los casos en los que se confiere el uso o aprovechamiento de una cosa, por virtud de un acto jurídico, y en los que considera que sí existe posesión, aunque derivada, porque el que ostenta la cosa la aprovecha para sí, como sería el caso del usufructuario, puesto que para el aprovechamiento de la cosa, no depende del poseedor originario o propietario, esto independientemente de las restricciones que le enmarque la ley.

Segunda: No existe posesión sino lo que la Teoría llama simple "Tenencia o detentación" en los casos en que se tenga el poder de hecho sobre una cosa, pero no se aprovecha para sí, sino que en nombre de otro, por consiguiente todos los actos materiales que se hagan sobre la cosa dependen de las órdenes del propietario o poseedor originario, como podrían ser los depositarios o mandatarios. Sin embargo, como estas situaciones nos conllevan a una imprecisión de saber si existe o no posesión, o si nos encontramos ante una simple detentación, ampliaremos esta cuestión particularmente al referirnos a los elementos de la posesión.

Por su parte Morineau haciendo precisamente una crítica a los anteriores preceptos niega que la posesión sea un hecho que tenga sólo consecuencias jurídicas, sosteniendo que definitivamente la posesión es un derecho subjetivo pleno, probando esta cuestión con la situación que enmarca el Artículo 793 en el cual el verdadero poseedor es el que no está ejercitando el poder de hecho, en tanto que aquellas personas que están ejercitando el poder de hecho no son poseedores.(327).

De los conceptos aludidos, podemos observar dos criterios divergentes: .- Uno en donde la mayoría de los autores consideran que la posesión es esencialmente un poder físico o de hecho que una persona tiene con relación a una cosa para su aprovechamiento; y otro, sostenido principalmente por Morineau que aprecia a la posesión como derecho subjetivo pleno. Partiendo de estas posturas, por nuestra parte, estimamos que no es conveniente tomar tajantemente ninguna de las dos posturas, pues ello nos llevaría a una definición de posesión limitativa y confusa porque si sólo creyéramos en la posesión como un hecho, la situación antes mencionada en donde el verdadero poseedor no tiene el poder de hecho contraría la generalidad de que siempre el poseedor ostenta dicho poder y por otra parte, no es posible hablar de la posesión como un mero derecho, aunque normalmente el que ostenta la posesión, tiene el derecho; de ahí que la posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales, no obstante existen casos como sería tener la posesión a través de un hecho ilícito, o bien por medio de la ocupación, en los cuales no existe un derecho, por tanto la posesión como tal, no siempre está ligada a la existencia de un derecho, lo que significa que el poder físico puede o no coincidir con el poder jurídico, por tal razón, no aceptamos la opinión sostenida por el autor antes citado, de hablar de la posesión como un derecho subjetivo pleno, porque sería prejuizar otras situaciones y limitar el concepto de posesión, pues puede suceder que en una sola persona se encuentren reunidos tanto el poder físico como el jurídico o puede no suceder.

Considerando lo anterior, podemos entonces coincidir de alguna manera con el autor Manuel Albaladejo en afirmar que la posesión tiene dos sentidos:

a).- La posesión como un poder de hecho que deviene de una cosa con ánimo de aprovechamiento y, que sobre la misma puede el poseedor comportarse como si tuviese el poder jurídico, con las limitaciones que en su caso la ley determine, y con el requisito indispensable que la cosa, objeto de la posesión pueda ser objeto de derecho, para que éste le conceda efectos jurídicos.

327.- Cfr. Comentario por Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 636.

b).- La posesión como el ejercicio o goce de un derecho por lo tanto se ostenta un poder jurídico que da la facultad al poseedor de aprovecharse de una manera exclusiva sobre la cosa, así como de realizar los actos necesarios para su conservación. Asimismo, partiendo de estos razonamientos e independientemente que con posterioridad se determinen las diferencias entre detentación y posesión en términos generales y siguiendo la definición de Rafael Rojina Villagas comprenderemos a la posesión como, un poder físico que se ejerce generalmente de una manera directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial como inferencia de un derecho real o personal o bien sin ningún derecho.

Desglosando el anterior concepto podemos determinar tres situaciones diversas!

Primera.- Se tiene el poder físico sobre una cosa y el aprovechamiento de la misma, fundado en un derecho real que constituye la facultad de conceder a las personas un poder directo e inmediato sobre una cosa para disponer y gozar de ella, con exclusión de las demás y que trae la obligación hacia los titulares del derecho de abstenerse de perturbar el goce del mismo. Son considerados como derechos reales: La propiedad, el usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y prenda.

Concluyendo, diríamos que se posee una cosa porque se tiene la facultad y el poder jurídico que confiere el derecho real, por tanto se es poseedor originario como consecuencia de la propiedad, y se es poseedor derivado porque se tiene un derecho real, de usufructo, uso, habitación, etcétera.

Segunda.- Se posee una cosa como consecuencia de un derecho personal: Cuestión que en la parte introductorias de este trabajo lo entendimos como la relación jurídica entre dos personas, en donde una de ellas puede exigir el cumplimiento de una obligación y la otra parte tiene el deber de cumplir con esa obligación.

Podemos decir, que es precisamente el contrato uno de los principales creadores de derechos personales, y respecto del punto que nos interesa, que existe posesión por virtud de un contrato que así lo determina, tal es el caso del depósito, comodato y arrendamiento. De éstos, la mayoría transmiten temporalmente el uso o aprovechamiento de una cosa, por lo que se tiene un poder físico sobre la cosa, debido a un derecho personal que lo confiere.

Sin embargo, cabe aclarar que en los Códigos anteriores no existía pose-

sión en el caso del derecho personal y los demás derechos reales fuera de la propiedad, pes como anteriormente se mencionó, solo se le calificaba de detención, en la actualidad nuestro ordenamiento civil, da pauta de admitir la posibilidad de poseer por virtud de un derecho personal o real distinto de la propiedad, al especificar en el Artículo 798 "... El que posee por virtud de un derecho personal o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario ..." Y es precisamente lo que denomina posesión derivada.

Tercera.- La posesión también puede existir sin derecho alguno, lo que significa la existencia solo de un poder físico sobre la cosa y un aprovechamiento sin contener un poder jurídico, en esta situación podemos hablar de tres casos diferentes:

- a).- Una posesión ilícita; en la que se posee con la idea o presunción de que la cosa se obtuvo bajo la existencia de un acto ilícito.
- b).- Una posesión lícita en la cual se dan tres circunstancias:
 - 1.- En los bienes monstrencos que son los bienes abandonados y perdidos cuyo dueño se ignore, casos en que conforme lo dispone la legislación civil sino es entregada a su dueño se le dará una cuarta parte de su valor al que la hallare.
 - 2.- Posesión de bienes vacantes. Estos son los que no tienen dueño cierto y conocido y refieren cosas de carácter inmueble, que para su adquisición, que confiere la ley, deberá hacerse la denuncia respectiva al Ministerio Público del lugar..
 - 3.- La cosa que nunca ha tenido dueño esto es, no ha sido apropiada, conocida con el nombre de Res Nullius, y que puede ser apropiada a través de la ocupación que constituye una forma derivada de adquirir la propiedad.

Estos tres casos dan formas de poseer la cosa, sin derecho alguno y a pesar de ello, puede existir la posesión por el simple poder de hecho, al que el derecho concede efectos jurídicos.

2.2.2.- ELEMENTOS DE LA POSESION

De los conceptos de posesión analizados previamente, de alguna manera nos hemos referido aunque no específicamente a los elementos que integran la posesión misma, estos son el corpus, y el animus, que constituyen un elemento externo y uno interno. El corpus comprende el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, para retenerla en forma exclusiva, este elemento engendra por sí solo un esta-

do de detentación o tenencia, aunque el corpus es la base material de la posesión no siempre requiere que se ejerza de manera directa.

El animus es el carácter psicológico de conducirse como propietario o a título de dominio. Y es precisamente este elemento donde existe una de las -- mayores polémicas, pues no hay fijación para saber si el animus debe ser siempre dominii o basta con que se tenga la intención de actuar en nombre propio -- y provecho exclusivo para que exista la posesión, aún cuando no se tenga la -- intención de conducirse como propietario.

Antes de especificar detenidamente estos elementos, constitutivos de la -- posesión, es necesario desmembrar las diferentes teorías que se han suscitado al respecto, y que han dado lugar a controvertidos criterios, estas son: La -- sostenida por Savigny, que expone la teoría tradicional, ya que se refiere a su interpretación del Derecho Romano, dándole a su teoría un carácter netamente -- subjetivo, conociéndosele por ello como "La teoría subjetiva de la posesión"; la de Ihering que crítica de manera severa la anterior teoría, pues estima que esa interpretación no es acorde con la verdadera esencia del Derecho Romano, -- llegando al lado opuesto, presentando su teoría "Objetiva de la Posesión", y -- en una posición ecléctica se encuentra Saleilles, que después de analizar las anteriores teorías, concluye con una que podía considerarse intermedia, porque toma tanto criterios de uno como de otro.

Teoría de Savigny.- Este autor concibe a la posesión como una relación o estado de hecho, que dá a una persona la posibilidad física, actual e inmediata de ejercer actos materiales de una cosa con el animus dominii o rem sibi habendi. De acuerdo con lo anterior, se desprenden como elementos de la posesión, el corpus, manifestado por el conjunto de actos materiales que demuestran el poder -- físico sobre la cosa; y que por virtud de este estado de hecho una persona tiene el poder o posibilidad física actual, de ejercer estos actos de disposición sobre una cosa; y el animus dominii, como fundamento esencial para la existencia de la posesión.

Agrega que la adquisición de la posesión se basa en una cuestión intelectual; cual es la voluntad del individuo de comportarse como propietario o de -- poseer para él, es decir se requiere al animus dominii o el animus rem sibi -- habendi, al que se le agrega un elemento material que constituye el corpus, -- para configurar la verdadera posesión. Para ser considerado como poseedor -- quien pretende disponer de una cosa debe en el hecho conducirse como lo haría un propietario (328).

328.- Cfr. Comentario por Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Págs. 593, 598.

Por ello el animus es un elemento básico para la posesión, de ahí la teoría subjetiva, porque la detención material que se tenga sobre una cosa debe ir acompañada de la voluntad de tratar a la misma como propia, se debe no solo estar en condiciones de disponibilidad física, sino también de la intención de comportarse como dueño de la cosa, por eso a esta teoría, se reconoce una presunción *juris tantum*, para decir que todo detentador tiene el animus, ya que es posible admitir el caso de que una persona sea considerada como poseedor — con solo tener el animus y tener el corpus por conducto de otra persona, puesto que el corpus está dado por la cosa, y no solo por el contacto directo con ella misma, tal es el caso en donde se puede adquirir la posesión de una cosa mueble por el mero hecho que haya sido puesta en la casa del poseedor aun cuando éste estuviere ausente. Y en caso de presentarse una controversia, entonces, lo que debe justificarse es el corpus y el título que lo otorga, o sea, se debe comprobar la causa de la posesión, porque de ella se deriva la voluntad legal de poseedor.

En consecuencia, para Savigny, si se tiene, voluntad de poseer para el agente (*animus rem sibi habendi*) o como propietario *animus domini*. Habrá posesión; si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia; asimismo idea la posesión derivada, en la que el poseedor *animus domini* transmitía *utilitatis* causa al acreedor prendario, en las que la voluntad del segundo, tiende únicamente a tener la cosa no a poseerla, toda vez que reconoce como propietario a aquél de quien ha recibido la cosa. Por consiguiente, si el titular del corpus *possessions* no reconoce el derecho de propiedad en otro y además tiene la intención de ejercer dicho derecho para sí, era poseedor en tanto que si ejercía algún derecho pero reconociendo el de propiedad en un tercero no crea un poseedor, sino un mero detentador (329).

Resumiendo, diremos que la teoría subjetiva considera como elementos necesarios para la configuración de la posesión el animus como esencial que sería la intención de conducirse como dueño, y el corpus como el conjunto de hechos materiales que se ejerce sobre la cosa.

Teoría de Ihering.— Este autor, tiene como base de su teoría, rebatir lo expuesto por Savigny, sobre todo respecto al *animus domini*, considera que la posesión es un derecho, de ahí que su idea primordial determina que la posesión no es otra cosa que la exteriorización del derecho de propiedad. Y si bien no suprime el elemento intencional en el concepto de la posesión pues sin voluntad no habría posesión, sí es entendido en forma diferente.

Sus principales críticas son; afirma que en contra de la regla general de Savigny de que siempre existe posibilidad de ejercer el poder físico sobre una cosa hay posesión, puesto que existen casos como en la compraventa, cuando se entregan las llaves de la bodega donde están las mercancías en que hay posibilidad pero no hay posesión. Considera casos como la prenda en la que el derecho Romano reconocía la posesión, sin que existiera el animus domini.

Para él, la configuración de la posesión se da por los dos elementos; el corpus y el animus, pero interpretados de diversa manera. Estima que el corpus no queda constituido por la simple relación física de lugar, o de contacto entre el hombre y la cosa; pues esta relación física carece de significación jurídica, porque puede existir la proximidad material o el contacto entre el hombre y la cosa sin que exista posesión, pues es necesario para que se configure que exista un interés que motive la voluntad para perseguir un fin, por lo tanto definitivamente el corpus es la forma de exteriorizar el derecho de propiedad.

El animus está indudablemente ligado al corpus y constituye una forma de exteriorizar un determinado propósito de explotación económica, por lo que no es posible desligar el animus del corpus y es precisamente ese propósito el que constituye un animus en sentido muy diverso de aquél animus domini que establece Savigny porque el animus tiene una significación económica que revela un propósito de simple explotación lucrativa.

En cuanto hace a la tenencia, observa y sostiene que tanto ésta como la posesión no son intrínsecamente distintas, ya que el comportamiento de quien tiene la cosa en el aspecto corporal es igual, se trate del dueño, el usufructuario, o de cualquier otro detentador. Fundamenta sus ideas con fórmulas algebraicas designa con una X a la posesión, con una Y a la tenencia, con una C al corpus y con una A al animus, que debe también tener el tenedor según la teoría subjetiva, con una OC al elemento de más que según esta teoría se añade a la posesión, y con una N la disposición de la ley que niega la posesión en ciertas relaciones. De acuerdo con lo expuesto, la fórmula de la teoría subjetiva sería:

$$X=A+OC+C$$

$$Y=A+C$$

Y para la teoría objetiva:

$$X=A+C$$

$$Y=A+C-N$$

Según este esquema, dice Ihering, para la teoría subjetiva para que haya tenencia, basta la suma de A + C y para que haya posesión, hay que agregarle - OC; en tanto que, para la teoría objetiva, para que haya posesión, basta A + C, y la composición de la acción posesoria, en posesión y en tenencia, resulta de la unión de otro elemento, que será un factor negativo - N; esto para la teoría objetiva que tiene por punto de partida la posesión, mientras que será un factor positivo + OC para la teoría subjetiva que parte de la tenencia(330).

Por su parte Saleilles reconoce los dos elementos, el animus y el corpus, estima al corpus posesorio como un conjunto de hechos susceptibles de describir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquél a quien dichos hechos se refieren, y la cosa que éstos tienen por objeto, de tal manera que, para este autor la posesión es un fenómeno económico de apropiación de riqueza, pero ello no quiere significar que el corpus es el simple hecho de explotación económica, sino es de apropiación, ya que como requisito para que exista una verdadera apropiación económica y constituye al corpus, es que sea permanente, actual, indiscutible y pública. Del animus nos dice que debe abandonarse definitivamente la teoría del animus dominii y reconocerse la de Ihering en el sentido de tener el propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa, obrando como si se fuera dueño material de la misma. Comprende a la posesión como una efectividad consciente y voluntaria de apropiación económica de las cosas, dicha voluntad debe recaer en el corpus, como un fenómeno de apropiación que no implica necesariamente el ejercicio del derecho de propiedad y así la posesión estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño de la cosa desde el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración solo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto que imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica(331).

De las anteriores teorías, podemos considerar que: La teoría de Savigny, se inclina solo al animus, cuestión que no es posible aislar, porque no basta con la simple intención de tener el dominio de la cosa, sino también de una exteriorización real y material, ya sea de manera directa (posesión originaria) o indirecta (a través de la posesión derivada) para atribuirle consecuencias de derecho. Con ello, no queremos enfatizar que el elemento corpus, sea la base de la posesión, porque estaríamos entonces en presencia de una simple

330.- Cfr. Peña Guzmán, Luis Alberto. Op. Cit. Págs. 204-207.

331.- Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Págs. 612-615.

relación de proximidad material carente de voluntad entre la persona y la cosa, lo cual tampoco tendría ninguna significación jurídica, de tal manera estimamos la necesidad de la unión del elemento interno o intencional (animus) y el elemento externo o material (corpus) para la configuración de la posesión.

Por su parte Ihering inequívocamente afirma que la posesión no es otra cosa que la exteriorización de la propiedad, no obstante en el análisis del concepto de posesión, verificamos la existencia de diversos tipos de posesión, que no conllevan propiedad. Asimismo, tanto Ihering como Saleilles dan a la posesión un carácter de índole económico, más que jurídico al considerarla como apropiación económica, sin embargo, aunque no deja de existir un beneficio económico, o acervo patrimonial, esto no es más que un efecto propio de un derecho real.

Por otra parte, nuestro ordenamiento civil acepta de alguna manera tanto la teoría objetiva como subjetiva, pues determina el animus, interpretado como aprovechamiento de la cosa en concepto de dueño (animus domini), y establece la posesión derivada ideada por Savigny en la cual se tiene el corpus, pero el animus domini pertenece al poseedor originario. Acepta, asimismo, la presunción juris tantum de Ihering de considerar que el poseedor es propietario.

Por nuestra parte, estimamos que la posesión en sí misma, está conformada por el animus interpretado como la voluntad de aprovechamiento y disposición total de la cosa, a nombre propio o concepto de dueño, y el corpus entendido como el conjunto de actos materiales que pueden realizarse de manera directa o indirecta. Aceptamos la posesión derivada en la cual se tiene una voluntad de aprovechamiento pero no de disposición y el corpus, porque se realiza actos materiales directos sobre la cosa, diferenciándose de la posesión originaria en que en esta, solo se contiene el dominio de la cosa, solo un uso o goce temporal de la misma, porque un acto jurídico distinto de los traslativos de dominio se lo confirió, tal es el caso del usufructo, uso, habitación. Quedando establecido que elementos integran a la posesión, nos restaría, enfocarnos a la tenencia, esta es comprendida como:

Marcel Planiol que manifiesta: "... La detentación consiste en poseer una cosa con el consentimiento y, por cuenta de su propietario. La detentación constituye una situación jurídica perfectamente definida y que es por completo distinta de la posesión verdadera. Es de orden inferior y no confiere, ni con mucho, las mismas ventajas que la verdadera posesión. La posesión precaria nunca

es un hecho irregular, contrario al derecho; mientras que la verdadera posesión lo es muy a menudo, por ejemplo, en el caso de robo o usurpación. Todas las — personas que poseen una cosa precariamente la detentan en virtud de un título — regular; han celebrado un contrato con el propietario, o bien están encargadas por la ley o la justicia de una misión especial, y si la cosa ajena se encuentra en su poder, es por la ejecución de este contrato o misión ..." (332).

Por su parte Josserend Louis, nos dice: "... Para determinar la situación del detentador o poseedor precario, conviene distinguir entre sus relaciones — contractuales y sus relaciones con terceros. Las relaciones contractuales del detentador se fijan por la convención: Arrendamiento rústico, depósito, mandato. Frente a terceros, el detentador se encuentra en situación muy inferior: No está investido de las acciones posesorias ..." (333).

Peña Guzmán comenta "... La diferencia entre tenencia y posesión se manifiesta preferentemente en el elemento anímico y en los efectos que ambas pueden producir. Se exige para la posesión que, además del poder físico sobre la cosa, el corpus o aprehensión material que existe en ambas, debe ir acompañada del — propósito íntimo de parte de quien detenta dicho poder de someter la cosa al — ejercicio del derecho de propiedad; en tanto que en la tenencia ese elemento — anímico no existe, sino que por el contrario, el tenedor se desempeña como agente del poseedor o propietario ..." (334).

De lo anterior, podemos confirmar que la indistintamente denominada tenencia, es aquella que contiene solamente el corpus, pero existe una dependencia o reconocimiento hacia el propietario o poseedor, por tanto, el aprovechamiento — se verifica a nombre de otro, pues el propietario a través de un acto jurídico consintió que otra persona tuviera el corpus, por ello hace falta la intención de poseer la cosa por su propia cuenta, tal es el caso del mandatario.

2.2.3.- CLASIFICACION

Retomando uno de los principales antecedentes, encontramos que en Roma se conoció de diversos tipos de posesión como eran:

Possessio Naturalis.— Que constituía la simple detentación de una cosa, sin —

332.— Op. Cit. Págs. 121-123.

333.— Derecho Civil T. I. Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch; Buenos Aires, Argentina; 1950. Pág. 72 y 73.

334.— Op. Cit. Pág. 230.

protección jurídica alguna, ni siquiera el interdicto.

Possessio ad Interdicta.- Era un poder de hecho emparado por los interdictos. Se le daba este tipo de posesión al que tenía una cosa creyéndola suya.

Possessio Civilis.- Constituida por el poder de hecho de una cosa, protegido por los interdictos y que podía además transformarse en propiedad a través de la usucapion.

En la actualidad, podemos decir que más que una clasificación de la posesión sobresale una clasificación de poseedores, esto tiene gran relevancia, porque de ello dependen los derechos que cada poseedor contiene, conforme a su calidad o manera que ostentan la cosa. Por consiguiente, en el presente inciso, incluiremos también algunos de los derechos y obligaciones a que están sujetos los poseedores.

Aunque existen diversas clasificaciones de poseedores, como sucede con muchas de las instituciones jurídicas, nosotros nos apegamos y seguiremos la pauta del Código Civil actual, complementado con Rafael de Pina y Ernesto Gutiérrez y González, por considerar la más idónea y de fácil acceso, para cual también nos serviremos del cuadro anexo número 5.

Iniciando con nuestro esquema, explicaremos cada una de las clases de posesión correlativamente con algunos de sus derechos y obligaciones; y así tenemos que: Desde el punto de vista de su procedencia; el poseedor originario, es aquél que tiene la propiedad de la cosa, y puede a través de un acto jurídico conceder a otro el derecho de retenerla. El poseedor originario en caso de despojo goza del derecho de pedir que sea restituído el que tenía la posesión derivada, y si éste no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario, puede pedir que se le dé la posesión a él mismo (Art. 792 C. C. D. F.). Poseedor derivado, es aquél que tiene en su poder la cosa, por virtud de un acto jurídico, por el cual el propietario de la cosa, le concedió el uso o disfrute temporal de la misma.

Desde el punto de vista de la intención, denotamos a: Poseedores de buena fé.- Este se considera como el último y más elevado grado de posesión. Esta especie de posesión, nos dice Jossereud es la de mejor condición que las demás, tiene a su favor todas las apariencias; parece ser la exteriorización de una legítima propiedad y por eso está prevista de particular eficacia(335).

Son poseedores de buena fé aquellos que ostentan la cosa en virtud de un
335.- Op. Cit. Pág. 63.

título suficiente para darle derecho de poseer, entendiéndose por tal, una causa generadora de la posesión.

Puede asimismo, ser considerado como poseedor de buena fé aquél que ignora los vicios de su título, que le ha impedido convertirse en propietario y — que hace frágil su título de adquisición. O bien, tener por real un título — que no existe(336).

Por consiguiente, podemos afirmar que la buena fé en los dos últimos ca—sos puede resultar de un error de derecho o de hecho.

La buena fé tiene la peculiaridad de ser una presunción Juris tantum, es decir, se presume la existencia de buena fé, en tanto quien afirme lo contra—rio no lo pruebe. (Art. 807 C. C. D. F.).

Algunos tratadistas admiten que la posesión que comienza de buena fé pue—de convertirse en mala fé, o la que en un principio era de mala, puede trans—formarse en buena fé, cuando el poseedor llega después a tener conocimiento de su falta de derecho a poseer o pasa a creer que lo tiene, pero estas eventua—lidades, deben considerarse en realidad como raras y excepcionales en su ex—tremo(337).

En cuanto a los derechos que corresponde al poseedor de buena fé el orde—namiento Civil determina lo siguiente:

"... Art. 810.- El poseedor de buena fé que haya adquirido la posesión por tí—tulo traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes:

- I.- El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fé no es inte—rrumpida;
- II.- El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los úti—les, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago;
- III.-El de retirar las mejoras voluntarias, si no se causa daño en la cosa me—jorada o repatando el que se cause al retirarlas;
- IV.- El de que se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los —frutos naturales o industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiem—po de interrumpirse la posesión, teniendo derecho al interés legal sobre el —importe de esos gastos desde el día en que los haya hecho. Art. 811.- El po—

336.- Cfr. De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 52.

337.- Idem.

seedor de buena fé a que se refiere el artículo anterior, no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, aunque haya ocurrido por hecho propio; - pero sí responde de la utilidad que el mismo haya obtenido de la pérdida o deterioro... Art. 815.- Las mejoras voluntarias no son abonables a ningún poseedor, pero el de buena fé puede retirar las mejoras conforme a lo dispuesto en el artículo 810, Fracc. III ... Art. 799.- El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fé que la haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor ..."

De tal manera que, concluiremos que la posesión adquirida de buena fé no pierde ese carácter, sino en el caso y en el momento en que existan actos que aprueben y acrediten que el poseedor no ignoraba que poseía una cosa indebidamente.

La posesión de mala fé, se da cuando se ostenta una cosa sin título alguno o bien se tiene un título viciado y se conoce; los poseedores de mala fé — están obligados a;

"... Art. 812.- El que posee por menos de un año, a título traslativo de dominio y con mala fé, siempre que no haya obtenido la posesión por un medio delictuoso, está obligado:

I.- A restituir los frutos percibidos;

II.- A responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que pruebe que éstos se habrían causado aunque la cosa hubiere estado poseída por su dueño. No responde la pérdida sobrevenida natural e inevitablemente por el solo transcurso del tiempo. Tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios. Art. 813.- El que posee en concepto de dueño por más de un año, pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fé, con tal de que no sea delictuosa, tiene derecho:

I.- A las dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir — a la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, si reivindica la cosa antes de que se prescriba;

II.- A que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, si es dable separarlas sin detrimento de la cosa mejorada. No tienen derecho a los frutos naturales y civiles que produzca la cosa que posee, y responde de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa ..." De los cita-

dos preceptos, se infiere que los derechos y obligaciones de los poseedores de mala fé, se delimitan conforme tiempo que llevan ostentando la cosa, teniendo poseedores de mala fé por menos de un año y poseedores de mala fé por más de un año, concediéndole mayores derechos a éstos últimos. Asimismo, a pesar de la intención, hasta cierto punto dolosa por parte del poseedor, la ley le otorga la posibilidad de adquirir la propiedad con el transcurso de cierto tiempo.

Respecto a la posesión delictuosa, es aquélla en donde se ha adquirido la posesión por algún hecho previsto y penado por el ordenamiento civil o penal.

Al respecto el Artículo 814 nos dice "... El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir los frutos - que haya producido la cosa y los que haya dejado de producir por omisión culpable. Tiene también la obligación impuesta por la fracción II del artículo - 812 ..."

Por el número de personas que la ostentan: Posesión exclusiva.- Es la - que se tiene o ejercita por una sola persona, sea individual o jurídica.

Coposesión.- Se produce cuando varias personas tienen la cosa o ejercitan el derecho proindiviso(338).

El ordenamiento civil dispone: "... Art. 796.- Cuando varias personas - poseen una cosa indivisa podrá cada una de ellas ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal que no excluya los actos posesorios de los otros - coposeedores. Art. 797.- Se entiende que cada uno de los partícipes de una cosa que se posee en común, ha poseído exclusivamente por todo el tiempo que duró la indivisión la parte que al dividirse le tocara ..."

Independientemente de las clasificaciones, enmarcamos, aquellos requisitos legales que debe reunir una posesión de hecho, para estar en condiciones perfectas para usucapir y adquirir la propiedad, estos son: La existencia de - una posesión pacífica, continua y pública. El ordenamiento civil al respecto dispone: "... Art. 823.- Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia. Art. 824.- Posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno - de los medios enumerados en el capítulo V, título VII, de este libro. Art. 825. Posesión pública es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos. También lo es la que está inscrita en el Registro de la Propiedad ..." - No obstante estos requisitos, los aplicaremos en el siguiente inciso.

338.- Castan Tobeñas, Jose. Op. Cit. Pág. 400.

2.2.4.- VICIOS Y EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESION.

Hemos mencionado que la mayoría de los autores concibe que la posesión de hecho existe a partir del momento en que se encuentran reunidos sus dos elementos esenciales: El corpus y el ánimos, pero además se precisa que no exista ningún obstáculo legal para que, quien posee, goce de todas las protecciones legales. Es decir, para que la posesión produzca sus principales efectos (el ejercicio de acciones posesorias y la adquisición de la propiedad por prescripción), debe tener las cualidades o requisitos mencionados, como son el que sea pacífica, continua, pública y a título de dueño, pues de no ser así, se vería entonces afectada de vicios que aunque no destruyan la posesión, la hacen jurídicamente inútil o bien la dejan sin producir la plenitud de sus efectos. Estos vicios son cuatro: La violencia, la discontinuidad, la clandestinidad y lo equívico. Nuestro ordenamiento civil no especifica estos vicios, pero se infiere al momento en que define los requisitos; así por ejemplo cuando nos dice que la posesión es pacífica cuando se adquiere sin violencia, ello nos está determinando que de existir ésta, estaríamos en presencia de un vicio que afecta la cualidad o requisito de la posesión.

La violencia puede ser por cuestiones de hecho o por amenazas. Así se dice que una posesión es violenta, cuando una persona la adquiere por fuerza física o intimidación, por tanto, esta posesión impide al poseedor llegar en un momento dado a convertirse en propietario.(339).

Sin embargo, debemos aclarar que solo la violencia que existe en el momento de la adquisición de la posesión es la que vicia a ésta, porque cabría hablar de una violencia física y moral como vicios del consentimiento, además se trata de una violencia activa, medio para adquirir una posesión que resultará viciada; mientras que aquellos actos de violencia posteriores a la adquisición y que se hacen para defender la posesión o para recuperarla constituyen una violencia pasiva no vician a la posesión.

Por otra parte el Código Civil en su Artículo 1154 de una manera explícita acepta el caso de que exista una posesión viciada en sus inicios que logra posteriormente apartar éste, convirtiendo la posesión en útil, sana y normal suficiente para producir sus efectos deseados.

La discontinuidad. Se dice en términos generales que una posesión es discon-

339.- Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 2a. Ed. Editorial Cajica, S. A; Puebla, México. 1982. Pág. 474.

tínua cuando se manifiesta por intermitencias. Al respecto Marcel Planiol a contrario sensu manifiesta "... La posesión debe ser continúa, ésta consiste en la sucesión regular de actos posesorios por intervalos lo suficientemente cortos para no constituir lagunas. No se exige el aprovechamiento o el uso constante de la cosa a cada momento y sin interrupción; ésto sería imposible y absurdo. La continuidad resulta de una serie de actos ejecutados con intervalos normales, tales como los que podría hacer un propietario cuidadoso... una posesión que no se ejerza de modo regular, no imita lo suficiente la realidad del derecho de ser protegida.

Agregando posteriormente que, "... La cuestión de saber si los intervalos que han separado de hecho los actos de posesión son bastante prolongados para constituir lagunas y para hacer la posesión discontinua, es un problema de hecho, que debe resolver, según la naturaleza de la cosa poseída ..." (340).

Josserand nos dice que "... Este vicio es esencialmente contingente; para apreciar si existe, se deberá tener en cuenta la naturaleza de la cosa poseída que, según los casos, se presta a actos de posesión más o menos repetidos, más o menos seguidos ..." (341).

Debemos entender entonces, que una posesión es discontinua cuando es interrumpida en relación a la intermitencia, por tanto no existe un aprovechamiento constante de la cosa o derecho. Por cuestiones prácticas de interés procesal, nuestro Código Civil especifica que la posesión es continúa cuando no ha sido interrumpida por algunos de los medios enumerados en la interrupción de la prescripción (Artículos 824 y 1168) ya que a través de la numeración de formas específicas limitativamente enumeradas en la Ley, resulta una manera diáfana de comprobar procesalmente la interrupción de la posesión, resultando de ésto, una presunción juris tantum de continuidad, ya que mientras no se demuestre lo contrario a través de las formas de interrupción de prescripción, la posesión es continúa. No obstante, también determina que aún cuando la posesión no haya sido interrumpida si se prueba en determinados casos que no ha habido actos constantes de posesión, el término de la prescripción debe aumentarse, pero solo para este efecto, y no para negar el derecho de adquirir el dominio (Artículo 1152 Fracción IV del C. C. D. F.).

El vicio de clandestinidad, se da cuando la cosa no es pública, y para ser pública, precisa de que, quien posee la cosa lo debe hacer a la vista de -

340.- Op. Cit. Pág. 104.

341.- Op. Cit. Pág. 71.

todos, es decir, sin que se ejerza el poder de hecho secretamente o se disimule, de tal manera que, el poseedor debe obrar sin ocultarse, pues de no hacer uso público de la cosa, existe una posesión viciada por desarrollar un aprovechamiento oculto que impide a aquellas personas que tienen algún interés, conocer que existe una posesión.

Por su parte, Marcel Planiol nos comenta: La clandestinidad de la posesión se comprende muy bien tratándose de muebles. Pero los casos de posesiones clandestinas de inmuebles son muy raros, por la razón de que es muy difícil ocultarse para habitar una casa o para cultivar un terreno (342).

En cuanto hace al Código Civil en el artículo 225, determina que debe — ejercerse la posesión con conocimiento de todos los miembros de la sociedad, y no solo de aquellos que tienen interés en interrumpirlo, asimismo, dispone que también será una posesión pública aquella que ha sido inscrita en el registro público de la propiedad, ya que para registrar esta posesión se necesita acreditar que se adquirió pacíficamente y mediante una información testimonial con vista al Ministerio Público, procedimiento contemplado más ampliamente en el título relativo al Registro Público de la Propiedad, parte final del Código Civil, hecho que justifica de igual manera una posesión pública.

Por último, la posesión es equívoca, en el sentido de que no hay certeza respecto al título que se tiene de la posesión, cuando las circunstancias en que se ejercita son públicas, pacíficas y continuas, pero no permiten determinar si el poseedor lo hace a nombre propio o en nombre de otra persona.

Tal es el ejemplo de los coposeedores en los cuales no se sabe con certeza si la cosa es de uno, de varios o solo una parte.

En términos generales, podemos decir que una posesión viciosa no conduce a la prescripción y por ende carece de una total protección posesoria, pues se trata de una posesión que existe pero resulta afectada de uno o varios vicios que la Ley sanciona con la carencia de plenitud jurídica.

EFFECTOS JURIDICOS.

La posesión considerada por sí misma como un hecho, tiene la peculiaridad

de producir numerosos efectos jurídicos. El primordial, es que a través de ella y por medio de la prescripción positiva, sirve como medio de adquirir ciertos derechos reales. Pero precisaremos para analizar esto, hacer un paréntesis de lo que hemos de entender por prescripción positiva. Al respecto el artículo 1135 del Código Civil dispone: "... Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley ... 1136.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa ..." En virtud de lo establecido en estos preceptos, se presentan dos situaciones: Una positiva, determinada por la adquisición de bienes, y una negativa por la liberación de obligaciones, por el transcurso de cierto tiempo que determine la ley, y con el cumplimiento de los requisitos que la misma especifique.

Por nuestra parte, creemos inadecuado que el legislador utilice la acepción de prescripción para ambas situaciones, pues son de índole distinta, considerando más idóneo hablar de usucapion, heredada del Derecho Romano para la adquisición y la de prescripción para la liberación de obligaciones.

Partiendo de lo anterior, se dará la usucapion como medio de adquirir bienes cuando cumpla con el tiempo que determine la ley, así como los requisitos que la misma establece, los cuales se encuentran en los siguientes artículos: "... Art. 826.- Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción... Art. 1151.- La posesión necesaria para prescribir debe ser: I.- En concepto de propietario; II.- Pacífica; III.- Contínua; IV.- Pública ..."

De estos preceptos llegaríamos a inferir en primer término, que solo la posesión originaria es la única que puede reunir todos los requisitos establecidos, sobre todo que se ostente la cosa en "concepto de dueño o propietario" como confusamente menciona el artículo 1151, para producir la usucapion. Sin embargo, debemos considerar dos cuestiones distintas:

Primera: Solo la posesión que contiene la condición "sine qua non" de ostentar la cosa en concepto de dueño, y cumpliendo con los demás requisitos, es la apta para producir la usucapion y adquirir el dominio (propiedad) de la cosa. Pero no debemos interpretarlo de manera que solo la posesión originaria sea la más idónea para la adquisición, pues ello nos llevaría a presumir la existencia de la propiedad, resultando por tanto innecesario hacer valer la prescripción, sino debemos comprenderla como una posesión de hecho (que puede ser una -

ocupación de cosa sin dueño o bien poseer una cosa originada por algún hecho - delictuoso), y siempre y cuando no sea ejercitada bajo ninguna dependencia, lo que significa una posesión a nombre propio (provecho propio), entendida esta - no como una posesión originaria, ya que como mencionamos ésta última presupone un título o derecho de propiedad, que permite el goce de ese derecho, sino que debemos entenderla como una posesión de hecho que no se encuentra fundada en - ningún derecho, y que también es apta para producir la usucapion.

Segunda: Por consiguiente, la posesión derivada no es apta para producir la - usucapio y adquirir la propiedad, porque carece del requisitos de poseer en - "concepto de dueño", pero debemos aclarar que a pesar de esta situación, la - usucapion puede servir como medio para adquirir o confirmar otros derechos rea- les distintos de la propiedad, de la siguiente manera:

a).- El usufructo, que es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar los bienes ajenos, sin alterar su forma ni sustancia, y en el que ostenta el título de propiedad es el nudo propietario y el que la - disfruta es el usufructuario, la usucapio, puede producirse reuniendo los de- más requisitos, pero solo como medio de adquirir o ratificar el derecho real - de usufructo. (Arts. 980 y 981 C. C. D. F.)

b).- El uso que constituye un derecho para percibir frutos de una cosa ajena, suficientes para las necesidades del usuario y de su familia (Art. 1049); y la habitación que es el derecho de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las pie- zas necesarias para sí y para las personas de su familia (Art. 1050), la ley - no especifica que puedan adquirirse por prescripción, sin embargo, podría ad- mitirse esta posibilidad, puesto que el ordenamiento Civil dispone, que las - mismas reglas del usufructo serán aplicables al uso y a la habitación.

c).- Las servidumbres que determinan un gravámen real, impuesto sobre un inmue- ble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño (Art. 1057), contem- pla un requisito más para producirse la prescripción, ya que solo las servidum- bres que son continuas y además aparentes, son las aptas para adquirirse por - prescripción. (Arts. 1113 y 1114 C. C. D. F.).

Partiendo de estas situaciones, podríamos pensar que si nos encontramos - ante una posesión que reúne "casi" todos los requisitos, porque solo conformar se con producir una usucapion que nos permita obtener otros derechos reales - distintos de la propiedad. Pero al referirnos a casi, es porque falta el re- quisito básico de 'concepto de dueño' que es el único que nos permite producir

la usucapion necesaria para adquirir el dominio, por ello concluiremos que en los casos planteados con antelación, en donde existe una posesión derivada, - no es factible que de origen a la usucapio para la adquisición de la propiedad, sino solo permite adquirir o confirmar derechos reales distintos de esta.

Las reglas generales para la usucapion son:

- 1.- Sólo los bienes y obligaciones susceptibles de apropiación son para la — prescripción (Art. 1137).
- 2.- Sólo los que cuentan con capacidad de ejercicio para adquirir el dominio tienen para adquirir la prescripción. Se determina que aquellos que tengan - incapacidad de ejercicio, podrán hacerlo a través de sus representantes legítimos. (Art. 1138 C. C. D. F.).
- 3.- El derecho para prescribir en lo futuro es irrenunciable, solo puede re— nunciarse la prescripción ya consumada o el tiempo transcurrido (Art. 1141).

Los términos para prescribir son los siguientes:

"... Art. 1152.- Los bienes inmuebles se prescriben:

- I. En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fé, pacífica, continua y públicamente;
- II. En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión;
- III. En diez años, cuando se poseen de mala fé, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública;
- IV. Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las - reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.-Art. 1153.- Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fé, pacífica y continuamente. Faltando la buena fé, se prescribirán en cinco años.-Art. 1154.- Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de diez años para los inmuebles y cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.-Art. 1155.- La posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fé ..."

Como podrá denotarse, a pesar de que el legislador admite el caso de que la posesión sea adquirida por violencia o a través de un hecho delictuoso, — para que opere la prescripción es necesario que bien cese la violencia, o que dado extinguida la pena, o se haya presentado la prescripción de acciones penal y procesal penal y entonces a partir de esa situación contará la fecha para la prescripción adquisitiva, que en caso de tratarse de un delito, se tendrá como posesión de mala fé a cuyo caso el tiempo se aumentará.

En cuanto a la suspensión de la prescripción se establece:

"... Art. 1165.- La prescripción puede comenzar y correr contra cualquiera — persona, salvo las siguientes restricciones.—Art. 1166.- La prescripción no — puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de — exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción.— Art. 1167.- La prescripción no puede comenzar ni correr: I.- Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la — ley; II.- Entre los consortes; III.- Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela; IV.- Entre copropietarios o coposeedores, respecto del bien común; V.- Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público; VI.- Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal.— Art. 1168 La prescripción se interrumpe: I.- Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; II.- Por demanda u otro — cualquiera género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso. Se considerará la prescripción como no interrumpida por la — interpelación judicial si el actor desistiese de ella o fuese desestimada su demanda; III.- Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe. Empezará a contarse el nuevo término de la prescripción, en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día en que se haga; si se renueva el documento, desde la fecha del — nuevo título, y si se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido ... Art. 1175.- El efecto de la inter— rrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella ..."

Para el cómputo del tiempo en la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, excepto casos excepcionales, específicamente determinados en la ley. Los meses se regularán por el número de días que les corresponda

y cuando se cuente por días se entenderán veinticuatro horas naturales; el día que comienza la prescripción se cuenta siempre entero (Arts. 1176 al 1180 del C. C. D. F.).

Respecto a la inscripción de la posesión, la ley dispone que puede registrarse tanto en su principio, como durante el tiempo necesario para prescribir, o una vez consumado el plazo de prescripción presentado por tanto dos situaciones:

a).- La inscripción antes de que transcurra el tiempo de prescripción; es decir se posee un inmueble, por lo tanto, además de cumplir con los requisitos necesarios para la prescripción, para solicitar la inscripción de la posesión será necesario que ese inmueble no aparezca inscrito a favor de determinada persona; justificar a través de una información testimonial de tres testigos, denominada información Ad Perpetuam, la posesión perfecta; además de dársele publicación en los periódicos que determine el juez, pues esto puede dar pauta, de que enterándose un tercero se oponga ya sea a que se ordene la inscripción, o bien a que se lleve a cabo el registro correspondiente, o si la oposición se presenta después de haber hecho la inscripción para que se haga una anotación marginal en la que se da conocimiento de la oposición (Art. 3049 del C. C. D. F.).

Asimismo, transcurridos los cinco años para los poseedores de buena fé — precisado en la ley para la posesión inscrita, el efecto será precisamente que el juez declare que el poseedor se ha convertido en propietario.

b).- Una segunda situación se presenta cuando se hace la inscripción de la posesión una vez transcurrido el tiempo para prescribir, observándose dos casos diversos:

Primero; que el bien aparezca inscrito en el Registro Público de la Propiedad a favor de determinada persona, por lo que cabría a través de un juicio ordinario justificar que se ha poseído con todos los requisitos legales, a efecto de declarar al poseedor, propietario y por consiguiente la cancelación de inscripción de la propiedad anterior, y el registro del dominio a favor del poseedor (Art. 1156 C. C.).

Segundo; resulta el más favorable, pues el bien no aparece inscrito, y para hacer la inscripción, se hará a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se comprobará por medio del certificado del Registro Públi

co de la Propiedad que el bien no se encuentra inscrito, y con la información testimonial la comprobación de que se ha poseído con todos los requisitos legales (Arts. 927 al 931 del C. P. C. D. F.).

Uno más de los efectos de la posesión que se produce, es la adquisición de frutos. Los frutos son todo lo que una cosa produce en intervalos periódicos, sin disminución de su propia substancia. Existen dos clases de frutos: Primero, los frutos naturales, que comprenden las cosechas de cualquier especie producidos por la tierra; y, segundo; los frutos en dinero o civiles, que comprenden las pensiones por alquiler de las cosas y tierras (343).

En principio, los frutos producidos por una cosa, pertenecen a su propietario, o a quien éste haya concedido el derecho de gozarlos, como es el caso del usufructuario. No obstante, nuestra legislación establece una excepción a la regla, y que se refiere a aquél poseedor que haya adquirido con título traslativo de dominio y de buena fé el cual también tiene derecho a la adquisición de frutos, por tanto, no implica la existencia de la propiedad, o de algún otro derecho para percibir los frutos, pero es conveniente resaltar que para la obtención de esos frutos, se requiere de un título objetivo o subjetivamente válido, lo cual debemos interpretar no como un título que designe reconocimiento de propiedad, pues en este caso no estaríamos frente a la excepción, sino a la generalidad, porque lo que impone el legislador para que el poseedor haga suyos los frutos, es la existencia de un acto jurídico válido, traslativo de dominio, por el cual se adquirió la posesión y por ende capaz de adquirir con posterioridad la propiedad.

Es indispensable igualmente la existencia de la buena fé del poseedor, pues comúnmente si el poseedor no se ha convertido en propietario, es porque bien su título es deficiente, o se encuentra viciado. En consecuencia el poseedor hará suyos los frutos, siempre y cuando haya adquirido la posesión por virtud de un acto jurídico traslativo de dominio, válido legalmente, y con la presunción de la inexistencia de vicios, pero en caso de existir éstos, es menester que el poseedor los ignore, en cuya situación el poseedor tendrá derecho a todos los frutos de la cosa, en tanto su buena fé no sea interrumpida (Art. 810 primer párrafo). La ley determina que es interrumpida la buena fé cuando por cualquier acto lleve al conocimiento del poseedor con justo título la insuficiencia de éste para transmitir el dominio.

Del artículo 810 del C. C. D. F. que permite al poseedor de buena fé y -

título traslativo de dominio adquirir los frutos se presentan dos excepciones: a).- Cuando hay nulidad del título; y b).- En el caso de resolución y rescisión del título o acto jurídico que haya originado la posesión. Del primer caso, y considerando las sanciones para los actos inválidos, diremos: Si la nulidad se caracteriza por tener efectos retroactivos, reponiendo las cosas al estado primitivo, y el acto jurídico por el que se adquirió la posesión resulta viciado, por tanto será nulo, por ello si la acción de nulidad se verifica, el poseedor de buena fé será sancionado a la restitución de la cosa con sus frutos. Sin embargo, cabría distinguir como operaría las dos nulidades, pues si estamos hablando de la existencia de una nulidad absoluta, presuponemos la existencia de un acto ilícito, por tanto el acto además de estar viciado, advierte la mala fé del poseedor. La nulidad relativa, aplicada a la capacidad y a los vicios de la voluntad Rafael Rojina Villegas los comenta de la siguiente manera: Cuando se demuestre que el poseedor tenía conocimiento de la incapacidad del que celebró el acto jurídico, además de la nulidad, habrá mala fé del poseedor, pero si se verifica una situación donde no es posible percibir esa incapacidad, estaremos ante una buena fé. Sin embargo, en ambos casos cuando se declare la nulidad relativa se deberán restituir los frutos. En cuanto a los vicios de la voluntad, el dolo, la violencia y la lesión, hacen presumir la existencia de mala fé en el autor de esos vicios, operando los mismos efectos señalados con antelación. Puede asimismo existir tanto error de hecho, como de derecho en el poseedor, pero independientemente de ello, cuando el acto sea declarado nulo tanto el poseedor de buena fé o mala fé deberán restituir los frutos, lo único que varía es con respecto a algunos de los derechos.

De la segunda situación, ésta se da cuando se presenta una resolución del acto por cumplimiento de una condición resolutoria, o por rescisión en el contrato, por incumplimiento.

En el primer caso, como la condición resolutoria, el acto comienza a surtir sus efectos como si no existiera condición, pero estipula que cuando ésta se realice, el acto quedará resuelto, es decir, extinguido y sus efectos destruidos retroactivamente (Art. 1940 C. C. D. F.). En consecuencia, para el caso de una posesión sujeta a condición resolutoria, deberá restituir el poseedor la cosa y sus frutos, a pesar de su buena fé, cuando dicha modalidad se realice. Respecto del segundo caso, se da cuando el poseedor no cumple con el contrato que celebró, por lo que operará la rescisión y deberá asimismo restituir los frutos (344).

Otra excepción a la generalidad, se presenta con el llamado "provecho de los puestos en posesión de los ausentes", esto es, cuando se declara la ausencia de una persona legalmente, la ley concede a determinada persona la posesión provisional de los bienes, originándose dos acontecimientos:

a).- Si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de declarada la presunción de muerte, se le restituirán sus bienes, pero el que tuvo la posesión provisional, tendrá los frutos industriales, que hayan hecho producir esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles. (Art. 697 C.C.D.F.).

b).- Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, después de que se otorgue la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los enajenados, o los que se hubiesen adquirido por el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos. (Art. 708 C. C. D. F.).

Otros efectos que origina la posesión en sí misma y que Ernesto Gutiérrez y González denomina "efectos pro suo" son los siguientes:

I.- La presunción de la propiedad fundada en la posesión.- Comentamos con anterioridad que la mayoría de los casos, en la posesión, el poder de hecho coincide con la existencia de un derecho, por consiguiente se presume que el poseedor es titular de un derecho, y como este se trata casi siempre de un derecho de propiedad, es por ello que se crea una presunción de propiedad en beneficio del poseedor. Consagrado en el artículo 798 que dice: "... La posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario, pero si es poseedor de buena fé, tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído ..."

En consecuencia, la ley específica que la presunción de propiedad solo es admisible en una posesión originaria o a nombre propio ya que cuando se posea por virtud de un derecho personal o real distinto de la propiedad no habrá tal presunción.

II.- La posesión de un inmueble da la presunción de poseer los muebles en él contenidos. Contemplado en el artículo 802 que dice "... La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él ..."

III.- Se presume que quien posee hoy y acredita que poseyó antier poseyó ayer,

mientras no se pruebe lo contrario, determinado en el artículo 801 "... El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior, tiene a su favor la presunción de haber poseído en el intermedio ..."

Todas estas presunciones, son Juris Tantum, y aunque la ley no especifica, esta circunstancia es de advertirse que así debe ser, pues ello significa que la presunción es tal, mientras no se pruebe lo contrario, porque aquél que tenga interés en ello, tiene que probar que no existe dicha presunción, el que quiera destruir, tiene que probar.

Una última presunción que no comentan muchos autores es la presunción de buena fé al respecto. Dino establecía "La buena fé se presume siempre, si no se prueba la existencia de la mala". Presunción determinada en el Ordenamiento Civil en el Artículo 807 ya citado.

Solo nos restaría comentar respecto de la protección que le otorga la ley a la posesión. Esta cuenta con tres clases de acciones:

- a).- La acción plenaria, que solo puede ejercitarse por un poseedor originario, o aquél poseedor que haya adquirido a justo título y buena fé;
- b).- Las acciones posesorias o interdictos que pueden ser ejercidos tanto por poseedores de hecho a nombre propio, como derivados;
- c).- La acción reivindicatoria, que si bien es cierto, esta acción solo le concierne al propietario y no al poseedor, como es una acción mediante la cual se obtiene la posesión material de la cosa cuando no se tiene, es conveniente incluirla en este apartado.

Respecto de la acción plenaria, también denominada publiciana Eduardo Pallares comenta "... Las acciones plenarias de posesión tienen por objeto restituir la posesión definitiva del inmueble, y en ellas se discute la calidad de la posesión, si es buena o mala, si está amparada por un título traslativo de dominio, su mayor o menor duración ..." (345).

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece: - "... Art. 9.- Al adquirente con justo título y de buena fé le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y acciones en los términos del artículo 4º, el poseedor de mala fé, o el que - teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No

procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño ..."

En consecuencia, no procederá la acción publiciana en los casos de simple perturbación de la propiedad.

Asimismo, debemos resaltar el hecho de que esta acción solo la puede ejercer aquel poseedor que contenga un justo título (concepto de dueño) y buena fé excluyéndose aquella posesión obtenida por virtud de un acto ilícito o mala fé. Sin embargo, como esta acción solo es susceptible para la posesión que no ha prescrito, porque de haberse configurado ésta, en todo caso la acción que debería ejercitarse es la acción reivindicatoria, puesto que ya se es propietario de la cosa, y como la usucapion puede obtenerse tanto de buena como de mala fé e incluso por delito, parece determinarse una aberración jurídica, puesto que aquel poseedor que esté en vías de prescribir legalmente con el término máximo que establece la ley, como consecuencia de su mala fé, carecería de esta defensa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide con el ordenamiento — Procesal Civil al establecer que; "... La acción plenaria de posesión o publiciana, compete al adquirente de buena fé que no está en posesión de la cosa — que tiene derecho a poseer con justo título aunque no lo acredite como propietario; se da contra quien posee con menor derecho y tiene la finalidad de obtener la restitución de la cosa con sus frutos y accesorios. Consecuentemente el actor deberá probar los siguientes elementos: 1.- Que tiene justo título para poseer. 2.- Que es de buena fé. 3.- Que el demandado posee el bien a que se refiere el título. 4.- Que es mejor el derecho del actor para poseer que el que alega el demandado. Para este efecto, el juzgador debe examinar — cuál de los títulos invocados por las partes es mejor para acreditar el derecho a la posesión civil ..."(346).

Retomando lo expuesto, diremos que esta acción no procederá en contra del dueño de la cosa; contra aquél que tiene su título registrado, tratándose de inmuebles si el actor no lo está; contra el que tiene un título de mayor calidad, ha poseído la cosa por más tiempo que el actor; cuando tanto la posesión del actor como del demandado son dudosas; cuando los dos títulos están registrados, triunfa la anterior.

Esta acción procede tanto para bienes muebles, como inmuebles, puesto que el artículo 9 antes transcrito, no limita esta acción a los inmuebles. No obs

- tante el Código Civil se refiere más bien a inmuebles al determinar que es mejor la posesión amparada con título, y tratando de inmuebles los que están registrados.

Respecto de esta situación la doctrina determina tres hipótesis relevantes a saber:

a).- Cuando ambas partes tienen título, situación prevista en el artículo 9 del C.P.C.D.F. mismo del que se desprenden dos circunstancias:

1.- Cuando las partes tienen título de buena fe, procede lo dispuesto en el artículo 803 del C.C.D.F. que en igualdad de circunstancias triunfa la más antigua.

2.- Ambas tienen título pero el actor tiene de buena fe, y el demandado mala fe siendo mejor la del actor.

3.- Un tercer caso no previsto en el ordenamiento adjetivo, es aquel en que ambas partes tienen título, pero de mala fe, del cual se determina que la acción no prospera, porque falta el requisito indispensable para su procedencia, es decir, la buena fe que especifica el legislador, que se resolverá a través de las pruebas que se aporten durante el juicio.

b).- Solo una de las partes tiene título, de la regla de que es mejor la posesión amparada con título, pero según lo que dispone el referido artículo 9, solo se admite que el actor tenga título y el demandado no, puesto que este constituiría otro requisito para su procedencia.

c).- Ninguna de las partes tiene título, esta situación queda resuelta aplicando lo que dispone el artículo 803 del C.C. D.F. que dice "...Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer. Es mejor la posesión que se funda en título, y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua. Si las posesiones fueren dudosas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se resuelva a quién pertenece la posesión..."

Referente a la protección de la posesión a través del ejercicio de interdictos, cabe aclarar que estos se refieren a bienes inmuebles y protegen tanto la posesión originaria o a nombre propio, como la derivada.

La palabra interdicto se forma con los vocablos latinos "inter" que significa mientras y "decere" decir lo que se traduce en "mientras se dice", "mientras se resuelve. Por tanto, con ellos no se juzga la posesión definitiva, ni la calidad de la posesión, para saber quién tiene mejor derecho, sino solo se protege la posesión provisional. Es mantener un estado determinado de posesión, contra aquél

que la perturbe, despoje o amenace, por la ejecución de obras que puedan dañarla, prescindiendo del mejor derecho para poseer que pueda existir entre el actor y el demandado.

Existen diversas maneras de proteger a la posesión a través de los interdictos y son los que establece el Código de Procedimientos Civiles en la siguiente manera:

1.- Interdicto de retener la posesión "...Art.16. Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de esta acción es poner término a la perturbación indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o — arresto para el caso de reincidencia. La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza,clandestinamente o a ruegos..."

2.- Interdicto de recuperar la posesión "...Art. 17. El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y — le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado— el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y — contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia..."

3.- Interdicto de obra nueva. "...Art. 19. Al poseedor de predio o derecho real — sobre él compete la acción para suspender la conclusión de una obra perjudicial — a sus poseedores, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra nueva se construye en bienes de uso común. Se da contra quien la mando construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye. Para los efectos de esta acción por obra nueva, se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo— añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta. El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las —

- cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público..."

4.-Interdicto de obra peligrosa. "...Art. 20.- La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruína o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrezca el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso. El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor..."

Por último nos queda, comentar la acción reivindicatoria, está es ejercida por una persona que reclama la restitucion de una cosa de la que se pretende propietario se funda, pues, en la existencia del derecho de propiedad y tiene por finalidad la obtención de la posesión. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla esta acción en los siguientes artículos; "...Art. 4. La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil...Art. 8. No pueden reivindicarse las cosas que están fuera del comercio; los géneros no determinados al entablar se la demanda; las cosas unidas a otras por vía de accesión, según lo dispuesto por el Código Civil, ni las cosas muebles pérdidas o robadas que un tercero ha adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó. Se presume que no hay buena fe si de la pérdida o robo se dio aviso público y oportunamente..."

Por consiguiente los elementos de procedencia de la acción reivindicatoria son:

- 1.- Que el actor acredite ser el propietario de la cosa que desea reivindicar.
- 2.- Que la cosa que se pretenda reivindicar la posea el demandado.

3.- Acreditar la identidad de la cosa.

Sus efectos de esta acción son;

- A). Declarativo.- Mediante este efecto se declara el derecho real de propiedad.
- B). Condenatorio.- Que la cosa sea devuelta con sus frutos y sus accesiones.

En principio todas las cosas materiales pueden ser reivindicadas ya sea muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, pero del artículo 8 ya transcrito se desprenden las siguientes excepciones:

- a). Los bienes fuera del comercio.
- b). Los géneros no determinados al entablarse la demanda.
- c). Las cosas unidas a otras por vía de accesión
- d). Las cosas muebles pérdidas o robadas
- e). La moneda y los títulos al portador no pueden reivindicarse del que los adquirió de buena fe, aún cuando el poseedor haya sido desposeído contra su voluntad. (Art. 800 del C.C.D.F.).

Habiendo estudiado las principales figuras jurídicas que permiten la transmisión de una cosa o derecho, nos resta conjugar los campos Penal y Civil en la hipótesis esencial del trabajo, para determinar sus causas y efectos, objetivo- que realizaremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

3. CAUSAS Y EFECTOS DE LA TRANSMISION DE COSA AJENA QUE GENERAN DELITOS

3.1. La conducta y consentimiento
su significacion en el ámbito
penal y civil

3.2. El objeto y su significacion
en el ambito penal y civil

3.2.1. El objeto juridico del delito en relación
al objeto directo en los actos
o hechos juridicos

3.2.2. Objeto material en su interpretacion
Penal y civil

3.1.- LA CONDUCTA Y CONSENTIMIENTO, SU SIGNIFICACION EN EL AMBITO PENAL Y CIVIL.

El estudio que realizaremos dentro de este capítulo, parte esencial del trabajo, lo proyectamos en un análisis comparativo del campo Penal y Civil, dentro de sus presupuestos delito y acto o hecho lícito, a fin de determinar diferencias - y semejanzas, debiendo aclarar que el análisis desarrollado hasta ahora nos lleva a establecer una hipótesis primaria que manejamos como principal, consistente en afirmar que el Derecho Penal opera en el punto central de nuestro estudio, como refuerzo de algunas de las figuras civilistas y por ello, frecuentemente se vislumbra como una parte complementaria del campo Civil o a la inversa, el campo Civil se ve como generador de delitos que se separan de la situación del campo que los originó.

Pensamos que la esencia de la radical diferencia entre los campos que estudiamos, se engendra en el actuar del hombre reconocido en el Derecho Penal y el Civil creando cada campo su propia terminología jurídica, de tal manera que respectivamente lo denominan conducta y consentimiento.

A partir de la distinta terminología, se van creando los requisitos esenciales que identifican este actuar del hombre, mismos que van estableciendo semejanzas y diferencias; Así vemos que en el campo del Derecho Penal y específicamente refiriéndonos a los delitos motivo de nuestro estudio, la conducta se ve representada en los tipos con un dolo que en algunos casos se presenta en su doble aspecto: genérico y específico, lo que significa que el actuar a que nos venimos refiriendo siempre es intencionado.

Respecto de esta situación podemos observar en aquéllas que el Derecho Civil comprende con relación al tema que abordamos, aplica el consentimiento con sus características propias que derivan indudablemente en un actuar intencionado, lo que significa que en este punto el Derecho Civil y el Penal coinciden en un actuar consciente y dirigido, pero no obstante esto, existe una diferencia, si tomamos en cuenta que desde el punto de vista civilista el consentimiento, por sus características, siempre es positivo, y en algunas ocasiones puede encontrarse viciado. El Derecho Penal concibe la conducta en un doble sentido positivo o negativo, situación que observamos en los delitos que estudiamos, pues según hemos concluido el robo, abuso de confianza, peculado y fraude específico contemplan una conducta positiva, mientras que el fraude genérico y el encubrimiento, tienen una doble posibilidad, abarcando tanto la conducta positiva, como la negativa.

Los razonamientos anteriores nos llevan al punto esencial de nuestra hipótesis secundaria, en la que afirmamos que el doble efecto del actuar: conducta - consentimiento, es la radical diferencia Penal- Civil; ya que la conducta desde el momento de su concepción dentro del tipo delictivo es esencialmente anti-jurídica, pues desde la descripción que da el legislador, la concibe como violadora del patrimonio; por ello estas conductas se clasifican como hechos ilícitos, sin posibilidad de vislumbrarse dentro del campo de la juridicidad pues perderían su carácter de delito y en consecuencia solo se les puede identificar a través de la tipicidad, independientemente del tipo o tipos que pudieran tener contacto con la conducta. El consentimiento por lo general vive en el campo de lo jurídico y se encuentra comprendido en el gran mundo de los hechos o actos jurídicos, que generan a los sujetos que intervienen derechos y obligaciones recíprocos y en este punto encontramos una nueva situación que nos demuestra, como venimos sosteniendo, que aquí reside la diferencia primordial, pues es fácil darse cuenta que el campo Civil en este punto, observa a los derechos y obligaciones como fuentes del Derecho, mientras que al producirse, en el campo Penal, la conducta genera una responsabilidad civil, que se convierte en fuente de derechos y obligaciones, en un sentido inverso.

Ahora bien, retomando una de tantas afirmaciones contenidas en éste último capítulo y precisamente al inicio de este estudio, en donde se sostiene que realmente el Derecho Penal es un refuerzo de algunas de las figuras jurídicas que maneja el Derecho Civil, si tomamos en cuenta que el consentimiento por regla general está en el campo de lo jurídico, pero en ocasiones puede variar esta situación; cuando se presenta el error en la naturaleza del contrato; por problemas de identidad en el objeto y en los actos simulados; o incluso cuando el consentimiento se ve afectado por alguno de los vicios de la voluntad, como lo son: el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión, encontramos que estas situaciones provocan que el consentimiento salga de su esfera normal y con ello pueda caer en el campo de los hechos ilícitos, dando la posibilidad de plantearse hipótesis en la siguiente forma: Civil; Civil- Penal; o Penal; que se presentan: en la primera, como inexistencia o nulidades; en la segunda, estas formas coinciden con el delito; o por último, que esto se vea en su apariencia únicamente previsto como delito.

Tal conclusión nos lleva a las siguientes meditaciones: Particularmente en la primera hipótesis, cuando el consentimiento se ve alterado por error sobre la naturaleza del contrato o sobre el objeto, estaremos ante un problema jurídico de inexistencia, puesto que al recibir un objeto creyendo que fue entregado, por ejemplo en venta y no en donación, o recibir un objeto que no corresponde a la realidad establecida, determina una situación de desviación en el consentimiento que no se ve afectado por la mala intención de ninguna de las partes y conse-

- cuentamente no puede verse como dolo Penal que propiciaría la existencia de un delito . Por otra parte en relación a la segunda alternativa, los actos simulados, nos muestran una situación peculiar y por ello distinta a la previamente establecida, en principio nos ubicamos en el campo Civil, puesto que es patente que el consentimiento se ve alterado por actividades realizadas de común acuerdo, por aquellos que intervienen en el acto o hecho jurídico que en su existencia van preparando paso a paso la representación de una realidad falsa - y con ello entramos nuevamente a la inexistencia de ese acto o hecho jurídico; tal situación además debe analizarse a la luz del Derecho Penal, porque la simulación no se detiene en el simple consentimiento sino por el contrario se - desborda y genera un dolo Penal que puede ser simplemente genérico o específico o ambos, constitutivos de un delito. Por último, el consentimiento puede darse de tal manera que mantenga la licitud Civil del acto o hecho jurídico que genera independientemente la existencia de una conducta dolosa Penal en cualquiera de las formas de esta última; y consecuentemente, la situación reflejaría un hecho ilícito solo atendible en el campo Penal, en especial en los delitos de fraude genérico o específico, subsistiendo dentro del Derecho Civil el consentimiento como generador de actos o hechos lícitos que convalidan el primero que los ha - generado, desde luego esta situación solamente es concebible cuando dentro del consentimiento existen actos simulados.

Además de las circunstancias marcadas dentro del acto o hecho jurídico y en relación con el consentimiento, puede alojarse alguno de sus vicios antes mencionados, casos en los cuales desde el punto de vista Civilista tendríamos una nulidad relativa.

Dentro de estos casos que venimos mencionando tenemos el dolo, que interviene - afectando al consentimiento dentro del acto o hecho jurídico, al valerse de situaciones que aparentan una realidad solo comprensible para el que la está - planteando y el que la está aceptando, por esto el dolo civil en ocasiones puede generar el dolo penal en cualquiera de sus aspectos, puesto que éste se - presenta con una intención malébola de aparentar algo que puede ser aceptado - por aquél que considera real la conducta, cuando en verdad no existe esta situación; tales actitudes se alojan en el hecho o acto jurídico como previamente - comentamos, nos llevan en el campo Civil a la nulidad relativa, lo que no obsta para dar posibilidad al campo Penal y precisamente con relación a los delitos - analizados, se podrían configurar; el fraude genérico en su conducta positiva - y el fraude específico, dependiendo de las circunstancias que rodean la conducta emitida en las condiciones señaladas.

Por su parte la mala fe, como vicio del consentimiento se produce cuando se admite sin objetar o aclarar una situación errónea de la que se tiene conciencia -

provocando que el consentimiento se vea afectado de tal manera que determina una nulidad relativa, que como en el caso anterior permite la configuración de un dolo penal genérico o específico que lleva a una conducta negativa establecida en el fraude genérico o en el específico.

La violencia como otro vicio del consentimiento, dentro de sus lineamientos, especifica una actividad concomitante de agresión física empleada como medio para obtener el consentimiento, a fin de evitar la secuencia de esta actividad; es por ello que el consentimiento producido bajo estas circunstancias provoca una nulidad relativa en el acto o hecho lícito, sin detener sus consecuencias en él, sino por el contrario ocasiona la existencia de un dolo penal genérico de acuerdo con la conducta delictuosa que se tipifique, tomando en cuenta las circunstancias que lo rodean. Debemos aclarar que nuestro análisis nos ubica en la esfera de delitos que no han sido motivo de estudio en este trabajo como lo pueden ser: las amenazas, lesiones, o en general delitos contra la integridad y seguridad de las personas.

La lesión por su parte, como último de los vicios de la voluntad y por sus características propias de: suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, presenta una configuración especial; por un lado la suma ignorancia y notoria inexperiencia producen un consentimiento viciado, permitiendo una desproporción entre las partes, originando con ello una sanción Civil de nulidad relativa; Pero además al valerse de estas circunstancias una de las partes para obtener una prestación a su favor y en detrimento de la otra, existe una conducta Penal dolosa, que de acuerdo con las características que la envuelven pueden dar pauta a su tipificación entrando con ello en el ámbito Penal, específicamente en el fraude genérico en el aspecto de la conducta negativa. No así en la extrema miseria, porque en este caso, la parte da su consentimiento consciente de que está pactando en condiciones desfavorables que le traeran como consecuencia un daño patrimonial, así Civilmente habrá una desproporción de las prestaciones, sancionada con nulidad relativa, pero ello no da la posibilidad de presenciar alguno de los tipos que manejamos, porque en cuanto al fraude, se requiere de una conducta engañosa o bien aprovechamiento del error para configurarse la conducta delictuosa, por tanto en esta situación la lesión solo tiene cabida en el campo Civil.

El análisis anterior, nos lleva a las siguientes meditaciones:

El consentimiento Civil, así como la conducta Penal se basan en procesos de voluntad.

Dentro del campo Civil, estos procesos de voluntad se realizan inevitablemente -

por más de una persona y adquieren la característica de uniformidad respecto de lo que deciden; es por ello que fundamentan hechos o actos lícitos.

En el campo Penal los procesos de referencia y de acuerdo con los tipos delictivos comprenden dos clases de procesos de voluntad contrarios que de acuerdo con la teoría pueden ubicarse en forma singular o plural; previniendo de los sujetos activo o pasivo, Desde el punto de vista del activo y teniendo en cuenta la participación, vemos como es posible hablar de pluralidad de sujetos y de acuerdo con los procesos de voluntad, estos siempre se ven vinculados con el consentimiento que se afecta por sus vicios o aquél que por sus condiciones no puede considerarse como realizado y, por tanto, ellos tienen la panocrámica verdadera de las situaciones que proyectan al mundo exterior en forma distinta, que comprende falacias dentro de las diversas facetas previamente analizadas. El sujeto pasivo, entendido en la dinámica del delito, recibe el nombre de ofendido y consecuentemente podemos referirnos a él como: la sociedad, y el particular; respecto de éste último podemos clasificarlo como: directo o indirecto, dependiendo de como se reciba el daño; en consecuencia el proceso de voluntad se ubica específicamente en el ofendido directo, este es sumamente limitado y por ello desproporcionado en relación a lo que pudiera realizar el sujeto activo o los sujetos activos, limitándose a aceptar las falacias como ciertas y a recibir como resultado la disminución o la supresión en su patrimonio.

Por último debemos enfatizar que los procesos de voluntad tanto en el campo Civil como en el Penal se puede presentar en sentido positivo (de acción) o negativo (de omisión) que previamente se ha ido delimitando.

3.2.- EL OBJETO, SU SIGNIFICACION EN EL AMBITO PENAL Y CIVIL.

Habiendo quedado plasmada la idea de conducta y consentimiento, siguiendo con la comprobación de nuestra hipótesis fundamental, es conveniente enfatizar las diferencias o concordancias entre el objeto jurídico de todo acto o hecho jurídico y el del ambito Penal.

En el campo Penal como en el Civil, el objeto se desgloza en dos: Así tenemos que al respecto el ambito Penal lo ve como: a) objeto jurídico del delito, constituyendo el bien jurídico protegido por la norma y ; b). el objeto material, establecido por la persona o cosa (muebles o inmuebles), sobre la que recae el daño o peligro y, dentro de éste, cada tipo delictivo especifica el objeto material que protege.

Por su parte, el Derecho Civil determina que el objeto puede ser:

- a). el directo, que es la creación y transmisión de derechos y obligaciones; y
- b). el indirecto constituido por la cosa sobre la que recae el acto o hecho jurídico y puede tratarse de muebles, inmuebles o derechos, y el precio.

3.2.1.- OBJETO JURIDICO DEL DELITO EN RELACION CON EL OBJETO DIRECTO DE LOS ACTOS O HECHOS JURIDICOS.

En el capítulo primero vislumbramos aquellos delitos que pudiesen presentarse - en la hipótesis manejada, de ello resultó: en todos el bien jurídico protegido - es el patrimonio, ahora es conveniente delimitar el alcance de este concepto pues - a pesar de tener su base en el Derecho Civil, no es esta la idea o interpretación dada al objeto jurídico que protege el Derecho Penal, pues sí bien es - cierto en los delitos contra el patrimonio están en constante juego las disposiciones civiles sobre las cosas que rigen los derechos y obligaciones, ello no significa, que las sanciones del Código Penal se limiten a proteger las instituciones configuradas por el Derecho Civil confiriéndole a cada una de las referidas al patrimonio, según venimos comprobando, un refuerzo Penal; de manera que - deba decirse que el objeto jurídico de los distintos delitos contra el patrimonio son la integridad de las instituciones que conforman el Derecho Civil; aunque acertadamente ambas ramas del Derecho son protectoras y vigilan el patrimonio, sus finalidades son distintas: por una parte la ley Penal no busca el cumplimiento de obligaciones y derechos de las partes, sino en general la represión de los delitos, la que debe llevarse a cabo, y desde luego en un momento dado, - pueda servirse en la medida que considere conveniente, de las instituciones o - conceptos de Derecho Civil; pero ello no significa que tenga el mismo alcance, y tan es así, que incluso no todo daño al patrimonio ajeno da lugar a la infracción punible, en este aspecto la ilicitud Civil-Penal no son equivalentes.

Sin embargo, debemos observar que el término patrimonio en su sentido Civil o - Penal, nos muestran un gran campo de semejanzas que nos llevan a meditar, pues - refiriéndonos a estas, el patrimonio recoge situaciones de Derecho que derivan - de cosas y que inevitablemente se reflejan en el ámbito económico; así vemos, como en el campo Civil, aparecen dentro del patrimonio objetos muebles o inmuebles - y derechos y cada uno de estos son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista económico; mientras que en el campo Penal, solamente se considera existente el delito cuando la conducta ha afectado al patrimonio, por reflejar un - lucro indebido en detrimento de un patrimonio ajeno. Respecto de esta situación observamos un punto de contacto más, tanto el Derecho Civil como el Penal conciben que dentro del patrimonio podemos encontrar derechos reales o personales. Desglosando dentro de los derechos reales, encontramos como principales figuras jurídicas: a la propiedad y a la posesión, que por ser protegidas de diversa manera en los campos Civil y Penal, es objeto de comentario. Civilmente interesa la verdad formal, los derechos, de ahí que la protección se extiende a la propiedad, contemplando a la posesión con un mínimo de acciones - posesorias.

En cambio en el Derecho Penal, su protección es más amplia, busca la verdad histórica, los hechos; no interesa si existe o no propiedad, se extiende a la posesión y aún a la simple tenencia, o a cualquier otro derecho que pueda constituir el activo de una persona.

Tales puntos de contacto podrían llevarnos al erróneo criterio de sostener que la doble visión que planteamos respecto del patrimonio no existe, pero hay un punto que no podemos pasar por alto y este es precisamente la finalidad de la protección que realiza cada uno de los campos en su trayectoria: por una parte, el Derecho Civil, al concebir al patrimonio como el agrupamiento de bienes o derechos que adquieren su denominación, establece su protección en una vigilancia del cumplimiento de derechos y obligaciones que estos generan, a tal grado que sean cumplidos, pues de ello se determina la subsistencia de los sujetos que dependen de él; entonces como su finalidad es hacer operante la subsistencia de sujetos determinados, podríamos establecer que ésta es una finalidad inmediata respecto de la existencia del patrimonio, en el área que comentamos.

A partir de esta idea, nos damos cuenta que el sujeto no puede ser contemplado aisladamente ni aún por el Derecho Civil, puesto que en este punto tendríamos que conectar las finalidades del Derecho y darnos cuenta que éste surge como una necesidad imperiosa de regular las conductas que genera una sociedad, corroborada esta idea con los pensamientos de Hans Kelsen, Alf Ross, Karl Olivecrona que conciben, que el Derecho "...Sólo puede asegurar a cada individuo una esfera de libertad, dentro de la que éste actúe con plena autonomía a condición de reprimir las actividades de los demás individuos que constituyen una interferencia indebida en esta esfera de libertad..." (347). Lo que significa que dentro de una sociedad cada uno de sus integrantes se encuentran en relación con los demás, y esto ocasiona el control de las conductas adecuadas para mantener el orden y la paz social; consecuentemente, surge la necesidad de la represión y sanción de aquellas conductas que transgreden el equilibrio social, aunque éste se realice en forma mediata, como resulta con aquellas actividades que regula el Derecho Civil; tal afirmación la hacemos teniendo en cuenta, que cuando hablamos de la subsistencia de las personas, caemos en la esfera de las normas jurídicas que regulan la familia, pues es ésta precisamente, la que se sostiene del patrimonio y ello nos lleva a comprender que la familia como figura jurídica civilista garantiza la existencia de una sociedad sin inquietudes.

Consecuentemente las finalidades del patrimonio en el campo Civil, se pueden determinar como inmediatas y mediatas. Las primeras comprendidas en la subsistencia de la familia; y las segundas que garantizan la permanencia de la familia como elemento esencial de la paz social.

347.- Citado por Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III. Letra D. UNAM. México - 1983.

Si tomamos en cuenta la finalidad del patrimonio en el campo Penal, nos damos cuenta que se refleja en una vigilancia con dos direcciones que atienden en su esencia las finalidades propias de la dinámica de sus tipos penales y que necesariamente tienen que trascender en forma vinculativa con su rama adjetiva — (aplicación de penas), de ahí que podemos determinar que estas finalidades son:

- a).- Prevenir la realización de conductas que pueden atacar, disminuyendo o acabando con el patrimonio;
- b).- Sancionando a los productores de las conductas que afectan al patrimonio.

Ambas finalidades pueden adquirir la connotación de inmediatas o mediatas— puesto que la prevención y evitación de la comisión del delito traería como consecuencia la comprensión de un fin específico inmediato; sin embargo cuando el Derecho interviene para remediar una conducta realizada mediante la aplicación de una sanción se reúnen los mismos efectos de prevención, en este caso de una posible reincidencia específica o genérica, inclusive como un medio de ejemplaridad para el resto de la sociedad y en este caso estaríamos ante un fin específico mediato.

Estos fines específicos se plantean como integradores del fin general que los engendra y para los alcances de nuestro estudio resulta ser más significativo, precisando que este se ubica como un factor de equilibrio que contiene con el efecto que produce el delito y tranquiliza a la sociedad.

El análisis previo fundamenta la afirmativa de que el patrimonio como objeto jurídico del delito lo presenta como un ente jurídico determinado y por ello existe, siendo motivo de su vigilancia y protección los derechos reales representados por la figura jurídica civilista denominada posesión y aún la simple tenencia. De ahí que podamos determinar que los delitos de robo, fraude específico y genérico y el encubrimiento protegen la posesión; mientras que el abuso de confianza y el peculado, únicamente la tenencia precaria.

El objeto directo decíamos, es la creación y transmisión de derechos y obligaciones, consecuentemente requiere de actos o hechos lícitos y cuando hablamos de actos nos referimos a contratos o convenios que para el efecto de nuestro estudio nos lleva al contrato de compraventa como figura jurídica que crea y transmite derechos y obligaciones a las partes; cuando hablamos de hechos lícitos inevitablemente nos centramos en aquella parte del patrimonio que se refiere a los derechos que a su vez crean y transmiten derechos y obligaciones para aquellos que intervienen en la relación jurídica y que dentro de nuestro análisis ubicamos en la posesión y en la tenencia.

Como puede verse lo que en forma sintética nosotros referimos como actos o hechos lícitos, se encuentran en figuras jurídicas previamente determinadas que al llevarse a cabo por su consistencia constituyen la base de derechos y obligaciones a que se ajustan las partes, estos derechos y obligaciones inevitablemente se relacionan con el patrimonio creándolo o afectándolo, de ahí que nos damos cuenta que las figuras jurídicas civilistas, hacen surgir al patrimonio como lo disminuyen o acrecentan, por ello podemos concluir que el objeto directo es el que determina o especifica el contenido del patrimonio. Siendo motivo de su vigilancia y protección, al igual que en el campo Penal, y entre otros los derechos reales mediante las figuras jurídicas que abarcan el uso, usufructo - habitación, servidumbre, posesión y su integración propiedad; de las que únicamente resultan de interés para nuestro estudio: la posesión y su desintegración en derivada y simple tenencia, así como la propiedad.

Como hemos podido determinar el contrato de compraventa, crea y transmite la propiedad- dominio, respecto de una parte o de la totalidad del patrimonio; la posesión en su doble aspecto: originaria o derivada, así como la simple tenencia, crean y transmiten derechos u obligaciones.

Las dos afirmaciones previas nos llevan, una vez más, a corroborar la hipótesis que planteamos en el capítulo y que ahora recordamos al mencionar que el Derecho Penal es un refuerzo de algunas de las figuras jurídicas civilistas, pues como resulta claro mediante el contrato de compraventa, la tenencia de la cosa para un fin lícito determinado, o la posesión con las características legales propias que genera derechos y obligaciones y que propician la existencia del patrimonio especificándolo en su contenido, mientras que el Derecho Penal vigila que este patrimonio predeterminado subsista en su integración, tratando que las conductas delictuosas no lo afecten; de ahí que se vea una íntima relación con secuela frecuente que origina el Derecho Civil, dando oportunidad al Derecho Penal.

3.2.2.- OBJETO MATERIAL SU INTERPRETACION: PENAL Y CIVIL.

El objeto material, desde el punto de vista Penal se puede ver constituido por cosa mueble o inmueble y personas sobre las que recaé la conducta delictuosa, de tal manera que a través de ella el sujeto pasivo (ofendido) sufre un menoscabo en aquellos bienes que tutela el tipo delictivo de que se trate. Desde el punto de vista de la problemática planteada en este estudio, podemos determinar que el objeto material solo se contiene en cosas: muebles e inmuebles que se ven afectados por la conducta delictuosa y que inevitablemente reflejan un detrimento en el patrimonio; así podemos establecer que el fraude genérico, el específico y el peculado, protegen la parte del patrimonio que representan -

tanto bienes muebles como inmuebles; mientras que el robo, el abuso de confianza y el encubrimiento se refieren unicamente a muebles.

Distinta situación podemos denotar cuando hablamos del objeto material Civilista, reconocido también con el nombre de objeto indirecto que aunque se ve constituido por cosas muebles o inmuebles, está aumentado con derechos y , en cualquiera de sus formas integran el acto de voluntad que se refleja en el consentimiento dentro de los actos o hechos jurídicos, creando y transmitiendo las prestaciones que desean las partes; al adentrarnos a las situaciones que han sido motivo de análisis, observamos que en el contrato de compraventa, el objeto indirecto se sitúa en la cosa y el precio, mientras que cuando hablamos de tenencia y posesión el objeto indirecto se ve en la cosa y los derechos que se generan dentro de la transmisión, que en el primer caso incluso puede ser el dominio o en el segundo, establece posibilidad de uso y disfrute sobre la cosa, definiendo la finalidad lícita.

Tal situación nos lleva a concluir que el objeto material indirecto desde el punto de vista civilista, si bien es cierto tiene presente todo aquello lícito que puede intervenir en relación a la cosa y al precio o derecho, también es verdad que lo hace siempre en beneficio del patrimonio, ya que la transmisión de las cosas que acrecentan o crean el patrimonio, se ven regidos por prestaciones deseadas y recíprocas.

Tomando en cuenta las circunstancias planteadas se hace necesario profundizar respecto de aquellas situaciones en las que el objeto material o indirecto que fundamentan actos o hechos lícitos, se ve rodeado de ilicitud, estableciendo posibilidades al delito, lo que ocasiona que determinemos en qué casos la solución la encontramos meramente Civil, en cuáles ésta además genera en el ámbito Penal; o cuando nos ubicamos en un caso con solución únicamente Penal.

Desde el punto de vista de las cosas, sean muebles o inmuebles, podemos darnos cuenta que en ocasiones se realizan actos o hechos lícitos, sin que se encuentre la cosa legitimada; es decir, la cosa ha sido adquirida por quien la transmite por medio ilícito.

Al referir medios ilícitos, queremos dar a entender un actuar previo, que se establece como presupuesto del hecho o acto lícito, que en su naturaleza es anti-jurídico, que puede presentarse en su aspecto civilista, mediante un acto o hecho aparentemente lícito que contemple cualquiera de los vicios de la voluntad: dolo, mala fe, violencia o lesión; y en el ámbito Penal puede verse alojado entre los delitos que la ley sustantiva denomina : robo, fraude genérico o específico, abuso de confianza, peculado o encubrimiento; tal situación nos lleva a proyectar un acto o hecho aparentemente lícito; en la primera situación y en

- la segunda se establece enfáticamente una conducta ilícita pero en ambos casos, las circunstancias marcadas pueden ser base de actos o hechos lícitos que llevan en su realización una serie de prestaciones recíprocas, que se ven afectadas por la ilicitud que presenta la adquisición de la cosa.

Así pues, si un objeto con las características que hemos mencionado forma parte del consentimiento que da base al acto jurídico determinado como contrato de compraventa o hecho jurídico que comprenda tenencia o posesión, reflejaría - las causas y efectos, a saber:

Las causas se generan en base a la ilicitud y con relación a la disposición de la cosa y nos lleva a situar al acto o hecho lícito en diferentes niveles de legalidad que pueden ser violados, así podemos decir que la cosa se puede; tenerse en posesión, de hecho o de derecho; o puede originar la propiedad. Lo que frente a la situación Penal nos lleva a reducir el campo de la posesión a su nivel de hecho, de buena o mala fe o delictuosa; teniendo en cuenta dentro de ella a la derivada, comprendida en el usufructo, uso, habitación, arrendamiento, comodato y prenda y aún en la tenencia. Cada una de estas causas que al convertirse en ilícitos propician que no se pueda disponer del objeto dentro del campo de los actos o hechos lícitos; de acuerdo con nuestro análisis se ven resumidos de la siguiente manera:

Dentro de los actos lícitos en el contrato de compraventa, que al referir la ilicitud del objeto, la ve como propiedad; mientras que en los hechos lícitos, ubicamos a la posesión en sus diversos conceptos, que generan asimismo múltiples figuras jurídicas, comprendiendo en ello la tenencia. Siguiendo estos lineamientos estudiaremos las causas mencionadas, como productoras de efectos jurídicos que afectan al patrimonio, cuando la cosa se tiene en forma ilícita;

a).- Cuando el vendedor sabe a ciencia cierta que no puede disponer de la cosa - y sin embargo, la emplea para realizar un contrato de compraventa, sin que se - cuente con el conocimiento del comprador; en el ámbito Civil podemos ubicarnos - dentro de un dolo o mala fe, que válidamente admite su solución en la nulidad re - lativa o a través del saneamiento por evicción, pero crea una situación que puede o no permitir la subsistencia de una conducta delictuosa, que podemos definir co - mo: fraude genérico, en su doble aspecto: positivo (engaño); negativo (aprobe - chamamiento del error), o fraude específico.

b).- Cuando tanto el vendedor como el comprador están conscientes de que la cosa que están transmitiendo por medio del contrato de compraventa no es objeto de - disposición y, sin embargo, realizan el acto jurídico; tendremos una situación -

de dolo atribuible a ambas partes contratantes, produciéndose un objeto, motivo o fin ilícitos a resolver dentro de una nulidad absoluta en el campo Civil - y que de igual manera que en el caso anterior, posibilita la existencia de una conducta fraudulenta, que nos da lugar a diverso fraude específico que no fue - motivo de nuestro estudio (Artículo 387 fracción X del C.P.D.F.).

Tales lineamientos civilistas, teniendo en cuenta la adquisición ilícita de la cosa como causa que genera efectos se delimita de la siguiente manera: Cuando hablamos de posesión original de hecho, se fundamenta una prescripción positiva de mala fe, que refiere un objeto adquirido, ilícitamente por medio de hecho - ilícito como lo es la detentación de la cosa de mala fe, o en forma delictuosa por medio de los delitos de robo, fraude genérico en su doble aspecto, o fraude específico, abuso de confianza, peculado o encubrimiento y está situación nos ubica en diversas hipótesis a saber:

Primera;La persona que ha adquirido la cosa ilícitamente y ha provocado un hecho aparentemente lícito; mientras no transcurra el término de la prescripción del - hecho lícito, puede ser afectado por medio de la acción reivindicatoria, que - devolverá la cosa al legítimo propietario dentro del campo Civil; una vez que el tiempo requerido para la prescripción positiva del hecho ha transcurrido, desaparece la apariencia de licitud, convalidándose ampliamente ésta, reconociéndose la detentación lícita de la cosa, no obstante las situaciones proyectadas en el campo Penal llegan a integrar, según los elementos que se demuestren, la existencia de cualquiera de los siguientes delitos:fraude genérico o específico, robo, abuso de confianza, peculado o encubrimiento, que fundamentan el ejercicio de - la acción penal en contra de la persona que, por medio de alguna de estas conductas,haya adquirido la posesión de hecho.

Debe hacerse notar,que en uno u otro caso, cuando no ha prosperado la prescripción positiva de mala fe y sirva de base a un acto lícito, como lo es la compra venta, respecto a quien adquiere por este conducto(comprador), se presenta una doble situación que depende de la voluntad que interviene en el consentimiento; así vemos que si este ignora la ilicitud de la cosa, con claridad se puede hablar de una buena fe, que en su esencia es tan fuerte que convalida el acto jurídico a favor de éste; independientemente nace la posibilidad a la vía Penal, en la que se imputará al que adquirió la cosa ilícitamente, recogiendo los elementos que plantee el tipo penal y que previamente han sido mencionados, mismos que transmitieron a este la cosa en forma ilícita.

Por otra parte,cuando existe acuerdo entre quien transmite y el que adquiere, a fin de aparentar que la cosa transmitida ha sido adquirida legítimamente, presentamos un doble dolo, que da la posibilidad a una doble vía: pues desde el aspecto Civil, se tendrá una nulidad absoluta, dado que el objeto, motivo o fin

son ilícitos,; desde el ámbito Penal se vería la existencia de los elementos - del tipo que contempla el delito de fraude específico previsto, que puede ser imputado a ambas partes y que conlleva la posibilidad del concurso de delito - por localizarse además los elementos de cualquiera de los siguientes: robo, fraude genérico en su doble aspecto o específico, abuso de confianza, peculado o encubrimiento, ya que por cualquiera de estas conductas se puede adquirir la cosa en su primera fase en forma ilícita, así pues la acumulación de delitos - solo se verá en contra de quien se hizo de la cosa ilícitamente y posteriormente por medio de una segunda conducta delictuosa la transmite; lo que justifica la clasificación previa, contenida en el primer capítulo de este trabajo (ver pág. 10), en la que se establece que en orden a la concomitancia se puede concebir el delito en forma sucesiva como sigue:

robo → fraude
abuso de confianza → fraude
peculado → fraude
encubrimiento → fraude

Segunda; Dentro de las situaciones comprendidas en los hechos lícitos, podemos contar con la posesión derivada como medio de conceder el derecho de una cosa, para que sea usada o aprovechada y también existe la tenencia, que permite conceder el derecho de la cosa limitando esta finalidad lícita. Desde el punto de vista de la posesión derivada, el Derecho Civil y Penal la ubican dentro de: el uso, usufructo, la habitación, el arrendamiento, el comodato y la prenda; mientras que la tenencia en su interpretación Civil-Penal sufre vifurcación, de tal manera que para el Derecho Civil se centra en la representación, administración y mandato, situaciones que recoge el Derecho Penal y amplía hacia el uso, usufructo, habitación, arrendamiento, comodato y prenda.

Desde el punto de vista que analizamos, la posesión derivada o la tenencia respecto de una cosa, se puede adquirir ilícitamente por acto o hecho lícito- que contenga simulación o cualquiera de los vicios de la voluntad en sus aspectos: dolo, mala fe, violencia, lesión, o por conducta delictuosa realizada en los delitos de: robo, fraude genérico o específico, abuso de confianza, peculado o encubrimiento. En estas condiciones, cuando se concede el derecho de uso o disfrute de la cosa por medio de la posesión derivada o la tenencia, ignorando quién la recibe, la ilicitud de la cosa o con consciencia de la ilégitimidad de la cosa, nos colocamos en dos situaciones a determinar:

1.- Por cuanto a la forma en que se adquirió ilícitamente la cosa y refiriéndonos a los actos o hechos lícitos, si en ellos se ubica una simulación se produce una inexistencia, por el contrario si lo que se contiene es en vicio de la voluntad, como: dolo, la mala fe, la violencia, o la lesión se justificaría una

nulidad relativa. Estas situaciones determinan la presencia de delitos precisados que dan la posibilidad de la vía Penal, generada en la siguiente forma:

Acto simulado, fraude genérico o específico.

Mala fe, fraude genérico (en su aspecto negativo) o fraude específico.

Dolo, fraude genérico (en su aspecto positivo) o fraude específico.

Violencia, Delitos contra la integridad corporal o Delitos contra la paz y seguridad de las personas.

Lesión (solo en su aspecto de suma ignorancia) fraude específico que no ha sido motivo de análisis.

Esta situación de ilicitud en el objeto puede generar el empleo de la posesión derivada o la tenencia dentro de sus diversas formas, provocando efectos a determinar en la siguiente forma:

a).- Cuando dentro de una posesión derivada o la tenencia se concede el derecho de usar y disfrutar la cosa ilícita por medio de las figuras: uso, usufructo o habitación; desde el punto de vista del Derecho Civil, observamos que las acciones en absoluto se reservan al verdadero propietario o poseedor de derecho por medio de la reivindicación que hará que éste recupere la cosa, lo que nos lleva a confirmar la manifestación previa contenida dentro de este capítulo en la que sostenemos que el Derecho Civil, se ocupa de proteger la propiedad de la cosa o la posesión de derecho; mientras que el campo Penal cubre el vacío que deja que aquél, protegiendo la posesión de hecho y aún la simple tenencia, de tal manera que abordando el ámbito Penal veríamos que la conducta para que el que recibió generaría los elementos del delito de encubrimiento, contemplada en el artículo 400 C.P. D.F.

b).- La adquisición ilícita de la cosa podría, por otra parte, generar un acto lícito como: el arrendamiento, el comodato, la prenda, el mandato, la administración, la representación o un hecho lícito que crearía como efectos los siguientes: Desde el punto de vista Civil, se generaría una causal de rescisión que haría que las cosas regresaran al estado en que se encontraban antes de producirse el acto aparentemente lícito; efecto que también obtendríamos en el caso de la nulidad relativa por alguno de los vicios de la voluntad.

Desde el punto de vista Penal, tendríamos en el caso el dolo exclusivo de quien concede el derecho o en el doble dolo, cuando se participa en la situación con quien adquiere el derecho, la posibilidad de fraude genérico, específico o encubrimiento.

Observamos que la vinculación del Derecho Civil con el Penal en la transmisión de cosa ajena no solo se ve en su relación externa que antes hemos enunciado, sino que tiene importancia en su relación interna que opera cuando la situación se plantea únicamente en el ámbito Penal.

Así podríamos darnos cuenta que cuando la cosa se adquiere ilícitamente por cualquiera de los siguientes delitos : robo, fraude genérico o específico, abuso de confianza y encubrimiento, trae como consecuencia la aparición de una posesión que puede ser original de hecho, derivada o simple tenencia, figuras civilistas que con esta naturaleza jurídica conllevan la detentación de la cosa que puede plantear múltiples situaciones delictivas a saber:

AQUISICION ILICITA DE LA COSA POR CONDUCTA DELICTUOSA

TRANSMISION DE LA COSA OBTENIDA ILICITAMENTE POR MEDIO DE UNA NUEVA CONDUCTA ILICITA.

Robo

Fraude genérico o específico
Encubrimiento.

Fraude genérico o específico

Fraude genérico o específico
Encubrimiento.

Abuso de confianza

Fraude genérico o específico
Encubrimiento.

Encubrimiento

Fraude genérico o específico
Encubrimiento.

Como podemos darnos cuenta la forma ilícita empleada para adquirir la cosa se traduce en delito, éste a su vez puede generar una nueva conducta delictuosa que establece una concomitancia delictiva, que por cuanto a sus lineamientos, se ve vinculada intimamente con el Derecho Civil, pues si bien es cierto la conducta se regula dentro de los elementos del tipo y el más significativo, es el elemento objetivo, que en cuanto al robo se traduce en apoderamiento y se explica como conducta realizada con el ánimo de cambiar el objeto de patrimonio;

en el fraude genérico se identifica en el hacerse de la detentación de la cosa en forma ilícita; en el fraude específico se establece una conducta comprendida dentro de un consentimiento que permite nacimiento de un acto o hecho aparentemente lícito, que provoca la detentación de la cosa en forma ilícita; mientras que en el abuso de confianza se establece, como una conducta que transmite la cosa para una finalidad específica que viola el que detenta; y por último en el encubrimiento, se habla de una conducta omisiva en la vigilancia respecto de la detentación ilícita de la cosa; de ahí que en conclusión la conducta se ve siempre dentro de una detentación ilícita que requiere de su ubicación en las distintas figuras civilistas, para su precisa determinación; por ello es que sostenemos que la vinculación de Derecho Civil- Penal no surge únicamente en forma externa sino también en la interna.

De acuerdo con la conducta descrita en el tipo Penal, que haya motivado la detentación ilícita de la cosa, según hemos determinado en cada caso, su derivación delictuosa o como antes establecimos concomitancia, se da específicamente, pero además surge una nueva problemática jurídica derivada de los sujetos que intervienen en la adquisición y transmisión de la cosa obtenida ilícitamente por delito.

De acuerdo con esta hipótesis abordamos el problema jurídico que representa el sujeto que por medio del delito detenta una cosa ilícitamente en cualquiera de las figuras civilistas previamente comentadas.

Desde luego resulta obvio. que este sujeto se ubica en cualquiera de los delitos: robo, fraude genérico o específico, abuso de confianza, o encubrimiento; esta situación puede llevarnos a una nueva conducta delictuosa, en la que desde luego interviene el sujeto que en forma delictuosa detenta la cosa (ver cuadro representativo previo), debemos observar, que la nueva conducta delictuosa se genera dentro de la transmisión de esa cosa en cada uno de los delitos que corresponden al caso planteado, se ve claramente que el sujeto que en forma inicial adquirió la cosa ilícitamente y posteriormente mediante delito la transmite, generando una acumulación de delitos. Por otra parte el sujeto que recibe la cosa obtenida ilícitamente por medio de una segunda conducta delictuosa realizada por quien la transmite, se puede ver dentro de dos posibilidades a saber:

1.- Si la conducta empleada para transmitir el objeto ilícitamente detentado entra dentro de los delitos de fraude genérico o específico, el sujeto que adquiere en esa forma no se sitúa en conducta delictuosa, sino por el contrario ve afectado su patrimonio;

2.- Cuando el sujeto que recibe la cosa obtenida en forma delictuosa lo hace por medio de la conducta determinada en el delito de encubrimiento, realiza en compañía del sujeto que le transmite la cosa la conducta delictuosa.

En relación con el objeto material en su sentido Civil- Penal y con referencia- específica en la cosa , a la que dimos la calidad de ilícita por su adquisición delictuosa, hemos dejado al último el análisis del delito de peculado, por creer que este ilícito nos crea situaciones peculiares que pasamos a establecer. Aparte de la lectura del tipo (artículo 223 fracción I) que regula el delito de peculado, salta a la vista que el bien transmitido en forma de tenencia, pertenece al Estado, puesto que específicamente lo dice el precepto; por ello debemos establecer en primer lugar que esa pertenencia , y como lo señalamos en los — otros casos, tiene su traducción en el campo del Derecho Civil, que debe comprenderse en su amplitud a fin de integrar los elementos del tipo y, en especial, el objetivo, que consiste al igual que en el abuso de confianza en la conducta que desvía la detentación de la cosa de su fin lícito; Por otro lado, la detentación que claramente se establece en favor del Estado , nos lleva a la presunción juris tantum, que precisaría que la cosa ha sido detentada lícitamente, partiendo de — esta premisa solo es posible ubicarse en conducta delictuosa cuando la transmisión de la cosa comprende una violación al fin lícito determinado, originando — con ello la aparición del delito que analizaremos y con ello la posibilidad de una nueva conducta delictuosa o concomitante criminal que podemos determinar en la siguiente forma:

Peculado fraude genérico o específico
encubrimiento.

La concomitancia por cuanto al sujeto que transmite y el que recibe la cosa se refleja con las mismas características previamente citadas para el fraude genérico o específico, robo, abuso de confianza y encubrimiento.

Para concluir con el análisis comparativo del Derecho Penal-Civil que nos hemos propuesto en este capítulo, debemos analizar la otra parte del objeto indirecto concebido por el Derecho Civil y que traducimos en el precio, el que analizamos en relación al lucro indebido, como efecto inmediato de la conducta delictuosa. Para tales fines recordamos que el precio lo establece la doctrina con la característica de justo, lo que significa que cuando las partes lo convienen, debe ser pactado de manera equitativa para ambas partes de lo contrario podría — surgir la lesión . Por otra parte, hay que tener en cuenta que el acto y el hecho lícito giran alrededor del consentimiento y esto se ve claramente en los — casos predeterminados, pero aún lo es más evidente cuando el precio resulta injusto, para el que vende o para el que compra, porque el primero se ha aprovechado de situaciones que obligan al que adquiere a aceptar , tal es el caso de — la extrema miseria o ignorancia, que provocan por su naturaleza lo que llamamos lesión, en el que interviene un precio injusto y, como sabemos, en estos casos — se hace procedente la nulidad relativa del acto o hecho lícito que haya generado la situación.

Además esta circunstancia como hemos venido sosteniendo, cuando se ubica en la suma ignorancia, puede establecer una conducta delictuosa ubicada en un fraude específico que no es motivo de este estudio.

De tal manera que el precio, dentro de los actos o hechos lícitos, representa una compensación por la cosa transmitida, buscando un equilibrio entre las partes y reflejando para ambas un beneficio patrimonial .

El Derecho Penal no fija su interés en el precio, por ello puede existir o dejar de hacerlo y cuando aparece muestra su interés únicamente por el efecto o resultado de la conducta delictuosa, reflejándose siempre como perjuicio patrimonial para quien lo da, y un beneficio ilícito para quien lo recibe. El precio como tal dentro de los delitos que analizamos, solamente se puede identificar con esta denominación en los elementos del tipo que describe la conducta tipificada como fraude específico en la fracción II del artículo 387 del Código Penal; no obstante debemos observar que puede ser que haya existido previamente o que haya producido los efectos, puesto que los delitos de fraude genérico y encubrimiento en el caso estudiado nos hablan de un lucro indebido; sin embargo este lucro indebido no solamente se contempla como resultado de un precio injusto, pues tiene su mayor traducción en la detentación de cosa, que por su valor económico produce detrimento en el patrimonio. Por otra parte debemos tener en cuenta que los delitos de peculado, y el abuso de confianza, dentro de los elementos que integran cada uno de sus tipos, nos hablan del efecto de la conducta, limitándose a establecer la detentación ilícita por una violación a la finalidad; mientras que el robo contempla una conducta que transporta la cosa de un patrimonio a otro, tal es el caso que dichas descripciones inevitablemente llevan a inferir que la detentación de la cosa causa perjuicio en un patrimonio, pero en ningún momento se podría establecer como en los casos anteriores interferencia del precio.

El análisis anterior nos lleva a concluir que la repercusión en el patrimonio que contempla la conducta delictiva, siempre provoca su disminución o anulación que establece la reparación del daño o responsabilidad civil; en algunos casos la conducta produce daño, como derivación de la existencia de un precio injusto, que ubicamos en el campo Civil y que requiere del refuerzo que establece el Derecho Penal; en otros casos, este efecto no deriva de un precio y sin embargo, sigue afectando al patrimonio, presentando situaciones en donde el Derecho Penal refuerza al Derecho Civil; y en otros en donde la protección es íntegra del Derecho Penal, atendiendo a su objeto directo o bien jurídicamente protegido.

De acuerdo con el contenido de este trabajo, nos damos cuenta que la transmisión de la cosa ajena, dentro de su complejidad Civil- Penal ; nos sitúa en ocasiones en planteamientos meramente civiles hay casos que trascienden en la ma

- teria Penal; y algunos más se ven completamente protegidos por el Derecho Penal; sin embargo en la mayoría de los casos la vinculación del acto o hecho jurídico lícito con el hecho ilícito es más fuerte que los casos que se ubican en una de las dos ramas analizadas; esta vinculación Civil- Penal, nos lleva a corroborar que en verdad el Derecho Penal dentro de sus delitos patrimoniales estudiados surge y se desarrolla como un refuerzo o apoyo de algunas de las figuras jurídicas civilistas, creadas por el legislador, para proteger el patrimonio como garantía económica de la familia, elemento esencial de la Sociedad y el Estado.

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

PRIMERA.- El artículo 386 del Código Penal aplicable al fuero común, y para toda la República en materia Federal, establece el fraude genérico, en una conducta-descriptiva constituida por quien engaña o se aprovecha del error; al mismo tiempo señala un resultado material, la consecuencia lógica del comportamiento desarrollado y que consiste en el que alcanza un lucro indebido, de ahí que este tipo señala tanto la conducta descriptiva como el resultado. El artículo 387 en la fracción II, del mismo ordenamiento jurídico, describe una conducta positiva o negativa determinada por aquél que a título oneroso y valiéndose de un contrato, engaña o mantiene en el error a otro; constituido el resultado en cada caso por un lucro indebido representando este tipo el fraude específico. El artículo 382 del Código comentado determina el abuso de confianza en una conducta-descripta por el acto de disponer de una cosa ajena de la que ya se tenía la tenencia, sin olvidar que está es precaria y dirigida a una finalidad predeterminada, y el resultado o consecuencia, se identifica con el término en perjuicio de alguien, refiriéndose al sujeto que ha transmitido esa tenencia precaria. En el artículo 367, comprende al robo, en una conducta de acción, dentro del vocablo apoderamiento, significando el deseo y actividad de sacar la cosa ajena mueble del patrimonio al que pertenece, transfiriéndolo a uno distinto, de ahí que la descripción de este tipo dentro de una sola denominación contemple tanto a la conducta, como el resultado, consistiendo la primera en la remoción de la cosa del lugar en donde se encontraba, mientras el resultado se da con respecto a la detentación de la posesión de la cosa por una persona diversa a la que inicialmente la tenía. El encubrimiento es un delito que nuestra ley establece en el artículo 400, en donde se describen dos conductas diversas; la primera de acción, por parte del sujeto, que con ánimo de lucro, y con el requisito normativo, de no haber participado en el delito, y después de su ejecución, adquiriera o oculte el producto de un hecho delictuoso; la segunda determina una conducta omisiva, constituida por la falta de obligación de parte del sujeto activo de no tomar las precauciones necesarias para asegurarse de que la cosa que adquirió a través de un acto jurídico tenía una procedencia lícita. Es de apreciarse que este tipo no contempla dentro de su descripción, el resultado lo que es lógico, si se tiene en cuenta, que el encubrimiento es un delito que surge como concomitante, de un delito distinto, de ahí que la consecuencia se vea vinculada, con aquél que identifica la posesión ilícita ostentada dentro de la comisión del delito de encubrimiento. El artículo 223 fracción I, aparece el delito de peculado, en una conducta determinada por una tenencia precaria que se da y procede supeditada a las facultades del agente del delito, consistiendo en la desviación de la finalidad de la posesión, este tipo no contiene el resultado dañoso, pero se infiere que si el Estado es quien transfiere la posesión precaria, la violación de sus finalidades, necesariamente repercutirá en el patrimonio del Estado, otorgando a su agente un beneficio ilegítimo.

Consecuentemente el tipo delictivo es una descripción de la conducta ilícita que en ocasiones comprende el resultado dañoso y/o la pena establecida.

SEGUNDA.- En el fraude genérico el elemento objetivo esta dado por las palabras-se "hace";el normativo cuando se refiere al término "ilícitamente; y el subjetivo lo enmarca la existencia del ánimo de engañar o mantener en el error, lo que trae como consecuencia un ánimo de lucro en sus dos vertientes:a) obtener una cosa;b) obtener un lucro. El fraude específico contiene un elemento objetivo determinado por "enajene,arriende,hipoteca,empeñe o grave o de cualquier otro modo"; el elemento normativo por no tener"derecho"; y el subjetivo establecido en el conocimiento, de la determinación de la posesión adquirida sobre la cosa,que acarrea un ánimo de lucro. El abuso de confianza, el elemento objetivo se da con el acto de "disponer"; el elemento normativo por cosa"ajena mueble", y podría inducirse que también " ilícitamente; el subjetivo no se establece pero se infiere - el ánimo de lucro,como consecuencia del ánimo de dominio.El peculado su elemento objetivo esta dado por el vocablo "distraer";no precisa el normativo, pero podemos decir que se trata de "ilícitamente" o "servidor público"; el subjetivo se infiere por el ánimo de lucro.En el robo el objetivo se precisa en el "apoderamiento; el normativo en " cosa ajena mueble" o "sin derecho"; y el subjetivo inferido por el ánimo de apropiación (animus domini). El encubrimiento respecto a la conducta de acción el elemento objetivo se presenta con " adquiera,reciba u oculte; el subjetivo se desprende de "a sabiendas" por un ánimo de lucro;la omisión, el objetivo se encuentra por " precauciones indispensables" el subjetivo se infiere de "no tuvo conocimiento".

TERCERA.- Los delitos de fraude genérico, fraude específico,abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, no dan posibilidad de presenciar un concurso - ideal o formal.Pero respecto al concurso real o material pueden presentarse las posibilidades de:a)la existencia de varias conductas delictivas cometidas, que traen aparejada cada una de ellas un resultado antijurídico,realizado por un solo sujeto,ocasionando la comisión de varios delitos de la misma especie: fraude genérico,específico,abuso de confianza, robo,peculado o encubrimiento,que daría como consecuencia un concurso real o material homogéneo; b).puede existir varias conductas delictivas,realizadas por un solo sujeto de distinta especie y derivada una de otra observandose una concomitancia de:a) robo- fraude genérico-específico; b)abuso de confianza-fraude genérico-específico;c) peculado-fraude genérico-específico;d)encubrimiento-fraude genérico-específico; e) fraude genérico- o específico- fraude genérico- específico, presentandose un concurso real o material heterogéneo.

CUARTA.- En los delitos motivo de nuestro estudio, solo tenemos con tipo amplio que contempla a la conducta en un doble aspecto positivo o negativo (acción u omisión); el fraude genérico y el encubrimiento, los demás tipos delictivos de fraude específico, abuso de confianza robo y peculado presentan una conducta de acción. Referente al sujeto activo vemos que en los delitos de fraude genérico, fraude específico, abuso de confianza y robo, de manera general puede ser cualquier individuo, que por medio de su acción o inacción, y por los medios que establezca cada tipo penal, desarrolla una conducta ilícita y obtiene un beneficio indebido; mientras el sujeto pasivo de la situación ilícita creada es el que resiente el daño patrimonial. En torno al robo, el tipo delictivo establece que la víctima debe disponer de la cosa con arreglo a la ley, por tanto, podemos hablar de un sujeto pasivo de la conducta, que sería al que le fue arrebatada la cosa, y el sujeto pasivo del delito, el que tenía el derecho de posesión sobre el. Por su parte el peculado, constituye un delito especial, porque el tipo establece una calidad especial en el sujeto activo, el de servidor público; en tanto que el sujeto pasivo es la colectividad, el Estado en forma directa. En todos hay la posibilidad de participación, pero en el encubrimiento el sujeto activo no puede ser coautor o cómplice, porque su participación es posterior a la consumación de la conducta ilícita.

QUINTA.- La anti juricidad se da cuando la conducta establecida en cada uno de nuestros tipos penales, se manifieste objetivamente, de tal forma que el sujeto por medio de esa conducta y proceder anti jurídico, obtendrá un beneficio indebido y en consecuencia incrementará su haber económico, afectando el patrimonio del sujeto pasivo, violando el interés jurídico protegido, y que es precisamente el patrimonio.

SEXTA.- Por la propia estructura de los delitos de fraude genérico y específico; abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, en lo que se refiere respectivamente: "engaño o aprovechamiento del error" (ánimo de lucro), "con conocimiento de que no se tiene derecho" (ánimo de lucro); "disponer para sí o para otro" — (dolo específico consistente en el ánimo de lucro, como consecuencia del ánimo de dominio); "apoderarse" (el dolo específico en este tipo se verifica con el animus rem sibi habendi, constituido por la voluntad y consciencia de ánimo de apoderamiento, desglosado en ejercer ánimo de dominio); "distraiga de su objeto" (ánimo de lucro); "adquiera, reciba u oculte", "tenía derecho para disponer de ella" (ánimo de lucro), describen una conducta que determina un dolo directo — excluyéndose la culpa o imprudencia; haciendo indispensable que el dolo contenido en cada uno de los tipos se ligue a un dolo específico, también directo, determinado con la intención de obtener un beneficio ilícito, como resultado del proceder intencional. En la realización de las conductas descritas un elemento —

-primordial lo encontramos en la determinación o discernimiento que los autores - mencionan como querer y entender (imputabilidad) que determina el despliegue de - la conducta típicada en cada caso, situación que fundamenta el juicio de re - procho y justifica la existencia de la responsabilidad penal.

SEPTIMA.- La punibilidad de los delitos que analizamos se contempla en el Código Penal, a cada uno de los casos a saber: El fraude genérico o específico en el artículo 386; el abuso de confianza , artículo 382; robo se ven múltiples circunstancias, siendo aplicable los artículos 369, 369 bis, 370, 371, 380, 381 y 381 bis; el encubrimiento precisa su pena en el artículo 400; el peculado 223. Puede establecerse en forma general, que cada uno de los delitos tratados precisa una pena privativa de libertad, como principal, acompañada de una pecuniaria, que se ha - ce consistir en días de salario mínimo que en cada caso, se computan, tomando en cuenta el salario vigente, en el lugar en que se cometió el delito y en el momento de realizarse.

OCTAVA.- En los delitos de fraude genérico y específico, abuso de confianza, robo, peculado y encubrimiento, no es dable la presencia de hipótesis de ausencia de - conducta (fuerza física, fuerza mayor, movimientos reflejos, movimientos fisiológicos, sueño, sonambulismo e hipnotismo), porque se necesita de una especial - actividad intelectual, que debe desarrollar el sujeto activo para expresar la - conducta, y en consecuencia una obtención ilícita con plena consciencia y voluntad.

NOVENA.- La atipicidad en el fraude genérico y específico, abuso de confianza - robo y encubrimiento, puede darse la no existencia del objeto jurídico que es el patrimonio, o puede faltar algun elemento que establezca cada tipo, o no coincidir la conducta desarrollada con las exigencias establecidas, o no utilizarse - los medios contenidos. En el caso de referencia temporal o espacial no es dable en ninguno de los delitos en estudio, pero en cuanto hace a una calidad en los - sujetos el peculado se refiere a servidor público, ya que de no ser así se presentaría una conducta atípica.

DECIMA.- Dada la naturaleza de los delitos: fraude genérico y específico, abuso - de confianza, peculado y encubrimiento, y por los mismos requisitos que se establecen en cada causa de justificación, no hay posibilidad de presentarse estas - en los delitos que nos ocupan. Excluyendose el robo en cuanto hace al estado de necesidad por lo dispuesto en el artículo 379.

DECIMO PRIMERA.- En cuanto a nuestros delitos, por su propia naturaleza, y la capacidad de discernimiento que se necesita, no es posible la presencia de trastornos mentales o incapacidad mental, ya que en todos ellos, tanto la conducta como los medios empleados no permiten la existencia de estas causas, porque se requiere de total consciencia y lúcidoz, ya sea para preparar el camino o para desarrollar la conducta con el fin de un beneficio ilícito.

DECIMO SEGUNDA.- A pesar de la existencia de una conducta delictuosa, aparece que no hay aplicación de una pena, implicando con ello un perdón jurídico por el Estado que tomando en consideración ciertas circunstancias determina que no es objetivo imponerla, estas circunstancias se presentan con las llamadas excusas absolutorias, de las cuales la excusa de mínima temibilidad procede en el robo.

DECIMO TERCERA.- La compraventa es esencialmente un contrato que transmite la propiedad; donde existe un intercambio, por una parte se entrega una cosa o bien la titularidad de un derecho; y por la otra se tiene la obligación de pagar por ella un precio cierto y en dinero. Tal situación necesariamente conlleva a establecer la existencia de un acuerdo de dos o más voluntades, con el propósito de producir consecuencias de derecho; de ahí que podamos determinar la situación jurídica de la compraventa, conforme a las siguientes características: Es principal, porque no necesita de ningún otro para su existencia; es bilateral, ya que da nacimiento a derechos y obligaciones recíprocas, como es entregar la cosa y pagar el precio; es oneroso, puesto que ambas partes, comprador y vendedor reciben provechos y gravámenes recíprocos; se dice que es conmutativo, porque las prestaciones son ciertas y conocidas; excepcionalmente aleatorio; puede ser instantáneo o bien de tracto sucesivo; es consensual en oposición a real, ya que existe y es perfecto antes de la entrega de la cosa; en principio es formal, pero la ley marca excepciones, en donde desaparece tal formalidad, estos son; inmuebles cuyo valor sea menor a 500 pesos; y cuando se trate de muebles, cualquiera que sea su valor, en el cual será consensual; asimismo es traslativo de dominio porque hay una transmisión de una cosa o la titularidad de un derecho.

DECIMO CUARTA.- Para la existencia del contrato de compraventa se requiere: a) consentimiento; b) objeto, que pueda ser materia del contrato; mientras que sus requisitos de validez son: 1. capacidad de las partes; 2. voluntad libre de vicios; 3. objeto o motivo o fin lícitos; 4. forma establecida por la ley.

DECIMO QUINTA.- Si el contrato es un acto jurídico plurisubjetivo, necesario es que el consentimiento se integre con la existencia de dos o más voluntades, que conculgen sobre efectos jurídicos que se desean y que se encuentran previstos por la norma. Pero además se precisa que esas voluntades tengan una manifestación

- exterior, de donde surgen sus elementos: la oferta o policitación y la aceptación como integradores del consentimiento. Ahora, bien dentro de los grados de error que determina la doctrina a saber: error que destruye la voluntad; error que simplemente vicia al consentimiento; error indiferente; es el primero a través de las hipótesis de; error respecto a la naturaleza del contrato; error en cuanto a la identidad del objeto; y en los contratos simulados; los casos en que se puede dar pauta a la ausencia del consentimiento, porque esté no es acorde a la voluntad de las partes, por ello estas situaciones tienen como efecto principal declarar el acto jurídico como inexistente, por lo cual no producirá efecto alguno.

DECIMO SEXTA.- En el contrato su objeto se divide en: directo o inmediato o indirecto o mediato; el primero se presenta en la compraventa, con la finalidad de las partes, de transmitir el dominio de una cosa o la titularidad de un derecho, y la de pagar un precio cierto y en dinero; mientras el indirecto que esta constituido por las prestaciones a que se obligan las partes establecidas en; a) la cosa que el obligado debe dar; b). el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, dado en la compraventa por; la cosa con sus requisitos de; existir en la naturaleza; ser determinada o determinable; estar en el comercio y el precio que por su parte debe ser cierto y en dinero.

DECIMO SEPTIMA.- En el contrato de compraventa, son incapaces para vender o comprar, los sujetos que carecen de aptitud legal o natural, ya que se encuentran en una falta de lucidez que les impide ejercer directamente derechos y obligaciones, o bien se encuentran privados de ciertos derechos que les imposibilita realizar esa transacción jurídica. Consideración que nos lleva a establecer que para tener capacidad para vender o comprar, se requiere la capacidad general para contratar. Estos vicios traen como consecuencia una nulidad relativa del acto.

DECIMO OCTAVA.- De los vicios de la voluntad es factible el error en sus diversas formas, exceptuando el error sobre el sujeto; asimismo el dolo y la mala fe cuando nos ocasionan un error en cualquiera de sus clases que afecte el motivo determinante de la voluntad, es posible adaptarlos a la compraventa. La violencia y intimidación son también vicios de la voluntad que pueden subsistir en el contrato de compraventa. En lo referente a la lesión civil, es posible esta situación cuando el precio no presenta la característica de justo, es decir la proporción equitativa entre el valor de la cosa vendida, y el precio pagado, porque de existir una desequivalencia, se presume una injusticia o explotación de la parte más fuerte.

DECIMO NOVENA.- En el contrato de compraventa el objeto, motivo o fin serán - ilícitos cuando las partes en el momento de la celebración del mismo, contrarien una norma de carácter prohibitivo o preceptivo o bien de las buenas costumbres - de tal situación el acto será invalidado, y sancionado de nulidad que dependiendo de la circunstancia será relativa o absoluta.

VIGESIMA.- La compraventa será afectada de nulidad relativa cuando tratándose de inmuebles no consten por escrito, sea público cuando la enajenación sea mayor a quinientos pesos y privado cuando no sea mayor de esa cantidad.

VIGESIMO PRIMERA.- La posesión es un poder físico que se ejerce generalmente de una manera directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o - parcial como inferencia de un derecho real o personal o bien sin ningún derecho - en consecuencia genera tres situaciones diversas: se tiene el poder físico sobre una cosa y el aprovechamiento de la misma, fundada en un derecho real; se posee - una cosa como consecuencia de un derecho personal; se posee también sin derecho - alguno, y solo podemos hablar de tres situaciones: a) una posesión ilícita; b) po - sesión lícita en donde se presentan tres circunstancias; 1. en los bienes monstren - cos; 2. bienes vacantes; 3, las cosas que nunca han tenido dueño (res nullius).

VIGESIMO SEGUNDA.- La posesión en sí misma esta conformada por los elementos, ani - mus y corpus; el primero interpretado como la voluntad de aprovechamiento y dis - posición total de la cosa, a nombre propio o concepto de dueño; y el segundo en - tendido como el conjunto de actos materiales que pueden realizarse de manera di - recta o indirecta sobre la cosa. En la posesión derivada se tiene una voluntad de aprovechamiento, pero no de disposición, por ello no se contiene el dominio de la cosa, solo un uso o goce temporal de la misma, porque un acto jurídico distinto a los traslativos de dominio se lo confirió. La tenencia por su parte, contiene so - lamente el corpus; pero existe una dependencia o reconocimiento hacia el propie - tario o poseedor y por tanto el aprovechamiento se verifica a nombre de otro.

VIGESIMO TERCERA.- Para que la posesión produzca sus principales efectos, debe - tener las cualidades de continua, pública y a título de dueño; el primordial efec - to es que a través de ella y por medio de la prescripción positiva sirve para ad - quirir la propiedad o para confirmar algún derecho real distinto de la propiedad.

VIGESIMO CUARTA.- Pensamos que la esencia de la radical diferencia entre los cam - pos que estudiamos, se engendra en el actuar del hombre reconocido en el Derecho Penal y Civil creando cada campo su propia terminología jurídica, de tal manera - que respectivamente lo denominan conducta y consentimiento. Pero el Derecho Civil y el Penal coinciden en un actuar consciente y dirigido, no obstante esto - - - - existe una diferencia, si tomamos en cuenta que desde el punto de vista civilista

el consentimiento por sus características siempre es positivo, aunque en algunas ocasiones puede encontrarse viciado. El Derecho Penal concibe la conducta en un doble sentido positivo o negativo, situación que observamos en los delitos estudiados. La conducta desde el momento de su concepción dentro del tipo delictivo es esencialmente antijurídica, pues desde la descripción que da el legislador, la concibe como violadora del patrimonio. El consentimiento por lo general vive en el campo de lo jurídico, se encuentra comprendido en el gran mundo de los hechos o actos jurídicos, que generan a los sujetos que intervienen derechos y obligaciones recíprocos. Sin embargo el consentimiento que por regla general esta en el campo de lo jurídico, puede variar esta situación cuando existen actos simulados o el consentimiento se vea afectado de los vicios de la voluntad, como lo son: el dolo, la mala fe, violencia o lesión.

VIGESIMO QUINTA.- El Derecho Civil observa a los derechos y obligaciones como fuentes del Derecho; mientras que al producirse en el campo Penal, la conducta genera una responsabilidad Civil, que se convierte en fuente de derechos y obligaciones en sentido inverso.

VIGESIMO SEXTA.- El consentimiento Civil, así como la conducta Penal, se basan en procesos de voluntad. Dentro del campo Civil, estos procesos de voluntad se realizan inevitablemente por más de una persona y adquieren la característica de uniformidad respecto de lo que deciden; es por ello que fundamentan hechos o actos lícitos. En el campo Penal los procesos de referencia y de acuerdo con los tipos delictuosos comprenden dos clases de procesos de voluntad contrarios, que de acuerdo con la teoría pueden ubicarse en forma singular o plural previniendo de los sujetos pasivo o activo. Debemos enfatizar que los procesos de voluntad tanto en el campo Civil como en el Penal se puede presentar en sentido positivo (acción) o negativo (omisión).

VIGESIMO SEPTIMA.- En el campo Penal como en el Civil, el objeto se desgloza en dos; así tenemos que al respecto, en el ámbito Penal lo ve como: a) objeto jurídico del delito, constituyendo el bien jurídico protegido por la norma; y b) el objeto material, establecido por la persona o cosa (muebles o inmuebles) sobre la que recae el daño o peligro. Por su parte el Derecho Civil especifica que el objeto puede ser directo; la transmisión de derechos y obligaciones; y el indirecto, constituido por la cosa sobre la que recae el acto o hecho jurídico y que puede tratarse de muebles, inmuebles o derechos y el precio.

VIGESIMO OCTAVA.- El patrimonio en su sentido Civil- Penal, nos muestra un gran campo de semejanzas que llevan a meditar, pues refiriéndonos a estas, el patrimonio recoge situaciones de derecho que derivan de cosas y que inevitablemente se reflejan en el ámbito económico; así vemos como en el campo Civil, aparecien-

dentro del patrimonio objetos muebles o inmuebles y derechos, y cada uno de estos son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista económico; mientras que en el campo Penal, solamente se considera existente el delito cuando la conducta ha afectado al patrimonio, por reflejar un lucro indebido en detrimento de un patrimonio ajeno. Tanto el Derecho Civil como el Penal, conciben dentro del patrimonio a los derechos reales o personales; desglosando dentro de los derechos reales, encontramos como principales figuras jurídicas a la propiedad y la posesión, protegidas de diversa manera. Civilmente interesa la verdad formal, los derechos, de ahí que la protección se extiende a la propiedad contemplando a la posesión con un mínimo de acciones posesorias. En cambio el Derecho Penal, su protección es más amplia se extiende a la posesión y aún a la simple tenencia, o a cualquier otro derecho que pueda constituir el activo de una persona.

VIGESIMO NOVENA.- El Derecho Civil, al concebir al patrimonio como el agrupamiento de bienes o derechos que adquieren su denominación establece su protección en una vigilancia del cumplimiento de derechos y obligaciones que estos genera, a tal grado que sean cumplidos, pues de ello se determina la subsistencia de los sujetos que dependen de él.

TRIGESIMA.- Las finalidades del patrimonio en el campo Civil se pueden determinar como: inmediatas o mediatas. Las primeras comprendidas en la subsistencia de la familia; y las segundas que garantizan la permanencia de la familia como elemento esencial de la paz social. La finalidad del patrimonio en el campo Penal se refleja en una vigilancia con dos direcciones, que atienden en su esencia las finalidades propias de la dinámica de sus tipos penales y que necesariamente tienen que trascender en forma vinculativa con su rama adjetiva (aplicación de penas), de ahí que podamos determinar que estas finalidades son: a) Prevenir la realización de conductas que puedan atacar, disminuyendo o acabando el patrimonio; b).- Sancionando a los productores de las conductas que afecten al patrimonio.

TRIGESIMO PRIMERA.- En el Derecho Penal se contiene cosas; muebles o inmuebles que se ven afectados por la conducta delictuosa y que inevitablemente reflejan un detrimento en el patrimonio. Distinta situación podemos denotar cuando hablamos de objeto material Civil, reconocido también como objeto indirecto, que aunque se ve constituido por cosas muebles o inmuebles, esta aumentado con derechos. Tal situación nos lleva a concluir que el objeto material indirecto desde el punto de vista civilista, si bien es cierto tiene presente todo aquello lícito que puede intervenir en la relación a la cosa y el precio o derecho, también es verdad que lo hace siempre en beneficio del patrimonio.

TRIGESIMO SEGUNDA.- Desde el punto de vista de las cosas sean muebles o inmuebles, podemos darnos cuenta que en ocasiones se realizan actos o hechos lícitos sin que

se encuentre la cosa legitimada; es decir, la cosa ha sido adquirida por quien - la transmite por medio ilícito, con ello queremos dar a entender un actuar pre - vio, que se establece como presupuesto del acto o hecho lícito que en su naturaleza es anti-jurídico, que puede presentarse en su aspecto civilista, mediante un acto o hecho aparentemente lícito que contemple cualquiera de los vicios de la - voluntad; y desde el punto de vista Penal puede verse alojado entre los delitos- que la ley sustantiva denomina: robo, fraude genérico o específico, abuso de con - fianza peculado o encubrimiento, esto reflejaría las causas y efectos a saber: Las causas se generan en base a la ilícitud y con relación a la disposición de la cosa. a) . Cuando el vendedor, sabe que no puede disponer de la cosa y realiza el contrato sin contar con el conocimiento del comprador, estaríamos ante un dolo- o mala fe solucionado por medio de la nulidad relativa o a través del saneamiento por evicción. Pero puede asimismo dar pauta a una conducta delictuosa que podemos definir como fraude genérico o específico; b) . cuando tanto el vendedor como el comprador están conscientes de que la cosa que están transmitiendo no es objeto- de disposición y realizan el contrato tendremos una situación de dolo atribuible a ambas partes a resolver dentro de una nulidad absoluta y permitiendo la exis- tencia de una conducta fraudulenta que nos da lugar a diverso fraude específico- que no fue motivo de nuestro estudio (Art, 387 Fracc.x delC. P. D. F.)

TRIGESIMO TERCERA.- Cuando la persona ha adquirido la cosa ilícitamente y ha -- provocado un hecho aparentemente lícito, mientras no transcurra el término de la prescripción del hecho ilícito puede ser afectado por la acción reivindicatoria; una vez transcurrido el tiempo desaparece la apariencia de licitud convalidándose ampliamente esta. Pero en el campo Penal puede llegar a integrarse cualquiera de- los elementos que demuestren los delitos de: fraude genérico o específico, robo- abuso de confianza, peculado o encubrimiento.

TRIGESIMO CUARTA.- En la posesión derivada o la tenencia respecto de una cosa se puede adquirir ilícitamente por acto o hecho lícito que contenga simulación o - cualquiera de los vicios de la voluntad; o por conducta delictuosa que comprenda nuestros delitos, en tales condiciones podemos ver que: Por cuanto a la forma en que se adquirió ilícitamente la cosa y refiriéndonos a los actos o hechos líci - tos, sí en ellos se ubica una simulación, se produce inexistencia; si contiene - uno de los vicios de la voluntad, nulidad relativa. Estas situaciones determinan la presencia de delitos previamente que dan la posibilidad de la vía Penal gene- rada en la siguiente forma: Acto simulado- fraude genérico o específico; mala fe- fraude genérico o específico; dolo- fraude genérico (en su aspecto Positivo), o fraude específico; violencia- Delitos contra la integridad corporal o Delitos - contra la paz y seguridad de las personas; lesión (solo en su aspecto de suma - ignorancia)- fraude específico que no ha sido motivo de nuestro estudio.

TRIGESIMO QUINTA.- Observamos que la vinculación del Derecho Civil con el Penal en la transmisión de cosa ajena no solo se ve en su relación externa, sino también interna, que opera cuando la situación se plantea unicamente en el ámbito Penal. Así vemos que cuando la cosa se adquiere ilícitamente por cualquiera de los delitos de robo, fraude genérico o específico, abuso de confianza, peculado y encubrimiento, éste puede a su vez generar una nueva conducta delictuosa, que establezca una concomitancia delictiva.

TRIGESIMO SEXTA.- Respecto al objeto indirecto precio, vemos que en el ámbito Civil éste dentro de los actos o hechos lícitos representa una compensación por la cosa transmitida, buscando un equilibrio entre las partes y reflejando para ambas un beneficio patrimonial; mientras el Derecho Penal, no fija su interés en el precio, por ello puede existir o dejar de existir, y cuando aparece muestra su interés unicamente por el efecto o resultado de la conducta delictuosa reflejándose siempre como perjuicio patrimonial.

TRIGESIMO SEPTIMA.- De acuerdo con el contenido del trabajo, nos damos cuenta que la transmisión de la cosa ajena, dentro de su complejidad Civil-Penal nos sitúa en ocasiones en planteamientos meramente civiles; hay casos que trascienden en la materia Penal; y algunos más se ven completamente protegidos por el Derecho Penal; sin embargo, en la mayoría de los casos la vinculación del acto o hecho lícito con el hecho ilícito es más fuerte que los casos que se ubican en una de las dos ramas analizadas; esta vinculación Civil-Penal, nos lleva a corroborar que en verdad el Derecho Penal dentro de sus delitos patrimoniales estudiados surge y se desarrolla como un refuerzo o apoyo de algunas de las figuras jurídicas civilistas creadas por el legislador, para proteger al patrimonio como garantía económica de la familia, elemento esencial de la Sociedad y del Estado.

cuadro 2

HECHOS JURIDICOS (LATO SENSU)	1.- Actos jurídicos (Se quiere la conducta y la consecuencia)	A). Unilaterales	Declaración unilateral de voluntad Testamento Remisión de deuda
		B). Bilateral o plural teral	Convenio lato sensu a). Convenio estricto sensu b). Contratos
	2.- Hecho jurídicos (stricto sensu)	A). Del ser humano o voluntarios	a). Lícito gestión de negocios b). ilícitos Delitos civiles penales
		B). De la naturaleza	a). Nacimiento b). Muerte c). Accesión natural de inmuebles

(cuadro 3)

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS SEGUN CODIGO CIVIL

1.- Contrato preparatorio	promesa de contrato
2.- Translativos de dominio	Compraventa Permuta Donacion. Mutuo
3.- Traslatico de uso	Arrendamiento Comodato
4.- De custodia	Deposito y secuestro
5.- Prestacion de servicios	Mandato Prestacion de sevicios profesionales o no profesionales Transporte Haspedaje
6.- De finalidad común	Asociaciones Sociedades Aparceria
7.- De los akatorios	El juego La apuesta La renta vitalicia La compra de esperanza
8.- De garantía	Fianza Prenda Hipoteca
9.- De comprobacion juridica	Transacción

CUADRO 4

INEXISTENCIA .

NULIDAD ABSOLUTA.

NULIDAD RELATIVA.

Ausencia de uno o varios elementos.
(el acto no existe).

El acto jurídico se ha realizado imperfectamente, por incumplimiento en los requisitos de validez, el acto existe pero es nulo.

Imperfección igualmente en el acto

Consentimiento.

Algunos casos de objeto, motivo o fin ilícitos.

Incapacidad.

Objeto.

Algunos vicios del consentimiento, falta de forma.

E F E C T O S J U R I D I C O S .

Nada jurídico.

Los efectos son retroactivos.

Los efectos son retroactivos.

No produce efecto alguno.

Puede ser invocada por cualquier persona.

Solo puede ser invocada por los afectados.

No necesita ser declarado por el Juez.

No es prescriptible (aunque más correctamente caducidad, que es la pérdida de la fuerza y valor que tiene algún derecho o título, es la extinción de un derecho o de los efectos de una cosa).

Si es prescriptible.

No es convalidable; la convalidación es la purgación del defecto o de la irregularidad que hasta entonces impedía que el acto produjera, plenamente, sus efectos. Se produce bien por confirmación o por la ratificación. No impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Si es convalidable.

cuadro 5

Requisitos Legales; Páccifica, Continua y Pública.

CLASIFI
CACION
DE
LA
P
O
S
E
S
I
O
N

A). Desde el punto de vista de su procedencia

Originaria (Art, 791 C.C.D.F.)

Derivada

B). Desde el punto de vista de la intención.

a). Poseedores de Buena fe.

a1) Los que tienen un título suficiente (Art.806 primer párrafo C.C.D.F.)

a2) Tienen un título traslativo de dominio viciado y lo ignoran (Art.806 - párrafo segundo C.C.)

a3) Los que no tienen título pero fundadamente creen tenerlo

b) Poseedores de Mala fe

b1) Los que poseen sin título y lo saben, (Art. 806 tercer párrafo C.C. D.F.)

b2) Los que poseen con título viciado y lo saben (Art.806 cuarto párrafo C.C.)

c). Delictuosa

c1) Por medio de la violencia física o moral.

c2) Por cualquier otro medio sancionado en el Código Penal

C) Por el número de personas que lo ostentan

Exclusiva Coposesión

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

Aguilar Carbajal, Leopoldo. Contratos Civiles. 3a Ed. Editorial Porrúa S.A; México, D. F. 1982.

Aguilar Carbajal, Leopoldo. Ensayo sobre la Interpretación de las Disposiciones Legales que reglamentan La Venta de Cosa Ajena, en el Código Civil, Anales de - Jurisprudencia, Reedición de Estudios Jurídicos. T. CXXVI. 1966

Alimena, Bernardino. Principios de Derecho Penal, Traducción Cuello Calón, Vol.I Editorial Librería General Victoriano Suárez; Madrid España. 1915.

Bettiol, Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis; Bogota Colombia. 1965

Biondi. Los Bienes. 2a Ed. Bosch Casa Editorial; Barcelona España 1961.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones 9a Ed. Editorial Porrúa S. A; México, D. F. 1984.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal T. I. 17a. Ed Bosch Casa Editorial; Barcelona España. 1975.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal 21a Ed. - Editorial Porrúa, S. A; México, D. F. 1985.

Castan Tobeñas, Jose. Derecho Civil Español Común y Foral T. IV. 8a Ed. Instituto Editorial Reus; Madrid España. 1951.

Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General 14a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D. F. 1982.

C. Nuñez, Ricardo. Derecho Penal Argentino. Parte General. T. I. Editorial Bibliográfica; Buenos Aires Argentina. 1959.

Cortes Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal Mexicano. Parte General 11a Ed. Editorial Porrúa S.A; México, D. F. 1971.

De Ibarrola, Antonio. Cosas y sucesiones. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F - 1958.

De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Obligaciones Civiles - Contratos en General Vol. III 5a Ed. actualizada por De Pina Vera Rafael, Editorial Porrúa, S.A; México, D. F. 1970.

De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1958.

De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Contratos en particular - Vol.IV, Editorial Porrúa S.A; México, D.F. 1961.

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho 12a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1984

Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, Letra D, Universidad Autónoma de México 1983.

Diez Picazo, Luis y MÓntes Vicente. Derecho Privado y Sistema Económico. Departamento de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid, Libros Jurídicos Dpto. Legal; Madrid España. 1979.

Franco Sodi, Carlos. Noción de Derecho Penal 2a.Ed. Ediciones Botas; México, D.F. 1950.

Fernández Aguirre, Arturo. Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, Editorial Cajica; Puebla, México. 1963.

Gaudement, Eugene. Teoría General de las Obligaciones, Traducción Macedo Pablo- 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D. F. 1984.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas, Familia 5a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1982.

García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 29a.Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D. F. 1978.

Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones 5a.Ed. Editorial Cajica; Puebla, México. 1979.

Gutierrez y González, Ernesto. Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio 2a.Ed. Editorial Cajica; Puebla México. 1982.

González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano 15a Ed. Editorial Porrúa- S.A; México, D.F. 1979.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, 8a Ed. Editorial Sudamericana; Buenos Aires Argentina. 1978.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal T.III 3a Ed. Editorial Lozada; Buenos Aires, Argentina. 1965.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Introducción al Estudio de las Figuras Típicas 2a Ed. Editorial Porrúa, S. A; México, D.F. 1977.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano T. IV. 5a. Ed. Editorial Porrúa S.A; México, D.F. 1984.

Josserand, Louis. Derecho Civil T.I. Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa- América Bosch; Buenos Aires Argentina. 1950.

Mazeaud Henri, Leon y Jean Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Los Principales Contratos Vol. VIII Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa- América; Buenos Aires Argentina. 1974.

Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial T.II Ediciones Jurídicas Europa- América; Buenos Aires, Argentina. 1954.

Mosquete Martin, Diego, El Delito de Encubrimiento, Bosch Casa Editorial; Barcelona España. 1946.

Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 7a Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1978.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General- 3a Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1974.

Peña Gúzman, Luis Alberto. Derecho Civil, Derechos Reales T. I. Tipográfica — Editora; Buenos Aires Argentina. 1975.

Pérez, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal T.I. Editorial Temis; Bogota Colombia. 1967.

Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. V 12a. Ed. Editorial CULTURA, México, D.F. 1945.

Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal 5a. Ed. Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1980.

Porte Petit, Celestino. Inimputabilidad e inculpabilidad, como aspectos negativos del Delito, Editorial Porrúa, S.A; México, D.F. 1954

Pothier, Tratado del Contrato de Compra y Venta. Imprenta y Litografía de J. Roger; Barcelona España. 1841.

Puig Peña, Derecho Penal. T.I. Editorial Madrid; Madrid España 1955.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil T. II 16a. Ed. Editorial Porrúa S.A.; México, D.F. 1984.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Bienes Derechos Reales y posesión T. III. 6a. Ed. Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1985.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil T. IV Contratos 11a. Ed. Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1979.

Ripert y Boulanguer. Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales. T. VI. Traducción Delia García, Ediciones de la Ley Sociedad Anónima; Argentina Buenos Aires. 1965.

Sánchez Meda, Ramón. De los Contratos Civiles, 7a. Ed. Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1984.

Trujillo Campos, Jesús. La Relación Material de Causalidad en el Delito, Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1976.

Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1976.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano 3a. Ed. Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1975.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. Teoría del Delito, Editorial Ediar; Argentina Buenos Aires 1973.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F. 1981.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. Libro del Cincuentenario del Código Civil La — Compraventa de cosa ajena, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 1978.

REVISTAS CONSULTADAS.

Albaladejo, Manuel. Revista de Derecho Privado. Julio-Agosto. Editorial Caracas-Madrid 1982.

C.L. Gasca. Compraventa Civil y Comercial. Revista de Derecho Privado Tomo I.- Traducción J. Santacruz Teljeiro., Madrid-España 1931.

G. Spota, Alberto. Curso sobre Temas de Derecho Civil, Publicación Del Instituto Argentino de Cultura Notarial; Argentina Buenos Aires. 1971.

Trigueros, Guillermo y otros. La venta de cosa ajena. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales T. VII; San Salvador, El Salvador Sep- Dic. 1961 y Enero- Marzo- 1962.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal

Legislación Bancaria

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Suprema Corte de Justicia Tesis relacionada con la jurisprudencia número 246 nulidad absoluta- relativa Apéndice 1975 Tercera Sala Seminario Judicial de la Federación