



482
227

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“Análisis Comparativo del Depósito, Embargo y el Secuestro en la Legislación Civil y Penal Mexicana”



T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN MANUEL LOPEZ VELASCO

MEXICO, D.F.

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

I N D I C E

"ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DEPOSITO, EMBARGO Y EL SECUESTRO EN LA LEGISLACION CIVIL Y PENAL MEXICANA"

	Pag.
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I. "EL DEPOSITO"	
1 EL DEPOSITO CIVIL	
a) Antecedentes Históricos.....	3
b) Definición Legal y Doctrinal.....	21
c) Regulación en el Código Civil Vigente.....	27
d) Derecho Comparado.....	44
CAPITULO II. "EL EMBARGO"	
1. Definición Doctrinal y Legal.....	54
2. Naturaleza Jurídica.....	58
3. Requisitos de Procedencia.....	62
4. Regulación en el Código de Procedimientos Civiles.....	65
5. Efectos.....	70
6. Derecho Comparado.....	71
CAPITULO III. "EL SECUESTRO CIVIL"	
1. Definición Etimológica, Doctrinal y Legal.....	81
2. Regulación en el Código Civil Vigente.....	87
3. Derecho Comparado.....	95
4. Características Particulares.....	97
5. Los Derechos Reales en el Secuestro Civil.....	104

CAPITULO IV. "EL SECUESTRO PENAL"

1. Descripción del Tipo.....	107
2. Crítica.....	113
3. Penalidad.....	121
4. Ubicación del Tipo en el Código Penal Vigente.....	122
5. El Bien Jurídico Tutelado.....	123
6. El Rehén.....	124

CAPITULO V. "ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS INSTITUCIONES EN ESTUDIO".

1. Confusiones:	
a) Doctrinales.....	130
b) Empíricas.....	132
c) Semánticas.....	133
2. Diferencias:	
a) En cuanto a la materia.....	135
b) En cuanto a las consecuencias.....	137
c) En cuanto a los objetos materia de cada una.....	142
d) En cuanto a la naturaleza.....	147
3. Propuesta de una Nueva Denominación del Ilícito: en el Derecho Penal y su correcta ubicación.....	150

CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES.....	162
-----------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	161
-------------------	-----

INTRODUCCION

Existe una gran confusión tanto en la doctrina como en el derecho sustantivo en cuanto al depósito, el embargo y el secuestro civil y penal, se les ha tratado de ver como un sólo elemento de un conjunto de actos, lo cual es totalmente erróneo pues cada uno es independiente de los demás y puede darse uno sin que exista el otro; además de que en el secuestro penal se trata de identificar un delito con una figura netamente civil.

En el presente trabajo y dada la preocupación que tengo al respecto, me avoqué a tratar de encontrar y demostrar las coincidencias de estas figuras, buscando sus orígenes etimológicos, doctrinales, e históricos, para de ahí desglosar sus diferencias del análisis que realizo en cada una de las Instituciones que son materia de tesis, creo haber logrado desvirtuar el mal entendido que sobre tales figuras se ha gestado, diferenciando unas de otras.

En cuanto al secuestro penal hago un estudio dogmático somero de la figura, la intención únicamente es proponer que se le retire del Código Penal vigente y se le contemple en el derecho civil, pues su naturaleza jurídica está fuera del ámbito penal y sus orígenes históricos la ubican en el ámbito civil; y para no dejar al derecho penal sin una figura afín a esta, propongo una nueva denominación para el ilícito conocido como secuestro, sin entrar a un estudio profundo de su ubicación idónea en dicho ordenamiento legal, toda vez que el presente trabajo esta enfocado al ámbito civil.

Cada uno de los capítulos han sido tratados con sistemática y profundidad, lo que me ha llevado a plasmar una serie de conclusiones con las cuales, considero podemos innovar en el campo fértil del derecho civil y penal.

CAPITULO I

"EL DEPOSITO"

1.- EL DEPOSITO CIVIL

a) ANTECEDENTES HISTORICOS

CODIGO DE HAMMURABI:

El antecedente más remoto del depósito, lo encontramos en el código de Hammurabi: las sentencias contenidas en él, reconstruidas por Vincent Scheil, que han sido llamadas Sentencias de Equidad, dado que no fueron simples preceptos abstractos que regulaban conductas, sino sentencias ponderadas o compilaciones de jurisprudencia: Por considerarlo trascendental para nuestro estudio me permito transcribir las sentencias 120, 121, 122, 123, 124, 125, 263 y 265 de dicho cuerpo legal en donde se previene lo siguiente:

120.- Si un Señor depositó su grano en almacenamiento en la casa de (otro) Señor, y ocurre una pérdida en el granero o el propietario de la casa, cogió grano o negó completamente (haber recibido) el grano almacenado en su casa, el propietario del grano efectuará delante del dios la declaración oficial de su grano, entonces el propietario de la casa dará al propietario el grano el doble del grano que tomó.

121.- Si un Señor depositó grano en la casa de otro Señor pagará anualmente por (cada) Sur de grano, cinco Ga de grano (como) cuota de almacenamiento.

122.- Si un Señor desea depositar plata, oro o cualquier cosa o (otro) Señor, todo lo que quiera confiar

será enseñado a testigos formalizará un contrato y (luego) en entregará (lo que quiera confiar) para su depósito.

123.- Si (lo que quiere confiar lo) entrega para su custodia en depósito, sin testigos ni contrato, y (sí) se le niega (la devolución) en donde hizo el depósito, esta causa no admite reclamación.

124.- Si un Señor deposita plata, oro o cualquier otra cosa a (otro) para su custodia en presencia de testigos y (el depositario) le niega (la devolución), lo probará y pagará el doble de lo que haya negado.

125.- Si un señor depositó alguna propiedad suya y en el lugar donde se hizo el depósito, bien por factura, bien por escalo (de la pared) su propiedad desapareció juntamente con la propiedad del dueño de la casa, puesto que ha sido negligente, el propietario de la casa reemplazará lo que se le había dado en custodia y lo restituirá al propietario de los bienes. En cuanto al propietario de la casa, buscará detenidamente su propiedad perdida y la (re) cobrará del ladrón.

263.- Si ha dejado perecer al buey o al cordero que le había sido confiado, el (depositario) paga a su propietario buey por buey, cordero por cordero.

265.- Si un pastor al que le fue confiado ganado mayor para apacentarlo, se ha vuelto infiel y ha cambiado la marca y los ha vendido, se le probará y pagará a su propietario hasta diez veces lo que haya robado en ganado mayor o menor.

Es interesante conocer las sentencias del Rey-Dios Hammurabi, quien, según diversos autores nació entre los años 1822 y 1827 antes de Cristo y que, después de gobernar Babilonia, falleció en el año 1750 antes de Cristo; la importancia del estudio del Código de Hammurabi, estriba en que es el antecedente único que tenemos de la Ley de las doce tablas en Roma.

Como es de observarse del contenido de cada uno de los preceptos legales aquí transcritos, su autor se inspiró y apoyó al dictar sus ordenamientos legales en la Ley del talión y usando un criterio mágico o supersticioso, ponía siempre a los dios como testigo y juez de la causa. Los estudios sobre su obra no han logrado descubrir si estos juramentos debían realizarse ante algún dios en particular, o si se referían al propio Rey, quién se calificaba como Dios. (1. cfr)

1. cfr López Leal, Carlos Fernando, "HAMMURABI".- Tesis Profesional, seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UNAM, México 1989, pág. 259.

ROMA:

En Roma el depósito se definió así: "Es aquel contrato real por el que una de las personas (deponente) entrega a la otra (depositario) una cosa mueble para que la custodie gratuitamente con la obligación de restituirla siempre que se le pida". (2)

Del contenido de la definición aquí expuesta, se deduce que la característica esencial que configuraba el contrato de depósito, era la de ser gratuito que toda vez que de mediar en el mismo una remuneración para el accipiens, tornábase el contrato en algo distinto del depósito, pudiendo ser ya una locación de trabajo o un contrato innominado; sin embargo, - Ulpiano citado por Serafini Felipe nos dice "... una recompensa convenida ex-post, no cambia la naturaleza del contrato..." (3)

Una particularidad del contrato que aquí estudiamos era contemplada en el ordenamiento civil Romano, en el sentido de que el objeto sobre el cual recaía era exclusivamente de naturaleza noble, quedando en consecuencia excluidos los bienes inmuebles; este concepto tradicional del depósito, o sea el de ser un contrato real y gratuito, no ha sido seguido por lo general en los sistemas actuales, unos se apegan al mismo y otros, en cambio, han seguido otra corriente contraria y que es la de identificar al depósito el consensus de las partes.

2. Serafini, Felipe.- INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO", volumen II, Traducción de Juan de Dios Trias.- Espasa Editores, Madrid, s/a. pág. 136.
3. Ibidem. pág. 137

Como lo hemos dejado asentado con antelación en el Derecho Romano, el contrato de depósito tenía su consideración de gratuito y la presencia de una remuneración daría lugar a un contrato innominado o a uno de locación de servicios. A este respecto nos dice Vincenzo Arangio " La gratitud es para los clásicos, elemento esencial; solamente el derecho Justiniano expresa mediante interpolaciones (cfr. D13.6. 5 2; 47, 8 23), la tendencia a considerar que el pago de una módica retribución no desnaturaliza el contrato".(4)

Lo anterior nos indica que la gratitud, antes de Ulpiano era elemento esencial del contrato de depósito y que una vez llegado Ulpiano, esta idea cambió para quedar como se ha expresado anteriormente.

Ulpiano definió al contrato de depósito diciendo: "Depositum est quod constituendum aliquid datum est, dictum ex eo quod ponitur, preaepositio enim de august depositum, ut ostendat totum fidei eis commissum, quod ad custodia rei pertinent" (Di L 16, Tit. III, frag, 10.) encontrándose su regulación en el Digesto y en el Título XIV de la L.30. de las Instituciones.(5)

En el derecho romano se dió el nombre de Qui Deposuit al depositante y al depositario el de Qui Depositum Suscepit.

4 Arangio Rufz, Vincenzo.-"INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1973, traducción de la 10a. Edición Italiana por José M. Contreras Ferro, pág. 218

5 De Casso y Romero, Ignacio.- "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO", Tomo I, 2a. reimpresión 1961, Editorial Labor, S. A. Barcelona España, pág. 224.

El depósito se formaba en Roma de la siguiente manera:

El depositante entregaba el objeto a depositar al depositario, quien debía guardarlo y devolverlo intacto al depositante, esta acción traía, como consecuencia obligaciones para cada una de las partes; obligaciones que a continuación comentamos:

OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO: Estaba obligado a devolver la misma cosa que le había sido confiada, a la primera reclamación, aunque se hubiera fijado un plazo para la restitución; conservar la cosa, le estaba prohibido usarla, si violaba esta prohibición respondía no solo con la *actio depositi* sino también con la *actio furti*, como culpable de *furtum usus*, estaba obligado a restituir la cosa con todos sus accesorios, con los frutos recogidos durante el tiempo del depósito y no deteriorada, si alguna de estas condiciones faltaba, la cosa se tenía por no restituida.

OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE: Este estaba obligado a resarcir los daños que le había ocasionado la cosa del depositario y los gastos que éste haya realizado.

De el depósito en Roma se destacaron tres figuras, a saber:

a) **EL DEPOSITO NECESARIO O MISERABLE:** La cláusula del Edicto distingue del depósito normal el depósito efectuado con ocasión de graves calamidades públicas o privadas (*Quod - Tumultus Incendii Ruinae Naufragii Causa Depositum Sit*); en consideración a la particular perfidia de que en tales hipótesis da prueba el depositario infiel, la acción que en el depó-

sito normal lleva a una cadena al simple valor de la cosa, co -
respondía aquí en un duplum.(6)

b) EL SECUESTRO: EL cual se tratará ampliamente en el
capítulo tercero de este trabajo.

c) DÉPOSITO IRREGULAR: En éste el depósito se convertía
en una especie de mutuo, llamándose por ello depósito irregu -
lar, el dominio de la cosa pasaba al depositario con la obliga
ción de restituir otra cantidad de la misma especie que la re
cibida; en el depósito irregular siempre se entregaban bienes
fungibles.(7)

La distinción anterior se da a lo largo del tiempo y -
de los sistemas jurídicos, llegando hasta nuestros días. Aunque
han variado un poco en lo esencial, todas las legislaciones re -
conocen estos tres tipos de depósito, aunque el depósito irre
gular algunos países lo aceptan y otros no.

"Una verdadera protección del depósito existió gracias
a que el pretor creó una acción contra el depositario que no
restituyera la cosa y creó una formula in factum especial para
el caso".(8)

(6) cfr.- Arangio RUIZ, Vincenzo, ob. cit. pág. 347.

(7) Escriche, Joaquín.- "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDEN
CIA", primera edición, México 1979, pág. 539.

(8) (Arangio RUIZ, Vincenzo, ob. cit. pág. 346)

En la reconstrucción de las doce tablas, proveniente de los fragmentos de Gayo, formulada por José Ignacio Morales, se desprende una referencia al depósito, exactamente en la tabla tercera, la cual establecía que: "El depositario que dolosamente malversare el depósito, pague el daño doblado".(9)

(9) (Morales, José Ignacio.- "DERECHO ROMANO", Tercera Edición, Editorial Trillas, México 1989, pág. 37).

ESPAÑA:

"Las Leyes de Partidas en España, llamaron al contrato de depósito "CONDESIJO", tomó este nombre de Peño, que -- quiere tanto que decir como poner de mano en guarda de otro, -- lo que quiere condessar (Ley citada), Condessar es verbo que -- significa en romance dar en guarda o custodia". (10)

Manresa y Navarro da a la custodia la característica -- de específica y esencial al contrato de depósito, agregando -- que la restitución se haga en el día solicitado, cabe hacer -- notar que la finalidad de la custodia se encontraba apuntada -- como específica al contrato de depósito en la Ley 30. Título -- 3, Partida 50., en derecho español. El autor en el texto cita -- do nos dice lo siguiente al respecto: "Teniendo es degela -- guardar i lealmente de guisa que non se pierda nin se empeore -- por su culpa sin su angano", (11) por lo que tomando en coside -- ración el comentario del autor en estudio, podemos concluir -- que la referida Ley, desde esos años, estatufa los conceptos -- de guarda y lealtad, inherentes al depósito bases que permiten -- en su consideración de principales, la configuración del con -- trato de depósito.

El Código Civil Español de 1889, consideraba que la -- gratitud en el contrato de depósito era un elemento natural, -- salvo que existiera pacto en contrario.

(10) Manresa y Navarro, José María.- "COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL", tomo XI, Editorial Reus, Madrid 1931, pág. 571.

(11) Ob. cit. pág. 572

Las mismas partidas, en su Ley 2a. Título 3, Partida 5a., recogieron el principio romano de gratuidad y en la Ley 3a., hablan de cuando el depositario recibe precio por guardar la cosa que le dan en condesijo, esta gratitud se consideraba como esencial al depósito y así se estableció en el proyecto de Código Civil de 1851. (12)

Sin embargo en el Código Civil vigente, en el artículo 1758, si bien no define al depósito, si nos indica como se forma: " Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla", - como se observa, el legislador español ya no le atribuye al depósito la característica forzosa de gratitud, sino que ahora deja en libertad a las partes contratantes para estipular la modalidad que deseen contemplar.

(12) cfr. ibidem pág. 573

CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870.

El Código Civil mexicano de 1870, trata sobre el depósito en su Título Décimo-Cuarto "DEL DEPOSITO", Capítulo I y II; en este Título encontramos las siguientes características que regían al contrato en estudio:

Distinguía entre depósito en general y depósito simple, el primero era un acto por el cual se recibía la cosa ajena con la obligación de custodiaria y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella; el segundo era el que hacía el dueño de la cosa; el que hacían la autoridad pública o los litigantes de acuerdo, a un ordenamiento judicial en cuyo caso tomaba el nombre de secuestro.

En el Código en estudio, el depósito era de naturaleza gratuita, aunque en él se autorizaba estipular alguna gratificación. (art. 2665).

El deponente tenía la obligación de hacer constar por escrito, firmado por el depositario, la cantidad, clase y demás señas específicas de la cosa depositada (art. 2666), y la omisión de este requisito obligaba al deponente, para el caso de que se le negara o adulterara el depósito, a probar la realidad de éste o la adulteración que alegue se le hubiera hecho en él. (art. 2667)

El depositario que hubiera sido convencido de haber negado o adulterado el depósito quedaba sujeto a las penas de robo o falsedad. (art. 2668)

En cuanto a la capacidad de las partes, el Código de 1870 permitía que contrataran "... todos los que puedan cotra-
tar" (art. 2669), y establecía que la capacidad de uno de los
contratantes no eximía al otro de la obligación a que se seje
taba por razón del contrato, además el incapaz que aceptaba -
el depósito podía, en caso de que se le demandara por daños y
perjuicios, oponer como excepción la de nulidad del contrato, -
perno no podía eximirse de restituir la cosa depositada. Cuan
do la incapacidad no fuere absoluta, podía el depositario ser-
condenado al pago de daños y perjuicios en caso de que hubiere
procedido de mala fé o con dolo.

En este Código se hace referencia al depósito irregu-
lar en su artículo 2673 y establecía que "El contrato llamado
hasta hoy depósito irregular, que consiste en dar una cantidad
de dinero no exigible sino en cierto plazo, cobrando entre -
tanto réditos, así como toda la entrega de dinero que cause -
interés, no se registrá por las disposiciones relativas al depó
sito, sino por las que arreglan el censo consignativo, o por
las del mutuo con interés, cuando falte esa circunstancia, ya
sea que en uno o en otro caso se constituya o no hipoteca".

En el capítulo segundo del Título Décimo del ordena -
miento legal en estudio, se establecían las obligaciones y --
derechos del que dá y del que recibe el depósito, las que en-
esencia no han cambiado hasta nuestros días en el Código Civil
de 1928, por lo que no comentaremos más al respecto de este -
Código de 1870, pues sería repetitivo con lo anteriormente -

expuesto y con los comentarios que se harían a continuación al Código Civil mexicano de 1884.

CODIGO CIVIL DE 1884

En atención a la advertencia formulada en el último párrafo del apartado anterior, nos referimos ahora a la regulación del depósito en el Código Civil de 1884, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

En este Código se señalaba en su artículo 2554 que - "El depósito en general es un acto por el que se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella".

Se llamaba simplemente depósito al que hacía el dueño de la cosa; el que hacía la autoridad pública o los litigantes mediante la intervención judicial se le llamaba secuestro.

Por su naturaleza el depósito era gratuito, pero se podría estipular alguna gratificación, y era obligación del deponente hacer constar por escrito firmado por el depositario, la cantidad, clase y demás señas específicas de la cosa depositada, la omisión de tal requisito sujetaba al deponente en el caso de que negara o adulterara el depósito, a la obligación de probar la realidad de éste o la adulteración que alegara -- haberse hecho en él, lo anterior conforme a los artículos 2547, 2548 y 2549 del Código en estudio.

Podían realizar el contrato de depósito todos los que tuvieran la aptitud legal de contratar, no obstante ello, la incapacidad de uno de los contratantes no eximía al otro de las obligaciones a que estaban sujetos; por otra parte, tanto el que depositó como el depositario y el incapaz que aceptaran

el depósito, podían si se les demandaba por daños y perjuicios, oponer como excepción la nulidad del contrato; más no podía eximirse de restituir la cosa depositada, si la conservaba - aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido en caso de que la hubiesen enajenado; cuando la incapacidad no fuere absoluta, podía el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo o mala fe.

El depositario estaba obligado a:

I.- Prestar en la guarda y la conservación de la cosa depositada, el cuidado y la diligencia que acostumbraba emplear en la guarda de sus propias cosas y a:

II.-Restituir el depósito, cuando le fuere exigido, con todos los frutos y accesorios.

El depositario, no era responsable del caso fortuito - ni de la fuerza mayor, si no se había obligado a uno u otro - expresamente, o si sobrevinieren estando la cosa en su poder, por haber sido moroso en restituirla, así mismo el depositario sólo podía servirse de la cosa depositada con permiso del dueño, y este permiso nunca se presumiría, siempre debería - constar expresamente, en caso de que el depositario se sirviera de la cosa sin permiso del dueño, era responsable de todos los daños y perjuicios que se ocasionaran; cuando del depositario tuviera permiso del dueño para usar la cosa, el contrato se convertía en mutuo, comodato, uso o usufructo.

Quando el depósito consistiera en dinero, el depositario debía pagar intereses de las cantidades que hubiera dispuesto desde el día en que lo hubiere hecho; también pagaría interés de la cantidad que hubiere quedado debiendo concluido el depósito, desde que se constituyó en mora.

El depositario, sólo podía restituir la cosa dada en depósito, al que se la hubiera entregado o a aquel en cuyo nombre se hubiere hecho el depósito o fuere designado para recibirla; pero si después de constituido el depósito, tenía conocimiento de que la cosa era robada, y de quién era el verdadero dueño, tenía la obligación de dar aviso a la autoridad competente con la reserva debida o al mismo dueño, si no se le mandaba judicialmente retener o entregar la cosa, podía devolverla al que la depositó, sin que por ello quedara sujeto a responsabilidad alguna.

Si eran varios lo que daban una sola cosa o cantidad en depósito, no podía el depositario entregarla, sin previo el consentimiento de los deponentes, computando cantidades y no por personas; a no ser que al constituirse el depósito se hubiera convenido en que la entrega se hiciera a cualquiera de los deponentes, pudiendo el depositario entregar a cada deponente una parte de la cosa, si al constituirse el depósito se señaló la que a cada uno de los deponentes correspondía.

En cuanto al depósito hecho a nombre de algún incapaz de contratar por su representante legítimo, sería la cosa restituida al que lo constituyó o al mismo incapaz. luego que -

cesara su incapacidad previa declaración judicial; si el deponente perdía después de constituido el depósito su capacidad para contratar, la cosa depositada se entregaba a quien legítimamente desempeñaba la administración de los bienes del incapaz.

El lugar para la entrega de la cosa depositada, era el convenido, si no hubiere convenido lugar, se devolvería en el lugar en que se hallara la cosa depositada, siendo los gastos por cuenta del deponente, debiendo el depositario restituir la cosa en cualquier tiempo en que se lo reclamase el deponente, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y este no hubiere llegado.

El depositario, no estaba obligado a devolver la cosa cuando judicialmente se le mandara retener o embargar, aunque podía por justa causa devolver la cosa antes del plazo convenido, si el deponente se negaba a recibir la cosa depositada, el depositario podía hacer consignación de ella en los términos prevenidos en el capítulo tercero del Título cuarto del Código en estudio.

El deponente estaba obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que hubiere hecho en la conservación de la cosa, y de los perjuicios que por él haya sufrido, no pudiendo retener el depositario la cosa, aún cuando al pedírsela no hubiera recibido el importe de los gastos realizados para su conservación, pero en este caso, sí podía pedir judi-

cialmente la retención de la cosa en caso de que no se asegurara el pago de los gastos señalados, tampoco podía retener - la cosa como prenda que garantizara otros créditos que tuviera contra el deponente.

b) DEFINICION LEGAL Y DOCTRINAL

DEFINICION LEGAL:

El Código Civil de 1928, trata del depósito en el Título Octavo, "Del Depósito y del Secuestro", CAPITULO I "Del Depósito". En sus artículos del 2516 al 2538, define al depósito como aquel "... contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confia, y a guardarla para restituirla - cuando la pida el depositante".

Esta definición que nos da nuestro legislador coincide con casi todas las definiciones contempladas en los Códigos - Civiles tanto de la República Mexicana como de otras Repú blicas del orbe, aunque en estricto sentido tienen algunas di ferencias, por ejemplo en el Código Civil Argentino, se defi ne al depósito caracterizándolo como gratuito, circunstancia- esta que no la contempla nuestro legislador; en cuanto a la - similitudes que guardan los conceptos de depósito con la defini ción dada por nuestro Código, estan las legislaciones de Ita lia, Francia y España entre otros, en estas legislaciones se permite que las partes sujeten la modalidad del depósito a lo que las mismas dispongan, es decir pueden estipularlo oneroso o gratuito.

Por lo que se refiere a los Códigos de 1870 y 1884 y a diferencia de estos, el contrato de depósito es hoy en día consensual, en contraposición de los anteriores códigos en -

que era real el contrato, y también lo convierte en Bilateral.

En efecto, en los conceptos proporcionados por los Códigos anteriores para que el depósito se perfeccionara, era necesario la entrega de la cosa, en cambio en nuestro Código actual basta únicamente el obligarse a recibir para que se perfeccione el contrato, es decir basta con el simple acuerdo de las partes para que sea perfeccionado el contrato.

En los Códigos de 1870 y 1884 las obligaciones eran sólo para el depositario, pues el depositante cumplía sólo con entregar la cosa y todas las obligaciones eran para el que debía custodiar la cosa. Hoy en día, en el Código vigente el contrato es bilateral y consensual, las obligaciones que genera el contrato son a cargo de los contratantes.

Tanto en el Código de 1870, como en el de 1884 y en el actual, este contrato de depósito es gratuito, aunque puede estipularse una retribución; lo cual como hemos visto no cambia la naturaleza del contrato.

También los contratos anteriores al vigente el depósito sólo podía recaer sobre los bienes muebles, en el actual puede recaer sobre los bienes muebles o inmuebles, siempre y cuando estén dentro del comercio, sean lícitos, existan en la naturaleza, sean determinados o determinables.

De la descripción legal del depósito ya transcrita, se desprenden los siguientes elementos del contrato en estudio:

SUJETOS: el deponente o depositante y el depositario.

FORMA DEL CONSENTIMIENTO: el contrato es consensual.

OBJETO: la obligación del depositario de recibir la cosa, custodiarla y restituirla cuando se le requiera por el depositante.

El objeto indirecto puede consistir en una cosa mueble o inmueble.

CLASIFICACION: Es un contrato bilateral, consensual, gratuito aunque puede ser oneroso, formal, real, principal, excepcionalmente accesorio.

DEFINICION DOCTRINAL:

No hay autor nacional o extranjero que, al tratar de los contratos civiles en general, no haya hablado del depósito, por lo que existe gran cantidad de definiciones de este contrato, todas ellas son doctrinales y no dejan de dar los elementos para entender y comprender mejor este contrato, entre los autores y sus definiciones podemos comentar las siguientes:

El maestro Leopoldo Aguilar define al depósito de la siguiente manera: " El depósito es un contrato por el cual se obliga el depositario a recibir una cosa mueble o inmueble que el depositante le confía, para que la custodie y la restituya cuando se pida". (13)

El maestro Francisco Lozano Noriega lo define diciendo que: "Es aquel por virtud del cual uno de los contratantes --- llamado depositario --- se obliga hacia otro --- llamado depositante --- gratuita u onerosamente a recibir una cosa mueble que aquél le confía y a una cosa mueble o inmueble que le confía y a conservarla para restituirla cuando la pida el depositante". (14)

El maestro Sánchez Medel, lo define así:

"El depósito es un contrato por el que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble-

13 Aguilar Carbajal Leopoldo.- "CONTRATOS CIVILES", segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1977, pág. 173.

14 Lozano Noriega, Francisco.- "CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS", Editado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, -- México 1982, pág. 354.

que aquél le confía, y a guardarla para restituirlo individualmente cuando lo pida el depositante". (15)

El maestro Zamora y Valencia define el depósito como "El contrato que por virtud del cual una de las partes llamado depositario se obliga a recibir una cosa mueble o inmueble que la otra, llamada depositante, le confía, para conservarla y restituirla cuando éste se la pida". (16)

Enneccerus lo define diciendo que "Por el contrato de depósito el depositario toma a su cargo la obligación de custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante".(17)

"El depósito es el contrato por el cual una persona, - el depositario, se obliga para con otra, el depositante, que le ha confiado una cosa mobiliaria, a conservarla y a restituirla cuando esta última quiera", así definen al depósito - Henry, León y Jean Mazeaud. (18)

(15) Sánchez Medal, Ramón.- "DE LOS CONTRATOS CIVILES", novena edición, -- Editorial Porrúa, S.A., México 1988, pág. 292.

(16) Zamora Y Valencia, Miguel Angel.- "CONTRATOS CIVILES", Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 175

(17) Enneccerus, Ludwig.- "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES", vol. segundo, - Doctrina Especial, primera parte, Bosch, Casa editorial, Barcelona - 1955, pág. 643

(18) Henri León y Jean Mazeaud.- "LECCIONES DE DERECHO CIVIL", Parte tercera, volumen IV, "LOS PRINCIPALES CONTRATOS" (continuación) Traducción de Luiz Alcalá Zamora y Castillo, Editorial Ediciones Jurídicas, Europa, América, Buenos Aires, 1962, pág. 484.

Y por último Luis Muñoz, nos dice que "El depósito es un contrato de prestaciones recíprocas, sobre todo cuando el depositante debe una retribución, pues el cumplimiento de la obligación de custodia en el tiempo da derecho al depositario a percibir la remuneración convenida". (19)

De las definiciones anteriormente transcritas, considero que la más completa es la expresada por dos autores franceses Mazeaud, sin embargo aún considero que tales definiciones carecen de un elemento del depósito y que es la que el depositario no podrá hacer uso de la cosa dada en depósito.

En consecuencia y después de analizar las definiciones anteriores podemos estar en condiciones de dar nuestra propia definición del contrato de depósito y así tenemos que el depósito ES UN CONTRATO EN VIRTUD DEL CUAL UNA PERSONA, LLAMADA, DEPOSITANTE, ENTREGA A OTRA PERSONA, LLAMADA DEPOSITARIO, UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE CON LA OBLIGACION DE ESTE ULTIMO DE DEVOLVERSELA CUANDO SE LA PIDA, CUSTODIANDOLA EN FORMA GRATUITA U ONEROSA SEGUN HAYAN ACORDADO Y CON LA PROHIBICION DE USARLA SALVO PACTO CONTRARIO.

(19) Muñoz, Luis.- "DERECHO CIVIL MEXICANO", tomo III, Ediciones Modelo, México 1971, pág. 380.

c) REGULACION EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE:

Partiendo de las definiciones doctrinales y legales - antes analizadas, podemos proceder a la descripción de las - consecuencias jurídicas de la relación personal que surge de - la celebración de este contrato.

Desde luego que es un elemento fundamental para el - perfeccionamiento de este contrato, es la entrega de la cosa - en manos del depositario.

1.- OBLIGACION DE RECIBIR.- El bien material del depósito ya sea mueble o inmueble, en nuestro sistema basta con obligarse a recibir el bien por parte del depositario para -- que se perfeccione el contrato, pero la entrega de la cosa -- al depositario es la base que permitirá hacer exigibles las - obligaciones de recibir, custodiar y restituir el bien dado - en depósito.

2.- OBLIGACION DE CUSTODIAR.- Esta obligación de cus - todiar, en el contrato de depósito, representa el fin principal; debiendo el depositario (que es quien asume la responsabilidad al aceptar el depósito), emplear en tal obligación, - diligencia igual a la que acostumbra con sus propias cosas.

3.- LA OBLIGACION DE RESTITUIR.- La Restitución representa un aspecto consecencial del negocio e implica la devolución del bien a quien constituyó el depósito, ya porque le sea pedido al depositario o bien porque haya concluido el plazo que para el depósito se convino.

El artículo 2517 del Código en estudio dispone que, - salvo pacto en contrario el depósito debe ser retribuido.

ELEMENTOS ESCENCIALES.- Son aquellos en ausencia de los cuales es imposible concebir la existencia del contrato y son, a saber:

1.- Consentimiento

2.- Objeto

CONSENTIMIENTO.- Podemos definir el consentimiento como el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por finalidad la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Este es el requisito esencial al carácter de voluntario, habrá éste de manifestarse en una forma clara y precisa; esto es, que en el momento de contratar se adquiriera la obligación de custodiar, siendo la misma el fin principal del contrato.

Hay casos en los cuales el consentimiento no se manifiesta con entera espontaneidad y, por consiguiente, libertad, y sin embargo se habla de depósito, aún cuando de carácter -

necesario: este depósito llamado necesario está determinado por circunstancias imprevistas y es hecho en un caso de necesidad o accidente imprevisto.

Al respecto Planiol y Ripert, nos dicen que el Depósito necesario es aquel en el cual el depositante no ha podido escoger libremente a la persona del depositario por haber obrado bajo el temor de una plaga súbita, incendio, inundación, pillaje, etc. que lo ha obligado a confiar la cosa depositada en poder de la persona que en este momento encuentra y con la mayor precipitación (20)

Podemos concluir de todo lo anterior que el depósito voluntario es constituido sobre una libre elección del depositario y que, por ende, permite al depositante el conocimiento de sus cualidades o diligencias, mientras que en el llamado necesario, la diligencia o cualidades del depositario se desconoce, y su elección es forzada.

OBJETO DEL DEPOSITO.- El objeto de este contrato estará constituido por las obligaciones que se crean entre ambas partes contratantes y que son:

PARA EL DEPOSITANTE:

a) La entrega del bien, como fase ejecutiva, posterior al perfeccionamiento consensual del contrato y que permite al

(20) cfr Planiol y Ripert.- "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL FRANCÉS". Teoría General de los Contratos. Tomo VII, Editorial Cajica, Traducción de José María Cajica, Puebla, Puebla 1947, pág. 492.

traditante exigir al depositario el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

b) Pagar honorarios (artículo 2517 Código Civil vigente para el Distrito Federal), salvo pacto en contrario.

c) Indemnizar al depositario de los gastos que ocasione el depósito.

PARA EL DEPOSITARIO:

a) La obligación de recibir el bien que se le entregue para su depósito.

b) Custodiar el mismo, aspecto éste que representa el motivo principal del contrato.

c) Restituir el bien al depositante cuando le sea exigido o haya concluido el plazo que para el contrato se convino; salvo el depósito en garantía, punto sobre el cual volveremos a insistir posteriormente.

El objeto indirecto del contrato lo será el bien materia del mismo que en nuestra legislación y de acuerdo con el artículo 2516 del Código en estudio, podrá ser mueble o inmueble; diferencia notoria con otros sistemas que sólo admiten como configurador del contrato de depósito al bien mueble, excluyendo los inmuebles.

Efectivamente en nuestra legislación civil, como hemos afirmado en el párrafo anterior, el depósito puede ser sobre bienes muebles o inmuebles, no existiendo impedimento legal alguno para ello.

ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Serán de acuerdo con el artículo 1795 del Código Civil, contrario sensu:

- a) Capacidad de las partes.
- b) Ausencia de vicios del consentimiento.
- c) Objeto, motivo o fin lícitos.
- d) La forma prescrita por la Ley.- Este es un elemento de validez que no se exige en el contrato en estudio, pero las partes pueden utilizarlo para obtener una mayor seguridad de lo contratado.

a) **CAPACIDAD DE LAS PARTES.**- Por lo general, casi todos los ordenamientos legales exigen para constituir el depósito una capacidad general, y no requieren respecto del depositante la propiedad de la cosa, en consecuencia, válidamente pueden dar en depósito el arrendatario, el comodatario, el mandatario o el poseedor.

De lo anterior, creemos será referido únicamente al depósito de carácter regular, pues el mismo implica, en la fase de la restitución, que sea el mismo bien dado en depósito el que se restituya, y en el tiempo que se solicite.

Tratándose del depósito irregular, consideramos que la propiedad es necesaria para el deponente, en virtud de que dicho depósito implica transferencia de propiedad, con obligación para el depositario de restituir el Tantundem de lo recibido.

Por lo tanto, las personas que sólo tengan el uso o disfrute de algunos bienes pueden celebrar con ellos válidamente contratos de depósito.

El artículo 2520 del Código Civil en cita, hace mención a la situación que surgirá en caso de que, habiendo capacidad por parte del depositario, éste podría en caso de contienda, oponer la nulidad de lo contratado por sufrir una incapacidad, pero si bien le es dable lo anterior, tal excepción no le serviría de título para quedar con el bien que se le dió en depósito, pues si así fuera estaríamos, en nuestro concepto, ante un enriquecimiento sin causa.

En el artículo 2521 del mismo ordenamiento, en su texto, nos previene "Si la incapacidad es parcial, puede el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios cuando se compruebe que obró de mala fé...".

Si el depositante es incapáz, casi siempre la opción de ejercitar la nulidad del contrato, será hecha en el sentido de mantener el mismo, porque será en su interés y el depositario está obligado a cumplir lo convenido.

El caso contrario, o sea, cuando el incapaz es el depositario, su interés exigirá más a menudo la anulación del contrato; así, si el incapaz ha enajenado la cosa, o la ha dejado perecer por falta de cuidado, escapará a toda responsabilidad demandando la nulidad del contrato. El depositante tiene una acción de reivindicación si la cosa aún está en poder del incapaz, o una acción de restitución del precio, si el incapaz hubiere enajenado el bien mediante un precio.

b) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- De acuerdo con el artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal, el consentimiento en los contratos, en nuestro caso del depósito, no será válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia, sorprendido por dolo, mala fe, o que de lugar a originar un caso de lesión.

El error vendrá a ser en nuestro concepto, una falta de adecuación entre la realidad y el intelecto, Podrá ser de hecho o de derecho, mismos que invalidarán el contrato cuando recaigan sobre el motivo determinante de la voluntad si fue declarado el motivo, o sea, depende del contrato, conforme al artículo 1813 del mismo ordenamiento.

Cuando una de las partes en el contrato provoque en la otra un error, hará su aparición el dolo, y cuando la parte afectada por el error sea mantenida en él, aparecerá la mala fe.

La violencia es otro vicio que puede afectar la validez del consentimiento en el contrato de depósito, cuando la misma aparezca, acarreará una nulidad de carácter relativa, a cuyos efectos le son aplicables, para su convalidación, la ratificación y el cumplimiento voluntario.

Otro de los vicios del consentimiento es la lesión que también puede darse en el depósito. la lesión se define, diciendo:

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 aparece la lesión, en este caso, 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, lo anterior conforme al artículo 17 del Código en estudio.

En el artículo 1818 del citado Código Civil, se prevé: "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato..."

Por su parte el artículo 1819 del mismo ordenamiento, nos indica cuándo existe la violencia y al respecto regula lo siguiente: "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...".

Nuestro Código Civil, en su artículo 2230 establece - que "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz...".

c) OBJETO, MOTIVO O FIN LICITO.- El objeto del contrato de depósito, de acuerdo con el artículo 1824 fracción II, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, será "El hecho que el obligado debe hacer", el cual a su vez deberá - ser posible y lícito.

El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, y su objeto no debe ser contrario a las Leyes de - orden público ni a las buenas costumbres.

d) LA FORMA PRESCRITA POR LA LEY.- Esta, en el contrato de depósito, permite contar con un fondo documental escrito que facilita su existencia, mas no como elemento de validez, - es decir, su finalidad será como medio de prueba de la existencia del contrato.

" En el Código Civil vigente, los artículos 1833 y - 2232, vienen a derogar el formalismo rígido de los Códigos - Civil y Procesal de anterior vigencia.

I.- DEPOSITANTE HACIA DEPOSITARIO:

a) Entregar el bien materia del depósito al depositario.

b) Pagar honorarios (depósito retribuido), salvo el pacto de gratitud conforme al artículo 2517 del Código Civil.

c) Indemnizar por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la custodia, así como las gastos que surjan en el transcurso del depósito.

Con la relación de los enunciados anteriores nos permitimos hacer las siguientes consideraciones y comentarios:

La obligación de cubrir honorarios al depositario, da al depósito el carácter de oneroso y de bilateral.

Es un contrato principal, aunque excepcionalmente puede llegar a ser accesorio, cuando se trata por ejemplo del llamado depósito en garantía, pero en este caso el depósito tiene semejanza con la prenda y se pone a discusión su naturaleza.

En nuestro sistema el contrato de depósito es consensual; la fase de la entrega es un aspecto ejecutivo del contrato, pero no necesario para su perfeccionamiento.

Por lo demás esta innovación está de acuerdo con los fines de la forma tal y como se regula en el derecho moderno, pues si la voluntad de las partes consta de manera automática, aún cuando no se haya observado la formalidad específica que requiere la Ley, es evidente que el contrato sí debe producir efectos pero después de que se haya elevado, previo el juicio correspondiente a la forma requerida". (21)

Podemos concluir de lo anterior que en nuestro sistema civil se da al requisito de la forma, no una presencia necesaria para dar validez al contrato, sino su consideración de medio probatorio, pudiendo el consentimiento expresarse válidamente de manera escrita o verbal, salvo disposición en contrario.

Ahora bien, independientemente de que cada una de las partes contratantes en el contrato de depósito que venimos tratando, tenga sus propias obligaciones y derechos, existen relaciones entre ellos que son en realidad sus deberes, estos son los enunciados anteriormente, es decir:

21 (Rojina Villegas, Rafael, "DERECHO CIVIL MEXICANO" (Contratos) Tomo VI, Antigua Librería Robredo, México 1956, pág. 198).

Las obligaciones del depositante surgen en el acto mismo, y por accidente, los gastos que habrán de ser reembolsados al depositario. Los gastos serán necesarios a la conservación de la cosa, o bien a cubrir daños y perjuicios con motivo del depósito, esto es en un primer momento y de origen sólo obligaciones para el depositario; pero en un segundo y de tipo accidental, los habrá para el depositante.

En nuestro ordenamiento civil y dado que el depósito es retribuido, el deponente habrá de pagar honorarios al accipiens salvo el pacto de gratitud conforme al artículo 2517 del ordenamiento en estudio, como ya se señaló anteriormente.

Ahora bien, en cuanto al pago de honorarios éstos pueden pagarse o no; pero en lo que atañe al pago de los gastos ocasionados con motivo del depósito, pueden presentarse varias situaciones, a saber:

GASTOS NECESARIOS.- A la conservación de la cosa, estos son gastos motivados por el depósito, y por tanto su pago es operante en favor del depositario; el gasto necesario, podríamos decir que será aquel que mantenga el objeto depositado en aptitud constante de uso y presencia.

GASTOS DE OSTENTACION.- Si el depositario decide realizar algún gasto de carácter extraordinario, es decir, fuera de toda necesidad, esto es por vía de mera ostentación; no creo que pueda exigir al deponente el pago de los mismos, ya que ha sido él quien ha logrado la satisfacción que el acto de ostentación representa y por consiguiente quien debe soportar el gasto superfluo, aunque creo también que si es el deponente el que ordena los gastos de ostentación deberá ser él quien tenga a su cargo el pago de los mismos.

La indemnización de los daños y perjuicios que se causen con motivo del depósito, los habrá de cubrir el deponente al depositario cuando éste sufra detrimento en sus particulares intereses.

La restitución de la cosa depositada es una obligación ineludible para el depositario, quien no podrá retenerla, aún cuando al pedírsela no haya recibido el importe de los gastos hechos en la conservación de la misma, o la indemnización correspondiente a los perjuicios, si estos fueron causados y -- tampoco haya recibido sus honorarios según se dispone en el artículo 2533 del Código Civil vigente, pudiendo sin embargo solicitar que judicialmente se le autorice la retención del objeto depositado si no se le asegura el pago.

Una sola excepción encuentre en nuestro derecho con relación a esta obligación de devolver la cosa y es la que se presenta cuando se han mandado al accipiens judicialmente re- tenerla, así lo dispone el artículo 2528 de nuestro multici - tado Código Civil.

No le es permitido al depositario, en nuestra legisla- ción, ejercer en el depósito un derecho de retención, y si la cosa que le ha sido dada en depósito resultara ser del mis- mo depositario, habrá de ser puesto judicialmente en poder - de ella, al igual que cuando se autoriza por el Juez a quedar el depositario con la cosa en su poder. Lo anterior creo que obedezca al deseo del legislador de no permitir en forma algu- na la presencia de los efectos que la actio serviana produce.

II.- DEPOSITARIO HACIA DEPOSITANTE:

A) GUARDA Y CONSERVACION DE LA COSA DEPOSITADA.- Es - el primer deber que ha de realizar el depositario y habrá de poner en ello tal cuidado y celo como el que pone en sus propias cosas, así se establece en el artículo 2522 de la Ley en estudio.

El artículo 2522 del mismo ordenamiento, indica responsabilidad para el depositario cuando la cosa sufra daños o - menoscabo por malicia o negligencia.

La obligación de custodiar y guardar trae consigo una

responsabilidad de gran importancia cuando:

- 1.- Haya pacto expreso o tácito.
- 2.- Porque en ausencia de tal pacto se entiende está agravada.
- 3.- Cuando haya oferta de parte del depositario de custodiar y ocasione una mayor confianza en el depositante.
- 4.- Cuando se trate de un depósito remunerado, pues en éste hay provecho o compensación para el depositario.
- 5.- Cuando el depósito es constituido reportando utilidad al depositario, como en este caso el que obtiene provecho de la relación contractual será el depositario, habrá de exigírsele una mayor diligencia que podrá agravarse por tal provecho.

B) RESTITUCION.— Esta obligación aparte de custodiar y guardar, representa un aspecto de consecuencia del contrato.

Debe restituirse la misma cosa que se dió en depósito, siempre y cuando se trate de un depósito regular, pues en el depósito irregular queda el depositario liberado con restituir otro tanto de lo depositado.

Si el depósito ha sido hecho a nombre de quien lo constituyó, es a él a quien ha de entregarse el bien o a su representante legal o convencional.

Si el depositante fallece, la restitución será a sus herederos; al igual que la situación contraria, o sea el fallecimiento del depositario hará que la obligación de restituir recaiga en sus herederos, quedando regido por las disposiciones del Código Civil aplicable a las sucesiones.

Cuando son varias las personas que constituyeron el depósito de una sola cantidad o cosa, sólo podrá ser devuelto a la mayoría computada por cantidades y no por personas, salvo el caso de que se haya convenido que la devolución pueda hacerse a cualquiera de ellos, como lo establece el artículo 2525 de nuestro Código Civil. Si se señala qué es lo que corresponde a cada depositante, debe entregársele su parte, así lo establece el artículo 2526 del mismo ordenamiento.

El bien dado en depósito debe restituirse, cuando este se le ha pedido al depositario, aún cuando medie plazo; el plazo en tal contrato ha quedado en beneficio del depositante, y puede renunciar a él.

El artículo 2523 del invocado ordenamiento indica que si una vez constituido el depósito, el depositario toma conocimiento de que la cosa que se le ha dado en depósito es robada y quién es el verdadero dueño, está obligado a dar aviso a éste o ante la autoridad correspondiente hacer la denuncia --

con la reserva debida.

El depositario una vez que haya hecho tal denuncia, y transcurrido el plazo de ocho días en los cuales o bien se le manda entregar el bien al dueño o bien se le ordena retenerlo judicialmente, queda exonerado de responsabilidad si tal no sucede y restituye el bien al deponente.

d) DERECHO COMPARADO:

.ITALIA:

El ordenamiento Civil Italiano vigente, en su artículo 1766 indica cuando existe el depósito y a la letra establece que: "El depósito es un contrato en virtud del cual una parte recibe de otra una cosa mueble con obligación de custodiarla y restituirla en especie".

Del contenido del artículo transcrito se puede afirmar, que la perfección del contrato de depósito sólo se logra en el momento en que una parte recibe el bien mueble para su custodia, es decir la fase receptiva es lo que permite perfeccionar el depósito.

El artículo 1767 del mismo Código establece, con respecto a la gratuidad, que: "... el depósito se presume gratuito salvo por la calidad profesional del depositario, o por otra circunstancia deba derivarse una voluntad distinta de las partes..."

Es decir, en Italia, la Ley permite que exista el contrato de depósito gratuito, siendo en un principio básica la gratuidad, pero no prohíbe el depósito remunerado e incluso lo permite tomando en cuenta la calidad profesional del depositario.

En Italia, el consentimiento es el requisito esencial -

al contrato de depósito y la espontaneidad del mismo da al depósito el carácter de voluntario, conforme el artículo 1839 - del Código en estudio, este consentimiento deberá de manifestarse en una forma clara y precisa.

En la legislación Italiana se acepta el depósito necesario y al respecto Planiol y Ripert nos definen al depósito necesario como aquel en el cual "el depositante no ha podido escoger libremente a la persona del depositario por haber obrado bajo el temor de una plaga súbita, incendio, inundación o pillaje, etcétera, que lo ha obligado a confiar la cosa depositada en poder de la primera persona que encuentra y con la mayor precipitación", y continúan diciendo los autores mencionados: "... es debido al apresuramiento con que se hizo el depósito que la Ley admite la prueba testimonial aún cuando se trate de un valor mayor a los 150 francos..." (22)

En cuanto al objeto, el ordenamiento Civil Italiano, en su artículo 1837 indica que "...pueden ser objeto del depósito los bienes de naturaleza corporal y muebles de naturaleza consumible o no consumible, líquida o sólida, billetes de banco, objetos preciosos, oro, plata y numerario".

22 Planiol y Ripert.- "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL FRANCÉS.- Teoría General de los Contratos", Tomo VII, pág. 492.- Editorial Cajica, Traducción de José María Cajica, Puebla 1947.

Dicho artículo, abarca las posibles naturalezas que puede tener el bien; pero indica claramente que las mismas habrán de quedar referidas a algo mueble y corporal quedando en consecuencia exceptuados los inmuebles.

El mismo ordenamiento dispone, en su artículo 1769, - que: "El depositario incapaz, es responsable de la conservación de la cosa en los límites en que pueda ser obligado por hechos ilícitos". Este artículo establece la obligación de conservar la cosa y además el derecho del depositante a que le sea restituído el bien; implicando, por tanto, una obligación para el incapaz cuyo cumplimiento no podrá eludir, sino en los supuestos del precepto en cita.

En cuanto a la forma, el artículo 1314 del Código en estudio prevé que el depósito no requiere para su perfeccionamiento de alguna escritura, puede ser realizado en cualquier forma, ya escrito como verbal y nada impide en principio que se forme tácitamente, en esta legislación los documentos relativos al depósito serán más bien medios de prueba para las partes; pueden convenir que el contrato sólo tenga vida mediante escrito, sus medios de prueba serán testimonio o presunciones por menos de quinientas libras.

FRANCIA:

El Código Civil Francés, en su artículo 1915, establece que "El depósito es un contrato por el cual una de las partes entrega una cosa mueble para su guarda y se obliga a restituirla cuando se le pida".

El carácter real de tal contrato es evidente de acuerdo con dicha definición, pues para su perfeccionamiento se requiere la entrega del bien materia del depósito.

De acuerdo al artículo 1917 del mismo ordenamiento, el depósito es gratuito esencialmente, pues en el artículo 1928 de la citada legislación se contempla la posibilidad de un depósito retribuido.

En Francia existe el depósito necesario y el artículo 1949 del Código Civil Francés, prevé que: "El depósito necesario es aquel que ha sido forzado por algún accidente tal como un incendio, ruina, pillaje, naufragio u otro evento imprevisto".

En cuanto a la forma del contrato, la legislación francesa en su artículo 1923 exige prueba escrita en este contrato de depósito sólo a partir de un límite numérico, y ese límite es el de 500 francos; en caso de litigio, si el actor no tiene la prueba, puede solicitar la comparecencia personal, la confesión o la prestación del juramento y obtener de ese modo la prueba de que se carece.

En el Código Civil Francés, las obligaciones de reembolso de gastos y pago de honorarios al depositario por el deponente están garantizados por un derecho de retención en provecho del depositario.

A diferencia de otras legislaciones, en Francia el contrato de depósito, sólo puede recaer sobre cosas muebles y sólo lo puede realizar el propietario de la cosa por su consentimiento expreso o tacito, deberá concretarse por personas capaces, no obstante si la persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otro incapaz aquella tendrá todas las obligaciones de un verdadero depositario y puede ser demandado por el tutor o el administrador de la persona que haya hecho el depósito, de acuerdo con el artículo 1925 de la Ley en estudio.

Conforme al artículo 1927, el depositario debe poner, en la custodia de la cosa depositada, los mismos cuidados que en la guarda de las cosas que le pertenecen, no estando obligado el depositario en ningún caso, por los accidentes de fuerza mayor; a menos que se haya constituido en mora de devolver la cosa depositada.

Tampoco puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso o presunto del depositante, y en caso de que se haya depositado un cofre cerrado o bajo sobre cerrado, el depositario no debe tratar de averiguar que cosa se le ha depositado, debiendo devolver la misma cosa que haya recibido, así, el depósito de sumas de dinero debe ser devuelto en las mismas es-

pecies en que se haya hecho, ya sea en el caso de aumento como en caso de disminución del valor.

El depositario no está obligado a devolver la cosa depositada sino en el estado en que se encuentre en el momento de la devolución, no estando a cargo del depositario que no hayan sobrevenido por obra de él.

El heredero del depositario, conforme al artículo 1935 del mismo Código, cuando haya vendido de buena fe la cosa cuyo depósito ignora, no está obligado sino a devolver el precio que haya recibido a ceder su acción contra el comprador, si no ha cobrado el precio, en caso de que la cosa depositada produzca frutos que hayan sido percibidos por el depositario, éste está obligado a restituirlos, no adeudando interés alguno por el dinero depositado, salvo desde el día en que haya sido constituido en mora para restituirlo.

El depositario no debe entregar la cosa depositada más que a quien se le haya confiado, o a aquel en nombre del cual se haya hecho el depósito o a aquel que se haya indicado para recibirla, no pudiendo exigir de quien haya hecho el depósito la prueba de que era propietario de la cosa depositada en caso de muerte natural o civil de la persona que haya hecho el depósito. la cosa depositada no puede serle devuelta sino a su heredero, si existen varios herederos, debe serle devuelta a cada uno de ellos por su parte y porción, si es indivisible la cosa depositada, los herederos deben ponerse de acuerdo en

tre si para recibiria.

ARGENTINA:

El Código Civil Argentino en su artículo 2182, establece lo siguiente: "El contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía y a restituir la misma e idéntica cosa...".

El texto del artículo antes mencionado, parece denotar un simple obligarse en el contrato para que éste se perfeccione; pero el mismo ordenamiento citado declara en su artículo 2190 - lo siguiente: "El contrato de depósito es un contrato real y no se juzgará concluido sin la tradición de la cosa depositada..." .

En la legislación en estudio se da al depósito la consideración de gratuito; pero se agrega en el texto del artículo 2183 que: "una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrado no quita al depósito el carácter de gratuito".

De acuerdo con el artículo 2183 ya señalado, el carácter de gratuito del contrato de depósito permanece inalterable, aún cuando haya remuneración al celebrarlo o bien después de celebrarlo. Esta última hipótesis ya había sido contemplada - por Ulpiano quien como ya señalamos estimaba que una remuneración ex-post no cambiaba la naturaleza del contrato.

El problema de la capacidad de los contratantes lo resuelve el Código Civil Argentino en sus artículos 2193 y 2194, los cuales dan la solución a este problema estableciendo el primer de ellos, que si una persona era capaz para contratar - acepta el depósito hecho por otro incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario y puede ser obligado a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito o por esta misma si llega a tener - capacidad.

La hipótesis contraria será la de considerar capaz al depositante e incapaz al depositario, en cuyo caso es aplicable el segundo artículo invocado, el cual resuelve la situación así:

"si el depósito ha sido hecho por una persona capaz, en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa o el precio".

La forma en este contrato está regulada en el artículo 2200 del ordenamiento civil Argentino, el cual establece: "La validez del contrato de depósito no está sujeta a la observancia de ninguna forma particular..." de acuerdo con lo anterior, en dicho ordenamiento el requisito de la forma, no será un elemento de validez.

El ordenamiento Civil Argentino, en su artículo 2218, declara un derecho de retención a favor del depositario y al respecto precisa: "El depositario tiene derecho de retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se le deba por razón del depósito, pero de no ser el pago de la remuneración que se le hubiere ofrecido, ni por los perjuicios que el depósito le hubiere causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito".

El artículo 2188 y 2189 del mismo ordenamiento admite el depósito irregular, entendiéndolo a éste como aquel que recae sobre la cosa fungible e impone al depositario la obligación de devolver, no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad.

CAPITULO II

EL EMBARGO

1.- DEFINICION DOCTRINAL Y LEGAL:

DEFINICION DOCTRINAL:

Tal y como lo hicimos al estudiar el depósito, aquí en el embargo también expondremos y analizaremos los conceptos vertidos por los más afamados estudios de la materia, no solo nacionales sino extranjeros.

Así tenemos, que De Pina nos dice que el embargo es la "Intimidación judicial hecha de un deudor para que se abstenga a realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado". (23)

Jaime Huasp define el embargo diciendo que es "Toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal". (24)

Por su parte el maestro José Becerra Bautista expresa: "El embargo es afectación y aseguramiento material de determinado bien al pago de una deuda, que se lleva a cabo mediante un acto jurisdiccional". (25)

(23) De Pina, Rafael.- "DICCIONARIO DE DERECHO", ob. cit. pág. 121

(24) Guasp, Jaime.- "DERECHO PROCESAL CIVIL", 2a. Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, Tomo 1, pág. 433

(25) Becerra Bautista, José.- "EL PROCESO CIVIL EN MEXICO", 10a. Edición - Porrúa, S. A., México, 1982, pág. 308

El maestro Demetrio Sodi, lo define de la siguiente --
manera: "Es la ocupación de bienes hecha por mandato judicial."
(26)

Rafael Pérez Palma, por su parte define al embargo de
la siguiente manera: "Consiste en el aseguramiento material-
de un bien embargado, para que el ejecutado no pueda ya dispo-
ner de él y para que poniéndolo bajo la jurisdicción del juez
quede afectado al pago del crédito que motiva el embargo".(27)

Definición esta última con la cual estoy totalmente -
de acuerdo pues considero que reúne todos los elementos consti-
tutivos del embargo.

-
- (26) Sodi, Demetrio.- "LA NUEVA LEY PROCESAL", 2a. Edición, Editorial -
Porrúa, S. A., México 1946, Tomo II, pág. 9
- (27) Pérez Palma Rafael.- "GUÍA DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Cárdenas Edi-
tor y Distribuidor, Octava Edición, México 1988.

Carlos Arellano García, define el embargo diciendo que es "una institución jurídica en la que se afectan bienes o derechos de una persona física o moral, por mandato de autoridad estatal, para garantizar el pago de prestaciones pecuniarías a un sujeto pretensor". (28)

DEFINICION LEGAL:

Dentro de la legislación no existe una definición especial para el embargo, la Ley Procesal indica que se llevará a cabo el embargo, los requisitos para que proceda dicho embargo, la forma de llevar a cabo el acto, los bienes que se puedan embargar y cuales no son susceptibles de embargo, pero en ninguno de sus artículos nos define esta institución por lo que me permito sugerir la conveniencia de que en próxima reforma al Código de Procedimientos Civiles se defina al embargo, por lo que nos tomamos la libertad de exponer la siguiente definición para tal efecto:

(28) Arellano García Carlos.- "DERECHO PROCESAL CIVIL", Editorial Porrúa,- S.A. 1a. Edición, México, 1981, pág. 534

"EL EMBARGO ES EL ACTO POR EL CUAL, EL JUEZ, POR CONDUCTO DE SU REPRESENTANTE, AFECTA BIENES O DERECHOS DE UNA PERSONA FISICA O MORAL, CON EL FIN DE GARANTIZAR EL CREDITO DE UNA PERSONA FISICA O MORAL QUE HA EXHIBIDO EN UN JUICIO DE TITULOS EJECUTIVOS QUE DAN BASE A SU ACCION, O BIEN A DEMOSTRADO POR MEDIO DE TESTIGOS LA PROCEDENCIA DE SU CREDITO, EVITANDO CON ESTE ACTO QUE EL DEUDOR DISPONGA O DILAPIDE LOS BIENES QUE GARANTIZAN SU CREDITO".

2.- NATURALEZA JURIDICA:

La naturaleza jurídica del embargo se encuentra expresada nitidamente en la siguiente jurisprudencia:

*EMBARGO NATURALEZA DEL:

Las características más importantes del derecho real son las siguientes: el poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre una cosa; el derecho de persecución, y el derecho de preferencia, cuando se trata naturalmente, de los derechos reales que constituyen una garantía. Ahora bien, es indudable que el embargo no concede Derecho real sobre el objeto al embargante, sino que lo coloca bajo la guarda de un tercero y a disposición del Juez que conoce del juicio en que se ordenó la providencia: Lo que significa que la cosa embargada no se encuentra bajo el poder del embargante, sino bajo el de una autoridad judicial, que no puede considerarse siquiera como intermediaria entre el embargante y el que puede disponer del bien secuestrado; de ahí que el embargo deba considerarse como una institución de carácter procesal y de naturaleza sui generis, cuyas características se relacionan con el depósito, según lo dispuesto por los artículos 2545 y 2546 del Código Civil de 1984, debiendo buscarse el origen de esta institución en lo que los romanos determinaban secuestro y no el PIGNUS PRAETORIUM o el PIGNUS EX JUDICATI CAUSA CAPTUR, que constituían en el derecho romano, casos de seguridad o garantía real. Tampoco implica el embargo el derecho de persecu -

ción por que éste consiste en la facultad de obtener todas o parte de las ventajas de que es susceptible una cosa, reclamandola de cualquier poseedor siguiendo un juicio en contra de un tercero o sea deduciendo una acción que es correlativa del derecho de persecución. Por tanto, aún aceptando que el embargante pueda privar, en ciertos casos a un nuevo adquiriente de la cosa embargada, haciendo que éste se remate y se le adjudique, el derecho de persecución lo adquiere desde el momento en que se convierte en adjudicatorio, es decir, en propietario; teniendo entre tanto solo el derecho de hacer rematar la cosa por el juez a cuya disposición se encuentra el bien embargado, derecho que emana estrictamente de la sentencia pronunciada en el juicio en que se ha ordenado el embargo y al cual corresponda la ACTIO JUDICATI de que habla Chiovenda. Finalmente, el embargo no otorga al embargante el derecho de preferencia, ni tampoco se adquiere tal prerrogativa, que es característica de los derechos reales de garantía en virtud de su registro, pues el acreedor hipotecario no aumenta su preferencia, ni puede decir que tiene una nueva causa de ello, cuando embarga la cosa hipotecada mediante fijación de la cédula respectiva; en cambio, si el titular de una segunda hipoteca se subroga en los derechos del primer acreedor hipotecario puede invocar en lo sucesivo, dos causas de preferencia, y en caso de que no existan otros acreedores puede decirse no solo que tiene dos causas, sino que su preferencia aumentó; lo que significa que el embargo en sí no constituye una causa de preferencia, a menos que se considere como tal, la prelación que se

establece por el Código de Procedimientos Civiles, en el caso del reembargante; pero entonces, tendría que considerarse una tercera causa de preferencia al lado de las garantías y de los privilegios con características especiales, y que no podría aplicarse sino al caso expresamente previsto por la Ley, ya que las disposiciones que establecen la preferencia, implican una excepción a la regla general, según la cual, todos los acreedores deben sufrir proporcionalmente las disminuciones que recienta el patrimonio de su deudor, y así como en el caso de concurrencia de créditos preferentes, por causas de garantías reales o créditos privilegiados, el problema se resuelve dando la preferencia a estos últimos, tendrá que concluirse en caso de concurrencia de créditos hipotecarios con créditos garantizados con embargo o reembargo, que la preferencia corresponde a los primeros; de todo lo que se deduce que el embargo no constituye un derecho real, dado que no reúne ninguna de las características más importantes que este derecho confiere al titular". (29)

De la anterior transcripción se desprende: El embargo propiamente dicho es un acto procesal por virtud del cual se aseguran determinados bienes, según la naturaleza de los mismos,

(29) Junque Rafael, "JURISPRUDENCIA, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION", Tesis de ejecutorias 1917-1975.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación; Cuarta Parte, Tercera Sala, México, 1975, Mayo Ediciones, S. de R. L. Quinta Epoca, Tomo XLIX, pág. 588.

para que estén a las resultas del juicio. En algunos casos, el aseguramiento consiste en el secuestro de los bienes o sea en su depósito judicial, pero no siempre sucede así porque hay bienes que no pueden ser depositados por ejemplo: Un crédito, derechos hereditarios, una concesión administrativa, etcétera. De esto se infiere que embargo y secuestro en su acepción más genuina, no se identifican aunque la Ley use con frecuencia - la palabra embargo como sinónimo de secuestro.

Este último tradicionalmente ha sido considerado como depósito judicial y así lo reglamenta el Código Civil.

3.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

En cuanto a los requisitos de procedencia estos operan de acuerdo a la clase de embargo que se pretenda trabar, con esto, damos a entender que existen más de un tipo de embargo y que son el precautorio ó provicional y el definitivo.

Tratándose de embargos precautorios los requisitos de procedencia son los siguientes:

El embargo precautorio procede cuando se ejercitan acciones personales o acciones reales (artículo 235, fracción II y III, del Código de Procedimientos Civiles).

Se fundan los dos casos anteriores en el temor de extracción de bienes del patrimonio del deudor o en su ocultamiento.

Se debe acreditar por parte de quien pida el embargo, el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita, la prueba ha de consistir en documentos o testigos idóneos, que serán por lo menos tres. (artículo 239 del ordenamiento en estudio).

Además debe expresar, el peticionario del embargo provicional el valor de lo demandado o el de la cosa que reclama, designando ésta con toda precisión. (artículo 243 del mismo ordenamiento).

Si la petición del embargo (del secuestro según la Ley en estudio) no está fundada en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan - ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda sea absuelto el reo. (artículo 244 del mismo Código).

"Si el actor tiene título ejecutivo, más que pedir la providencia precautoria de secuestro provisional, le conviene promover juicio ejecutivo civil. Por lo tanto, sólo se justificará la providencia precautoria fundada en título ejecutivo si por error se hubiese planteado el juicio ordinario civil - siendo que procede el juicio ejecutivo. En este supuesto no - será necesario dar fianza". (30)

En efecto, tal y como lo dejamos asentado con anterioridad, existen dos clases de embargo, los ejecutivos que son definitivos y los precautorios; los primeros son los que se obtienen en juicio ejecutivo, ya civil, ya mercantil, y los segundos, con medida precautoria previa, con el objeto de asegurar los resultados de un juicio declarativo o de la responsabilidad civil que deriva de acto ilícito o delito.

Cabanellas nos dice al respecto que:

"El embargo puede proceder por ejecución de sentencia,

(30) Arellano García, Carlos.- "DERECHO PROCESAL CIVIL", Editorial Porrúa, S. A., 1a. Edición, México 1981, pág. 39.

de juicio ejecutivo, de procedimiento de apremio, de lanzamiento por causa de desahucio, etc." (31)

Para determinar los requisitos de procedencia, hay que distinguir, para precisar conceptos, el auto de embargo, la diligencia de embargo, el embargo propiamente dicho y los derechos que de él dimanen, tanto sustantivos como procesales.

El auto de embargo puede ser provisional o definitivo, es lo primero cuando se dicta en las providencias precautorias, en los juicios ejecutivos, en los lanzamientos hipotecarios, etcétera. Tiene tal carácter porque está sujeto a lo que resuelva la sentencia definitiva que se pronuncie. Es definitivo cuando se dicta en la vía de apremio con objeto de ejecutar las sentencias que han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, los convenios judiciales, los laudos arbitrales, las transacciones, etcétera.

Referente al objeto sobre el cual puede recaer el embargo hay las siguientes clases: Embargo de bienes muebles, de bienes inmuebles, de cosa específicamente determinada, de bienes determinados en género, de fincas urbanas, de fincas rústicas, de negociaciones industriales y comerciales, de derechos litigiosos, de títulos de un crédito personal, de bienes incorpóreos como son los derechos de autor, de patentes, marcas industriales, etcétera.

(31) Cabanellas, Guillermo.- "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Tomo II, Octava Edición, Editorial Melisata, S. de R. L., Buenos Aires República de Argentina, 1974. pág. 32.

4.- REGULACION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula lo referente al embargo en la sección segunda del capítulo V, en sus artículos del 534 al 563, cabe hacer mención que dentro de estos artículos el Código trata como sinónimos las figuras de secuestro y embargo, hablando indistintamente de secuestro de los bienes y del embargo de bienes, lo que creemos es una deficiencia del Código, pues aunque las dos figuras tienen por objeto asegurar bienes, hay que distinguir que el embargo se da cuando al requerir de pago al deudor éste se niega a efectuar el pago, ya sea por negar el adeudo o como supuesta defensa al mismo embargo o porque tiene excepciones que hacer valer, pasando el derecho al actor para que señale bienes; en cambio el secuestro judicial es aquél que recae sobre un bien litigioso y las partes en litigio pueden convenir en poder de quién deja la cosa mientras se decide quién tiene derecho sobre ella o el juez decide a quién se le dejará depositada la cosa mientras se decide la controversia; es decir, en el embargo se señalan bienes que garanticen el adeudo y en el secuestro la controversia recae sobre decidir quién tiene derecho a la cosa determinada la que está en disputa, no es una cosa que garantice el adeudo en favor del acreedor.

Dicho lo anterior, tenemos que el Código de Procedimientos Civiles regula el embargo de la siguiente forma:

Decretado el auto de ejecución, el cual tendrá fuerza de mandamiento en forma, el actuario requerirá al deudor de pago y no verificándolo éste en el acto, se procederá a embargar bienes suficientes a cubrir las prestaciones demandadas si se tratase de juicio ejecutivo o las fijadas en la sentencia, el actor podrá asistir a la practica de la diligencia, el derecho de designar los bienes que han de embargarse, corresponde al deudor; y sólo que éste se rehuse a hacerlo o que esté ausente, podrá ejercerlo el actor o su representante; pero cualquiera de ellos deberán sujetarse al siguiente orden: 1o.- Los bienes consignados como garantía se la obligación que se reclama; 2o.- Dinero; 3o.- Créditos realizables en el acto; 4o.- Alhajas; 5o.- Frutos y rentas de toda especie; 6o.- Bienes muebles no comprendidos en las fracciones anteriores; 7o. Bienes raíces; 8o. Sueldos o comisiones; 9o. Créditos.

El embargo sólo subsistirá en cuanto los bienes que -- fueron objeto de él basten a cubrir la suerte principal y costas, incluidos los nuevos vencimientos y réditos hasta la total solución, a menos que la Ley disponga expresamente lo contrario.

La diligencia de embargo no podrá suspenderse por ninguna razón, en caso de que al rematar los bienes embargados, estos no alcancen a cubrir la reclamación, el acreedor podrá pedir el embargo de otros bienes, debiéndose seguir la ampliación de dicho embargo por cuerdas separadas sin suspensión de la sección de ejecución a la que se unirá después de realizada.

De todo secuestro se tendrá como depositario a la persona que bajo su responsabilidad nombre el acreedor, pudiendo ser él mismo o el deudor.

No obstante la prelación en el orden de los bienes que pueden ser objeto del embargo y que lo hemos asentado con antelación quedan exceptuados de embargo; Los bienes que constituyen el patrimonio familiar, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad; el lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo a juicio del juez; los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte a que el deudor esté dedicado; la maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados; los libros, aparatos e instrumentos útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesionales liberales; las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste; los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles o industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio, las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras.

También están exceptuados de embargo:

El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste,

La servidumbre, a no ser que se embargue el fundo a -
a cuyo favor están constituidas, excepto las de aguas -
que es embargable independientemente;

La renta vitalicia, en los términos establecidos en -
los artículos 2785 y 2787 del Código Civil vigente;

Los sueldos y salarios de los trabajadores siempre que
no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad -
proveniente de delito;

Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que
en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejida
tario.

De todo embargo de bienes raíces se tomará razón en el
Registro Público de la Propiedad, cuando se aseguren créditos,
el embargo se reducirá a notificar al deudor o a quien deba -
pagarlos que no verifique el pago, sino que retenga la cantidad -
o cantidades correspondientes a disposición del juzgado, aper -
cibido de doble pago en caso de desobediencia y al acreedor -
contra el que se hubiera dictado el embargo, que no disponga
de esos créditos, bajo las penas que señala el Código Penal, -
si los créditos a que nos venimos refiriendo son litigiosos, -
se notificará al juez de los autos respectivos dándole a cono -
cer al depositario nombrado.

Si el secuestro recae sobre bienes muebles que no sean
dinero, alhajas ni créditos, el depositario sólo tendrá el -

el carácter de simple custodio de los objetos puestos a su -
cuidado, si los muebles fueren fructíferos rendirá cuentas de
ellos.

5.- EFECTOS

Lo que caracteriza al embargo es que se asegura jurídicamente y materialmente determinados bienes y se les afecta legalmente para hacer efectiva en ellos la sentencia que se pronuncie en el proceso.

Los efectos del embargo son los siguientes:

a) Los bienes embargados quedan sujetos a la jurisdicción del juez, que ordenó el embargo, siempre que no hayan sido embargados con anterioridad por otro juez o se expida sobre los mismos una cédula hipotecaria;

b) Por virtud del embargo, adquiere el acreedor embargante el derecho de ser pagado con el precio en que se vendan los bienes, o con ellos mismos, en los casos en que procede legalmente su adjudicación al acreedor;

c) El acreedor embargante tiene derecho de nombrar depositario de los bienes asegurados;

d) La detención de ellos la pierde la persona en contra de quien se decretó el embargo, y pasa al depositario de los bienes asegurados;

e) El depositario tiene la obligación de cuidar la cosa embargada y puede ejercitar las acciones posesorias para recuperarla.

6.- DERECHO COMPARADO

ARGENTINA:

En Argentina, por embargo se entiende "la ocupación, aprehensión o retención de bienes, hecha por orden de juez o tribunal competente, por razón de deuda o delito, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de diversos órdenes que haya contraído una persona" (32)

En esta legislación, al igual que en la nuestra, existen dos clases de embargo: ejecutivos y preventivos; los primeros son lo que se obtienen en juicio ejecutivo y los segundos, como medida precautoria previa, con el objeto de asegurar los resultados de un juicio declarativo o de la responsabilidad civil que deriva de acto ilícito o delito, el embargo puede proceder por ejecución de sentencia, de juicio ejecutivo, de procedimiento de apremio, de lanzamiento por causas de desahucio.

Como modelo o tipo de embargo debe tomarse aquel que se establece en juicio ejecutivo; pues a él se ajustan las diligencias que se determinan para los mismos, salvo las modalidades especiales establecidas en las leyes adjetivas para los diversos casos que las mismas consideran.

(32) Cabanellas, Guillermo.- "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL" Tomo II, 80. Edición, Editorial Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 32.

Esta legislación Argentina también confirma limitaciones al embargo en cuanto a los bienes sobre los cuales recae, es decir no son embargables el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, la ropa y muebles de uso indispensables, ni los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza el deudor; todo embargo de bienes raíces debe ser anotado en el registro correspondiente sin cuyo requisito el embargo no surtirá efectos frente a terceros.

El orden en que deberá procederse para el embargo de bienes será el siguiente: de acuerdo con la Ley Argentina (artículo 476 del Código de Procedimientos Civiles de la Capital Federal Argentina):

- 1.- Dinero efectivo.
- 2.- Alhajas, piedras o metales preciosos.
- 3.- Bienes muebles o semovientes.
- 4.- Bienes raíces.
- 5.- Créditos o acciones.
- 6.- Sueldos, salarios o pensiones.

Respecto de los últimos, es admisible el embargo sólo sobre una proporción determinada. La cuantía embargable está regida en cuanto a sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones y está regulada en la Ley 9.511 de la Ley Argentina.

El artículo 1.923 del Código Civil en estudio determina que gozan de preferencia, con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre bienes anotados anteriormente.

ALEMANIA:

En Alemania, la ordenanza procesal establece la naturaleza real del embargo; el artículo 804 determina lo siguiente: "Por el embargo adquiere el acreedor un derecho de prenda sobre la cosa embargada. Este derecho de prenda otorga al acreedor, en relación a otros acreedores, los mismos derechos, que una prenda creada por contrato; tiene prioridad sobre los derechos prendarios y privilegiados que en caso de concurso no estén equiparados a la prenda contractual".

"Por el derecho de garantía que nace del embargo, el acreedor adquiere la misma posición jurídica que adquirirá con un derecho pignoraticio. Y esto no sólo con respecto a otros acreedores, por lo que el acreedor puede exigir de quien le haya privado ilegalmente de la prenda, conforme al artículo 1227, C.C., la reposición de las cosas a su estado anterior. Pero particularmente tiene importancia este derecho con respecto a los demás acreedores embargantes, entre los cuales el embargo realizado primeramente tiene preferencia sobre los posteriores" (33)

(33) Goldschmidt, James, "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción de Pietro Castro, Barcelona, 1936, Editorial Labor, Pág. 631.

Es prudente destacar que a diferencia de lo preceptuado por la legislación Alemana la Jurisprudencia Mexicana ha determinado que de ninguna manera el embargo produce la consecuencia de crear un derecho real de garantía como la prenda, como se desprende de la tesis Jurisprudencial transcrita en la página 58 de este trabajo.

FRANCIA:

En Francia, al igual que nuestra legislación, Planiol niega que el embargo produzca derechos reales, pues "Los acreedores quirografarios están privados del derecho de oponer la falta de transcripción; sin embargo no son nombrados, ni ellos ni persona alguna, en el artículo 3o. de la Ley de 1855; pero - la redacción un poco redundante de este artículo ha sido precisamente estudiada y combinada para excluirlos de la categoría de terceros, protegidos por la Ley; la fórmula que se ha empleado esta dirigida contra ellos... A fin de apartar a éstos últimos, se ha reservado el derecho de oponer la falta de transcripción a los que tienen derechos sobre el inmueble; se excluye así a los simples acreedores quirografarios... Para comprender en que les es desfavorable el sistema de la Ley - francesa hay que suponer que el acreedor quirografario practica un embargo sobre un inmueble. Naturalmente no puede embargar sino los bienes que están en el patrimonio de su deudor; los que han salido de él por efecto de una enajenación anterior - están fuera de garantía y no pueden ser embargados por él. - Importa pues determinar en qué condiciones una venta consentida por el deudor es oponible a sus acreedores quirografarios; gracias al artículo 3o., basta que haya adquirido fecha cierta, no es necesario que se haya transcrito. Aún antes de la transcripción la venta ha hecho salir el bien respecto de él, del patrimonio de su deudor... El embargo produce el desahucio del deudor, que no puede ya disponer del bien em-

bargado... para prevenir a los terceros que traten con él, la ley quiere que el acta de embargo se transcriba en el registro de las hipotecas..., pero... no resulta del embargo ningún de recho real en provecho del embargante". (34)

Como se observa del comentario que nos hace Planiol, - en la legislación Francesa se contempla al embargo con las - mismas características que en nuestra legislación.

(34) Planiol, "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL".- 12a. Edición, Tomo I, números 2620 y 2621; citado por Borja Soriano, ¿Qué debe entenderse ...?, págs. 579 y 580.

ESPAÑA:

En este país, para los procesalistas, el embargo es un acto procesal por el que se afecta un bien del deudor a un proceso para llevar a término la ejecución; el juez adquiere una potestad real sobre lo embargado; el deudor pierde la posibilidad de imponer un libre destino patrimonial al bien embargado; si lo enajena, la enajenación no es nula ni anulable, sino inoponible al acreedor embargante; por la enajenación forzosa de lo embargado, el adquirente lo hace suyo por un título irrevocable; no caben contra él acciones de nulidad, salvo las fundadas en supuestos procesales; además de que en estas hipótesis, tampoco se da la evicción.

En España, el embargo es un acto jurisdiccional, cuya eficacia varía según la clase y circunstancia de los bienes que sean objeto de traba.

Al tratar de las facultades del juez sobre lo embargado, se habla de expropiación del derecho de disposición del dueño, de órgano de disposición ex ministerio legis, de representación del deudor. Con el embargo se transmite al Juez la facultad dispositiva del ejecutado sobre sus bienes, el deudor embargado queda privado de la posesión legal, pues el secuestro de una cosa mueble, al igual que el contrato de prenda, transfieren la posesión de la cosa al depositario sin que por estas causas pueda el embargado hacer la tradición real ni

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

simbólica.

El embargo de bienes y consiguiente adscripción de los embargados a la responsabilidad económica nacida de una resolución judicial firme en trance de enajenación, tiene doble aspecto: uno, como facultad de la Autoridad judicial que decreta aquél; otro, como estado de derecho que las cosas embargadas adquieren con relación al fin para que se las destinó. La competencia de la Autoridad judicial que haya de ejecutar otra sentencia distinta de aquella que dió lugar al ejercicio de dicha facultad y a la creación del estado de que se hizo mérito, no alcanza a derogarlo. No sufre con ello la justicia porque, primero, se respeta el ejercicio legítimo de facultades jurisdiccionales concurrentes e iguales, más con igualdad que en tanto sea dispositiva se condiciona por el tiempo de su ejercicio, creador por sí de estas dos primero y posteriores, éstos siempre subordinados, pues, desde que tal calidad pierden toman la nota de radicalmente incompatibles y, por tanto, estériles.

El Juez que decreta un embargo de bienes que ya se hallan sujetos a otro efectuado por mandamiento de distinto juez debe subordinar al de éste el suyo, o si lo ignorase, declararlo así después de conocer la existencia del primer embargo y tan luego como esté provocada esta declaración, sin prescindir y menos sobreponerse por su autoridad a la de otro Juez igual e independiente, y salvo siempre la preferencia para donde corresponda de los créditos o derechos que ante-

ellos, respectivamente se tratan de garantizar para hacerlos efectivos. (35)

(35) cfr. Revista de Derecho Procesal.- Publicación Iberoamericana y Filipina, segunda época, número 4-1958 Madrid, España, pág. 43 a 49.

CAPITULO III

SECUESTRO CIVIL

1.- DEFINICION ETIMOLOGICA, DOCTRINAL Y LEGAL

DEFINICION ETIMOLOGICA:

Etimológicamente la palabra secuestro proviene del Latín SEQUESTRUM y del verbo SEQUESTRARE, y de la que derivan SEQUESTER, SEQUESTRIS, SEQUESTRA. Estas palabras tienen el sentido de conciliador, mediador, tregüa; en general, tercero-intermediario. (36)

Desde luego que esta descripción lingüística, precisa la naturaleza de la institución en estudio, ya que su particularidad reside en el hecho necesario de que el custodio o depositario sea siempre un tercero distinto de las partes contendientes o bien de las personas que, solidariamente, acuerdan depositar una cosa en manos de otro, supeditando la obligación del sequester a la actualización de una condición suspensiva.

De esta misma concepción etimológica, se desprende otra característica diferenciadora con el depósito, porque el depósito puede ser realizado por un sólo depositante o deponente, mientras que en el secuestro, la entrega debe ser realizada por varios, para justificar la conducta de intermediación -

(36) cfr. Gutiérrez Alviz y Armario Faustino "DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO", Editorial Reus, S. A., Madrid 1982, pág. 630.

del accipiens sequestrario.

Otra posibilidad etimológica de la palabra sequestrum es el adjetivo "SEQUI" que significa el que acompaña, del cual produce el sustantivo Sequito o comitiva, dándole a la institución la connotación de la persona que acompaña los sujetos que solidariamente depositan en su persona a la cosa o individuo en disputa. (37)

En este sentido, desde la Ley de las XII Tablas, el acreedor que había obtenido sentencia favorable y no había sido pagado podía ejercer la MANUS INJECTIO PRO IUDICATO que le autorizaba a llevar a su casa al deudor y encadenarlo. Posteriormente el acreedor era "acompañado" por un tercero al mercado "DELOS", durante 27 días (en realidad eran 3 días de mercado que se celebraban cada 9 días), para permitir que otro pagase su deuda, en caso contrario el acreedor, nuevamente acompañado por un tercero, podía venderlo como esclavo o adjudicárselo "TRANSTIBERIN" --- cruzando el río Tiber ---, esto es, saliendo de la antigua ciudad de Roma, pues dentro de ésta ningún hombre libre podía ser vendido como esclavo.(38)

Quiero dejar asentado desde este momento el antecedente que produce esta Institución Romana, acerca del embargo de

(37) Idem., pág. 630

(38) Ibidem.

personas y, por consiguiente, su secuestro civil o judicial, - mismo que será tratado posteriormente en el punto cinco de este capítulo.

DEFINICION DOCTRINAL:

En el digesto de Justiniano encontramos que el depósito especial llamado secuestro (sequester), es "El depósito con venido por varias personas que acuerdan consignar o depositar una cosa en poder de un tercero para que, en su día la restitución se realice a una de ellas en razón de encontrarse en una determinada circunstancia, por ejemplo, por haber triunfado - en un proceso. (39)

Por su parte Bravo González define al secuestro de la siguiente manera: "Propiamente se deposita en secuestro lo que se entrega por muchos para ser custodiado y devuelto con alguna disposición particular..." (40) aunque pueden ser varios - los depositantes o uno solo, sin embargo, el secuestro sólo - pueden generarlo varios, porque se hace esto cuando hay algo controveitado. El sequestrum es la entrega en manos de un - tercero, sequester, de una cosa, mueble o inmueble, o de una persona, sobre la que hay contienda entre dos o varias personas.

(39) Gutiérrez Alviz y Armario Faustino., "DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO" - Editorial Reus, S. A., Madrid 1982, pág. 630.

(40) Bravo González Agustín y Bravo González Beatriz.- "SEGUNDO CURSO DE DERECHO ROMANO".- Editorial Pax, S. A. México, 1986, pág. 142.

"El sequester debe devolver la cosa, mueble o inmueble, o de una persona a uno de los depositantes, a la que gane la causa... además se diferencia del depósito común en que el sequester tiene la posesión de la cosa depositada. Mientras se ventila el juicio a ninguno de los litigantes compete la posesión, ésta es conferida al sequester, pero aprovecha al que obtenga finalmente el objeto y podrá usucapir por medio del sequester". (41).

En nuestros días, se entiende por secuestro el depósito que se hace en manos de un tercero de una cosa sobre la cual dos personas tienen o pretenden tener respectivamente algún derecho y llevado a cabo mientras se sustancia definitivamente los aludidos derechos. (42).

SEQUESTRUM.- "Es el depósito en manos de un tercero-sequester de una cosa sobre la que hay contienda entre dos o varias personas con cargo de conservarla y devolverla a la parte que gane la causa". (43).

(41) Idem.

(42) Hernández Ortega Salvador.- "DE LA REMOCION DE PLANO DEL DEPOSITA -- RIO EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS MERCANTILES". U.N.A.M., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, MCMXXXVI, pág. 29.

(43) Petit Eugene.- "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO", Traducción de José Fernández González, Editorial Saturnino Calleja.- Madrid 1945.- Pág. 386.

Planiol y Ripert nos dicen que el secuestro es el "depósito de una cosa, objeto de controversia entre dos personas, confiada a un tercero para que la custodie, sustrayendo así su disponibilidad a los litigantes mientras dure el litigio y la restituya al terminar este al litigante a quien la pertenencia - de la cosa se atribuya." (44).

Análogos términos utiliza Pothier para definir el secuestro "El derecho antiguo y la doctrina llamaban secuestro al depósito que recaía sobre cosas litigiosas, subdividiéndolo en - convencional y judicial según tuviera su origen en el acuerdo de los litigantes o en la determinación del juez". (45)

DEFINICION LEGAL:

Nuestro Código Civil en vigor trata al secuestro en su artículo 2539 de la siguiente forma: "El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida a quien deba entregarse" y lo regula en sus artículos 2539 al 2545, y lo ubica en el mismo Título Octavo.

(44) Planiol y Ripert.- citado por Rojina Villegas "DERECHO CIVIL MEXICANO". (CONTRATOS), Tomo VI, antigua librería Robredo, México 1956, -- pág. 225 y 226.

(45) Manresa y Navarro José María.- "COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL" Tomo XI, Editorial Reus, Madrid 1931 pág. 638.

Como podemos ver, la definición que hace el Código Civil reúne casi todas las características y elementos que se señalan en la definición doctrinal, aunque ésta es la más indicada y completa para definir la figura en estudio, adolece de algunas fallas en cuanto a que se refiere únicamente al depósito de una cosa litigiosa sin tomar en cuenta al depósito de personas, el cual existe en la Legislación Civil pero sin que lo llame como debe ser, es decir como secuestro de personas, debido al lenguaje usado por el legislador, es el Código Civil actual y en el Código Procesal encontramos el depósito de personas únicamente en dos artículos que son 939 y 953 del Código sustantivo y en los artículos 273 fracción I y 282 fracción VI del Código adjetivo en el cual se refiere al depósito de persona como "confiados" y "cuidado".

2.- REGULACION EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE:

La figura jurídica del secuestro, se presenta de una doble forma: como convencional o como judicial:

Nuestra Legislación Civil así lo reconoce, al efecto el artículo 2540 del Código Civil señala: "El secuestro es convencional o judicial".

El artículo 2541 del citado ordenamiento indica cuándo se está en presencia de un secuestro convencional y es el que "se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella".

El secuestro judicial se encuentra contemplado en el artículo 2544 "Es aquel que se constituye por decreto del juez".

Respecto al secuestratario Manresa y Navarro nos comentan que "... sus funciones se ha discutido cuál es el límite de las mismas, claro está que el límite estará en armonía con la naturaleza del depósito conferido; casos hay en que no se extiende más que a las de simple depositario propiamente dicho, esto es, la conservación y custodia. Tal sucede por ejemplo con un depósito de alhajas o muebles". (46)

(46) Manresa y Navarro, ob. cit. pág. 649.

Este autor español citado con antelación, continúa explicando respecto a esta figura que cuando se trata del secuestro de inmuebles, de la intervención a que se refiere la ley procesal, en el aseguramiento de bienes litigiosos, en ese caso el depositario judicial tiene más amplias funciones, demandadas de la naturaleza de los bienes que se le confían. Aparecen entonces como un administrador. De ordinario cuando se trate de esta clase de depositarios, que más tienen de administradores, el juez especifica la extensión de las atribuciones, no por esto puede conferir poderes ilimitados. (47)

Nuestra legislación procesal civil, regula el secuestro en sus artículos 534 y 563.

Como regla de aplicación constante en la práctica debe tenerse en cuenta la finalidad del secuestro limitada a la conservación de los bienes y ésta medida debe propender a conciliar los diversos intereses que están en litigio y como además los derechos del que a la parte y al fin resulte dueño, hállanse en toda su integridad; de ahí la limitación con que debe aún el mismo juez conferir estas funciones. Intimamente enlazada con esta cuestión está la de decidir si el depositario judicial que obre dentro de los límites de sus funciones obliga con sus actos a las partes. En suma si surtieron sus actos los mismos efectos que las de un mandatario, puesto que al fin y al cabo él lo es en nombre del juez y de las partes.

(47) cfr Manresa y Navarro, ob. cit. pág. 649

La responsabilidad del secuestrario, sigue diciendo - Manresa y Navarro, en el Derecho Español, " quedará reducida y derivará de la misión de la diligencia de un buen padre de familia". (48)

La culpa en suis rebus, concluye diciendo este autor- español es el tipo de medida y que aquí se gradúa por la ordi naria del padre de familia en la custodia de la cosa embarga- da.

Si a esto se agrega el derecho a una remuneración que en la generalidad de los casos tiene, parece como si se ten - diera con ello a la agravación de la responsabilidad. (49)

Por último expresa el multicitado autor Iberico, que las funciones del secuestrario, la ley las limita implicita mente al clasificar más bien al secuestrario entre deposita rio que entre los mandatarios; además de que la corte de casa ción ha llegado a la conclusión de que en principio tiene so - lamente los poderes de administración necesarios a la conser - vación de la cosa secuestrada, y a que el tribunal mismo no - puede ampliarlos (50)

(48) Manresa y Navarro, ob. cit. pág. 651

(49) cfr. Idem.

(50) cfr. Ibidem.

Por su parte, y referente a esta institución jurídica, - la doctrina francesa representada por Planiol y Ripert, y citados por Rojina Villegas, sostienen que "A los tribunales - corresponde determinar los poderes que serán necesarios al - secuestratario a ese fin y la jurisprudencia permite comprender en los gastos de conservación de los bienes secuestrados - los destinados a cobrar y percibir los frutos. De este modo se llega de hecho a conceder al secuestrario no sólo los actos conservatorios propiamente dichos si no también los actos de pura administración; sin embargo, sólo podrá ejecutarlos dentro de los límites de la fracción que, para cada caso concreto haya fijado el Tribunal, corresponde por tanto a éste definir - los poderes conferidos al secuestratario si no lo ha hecho así, la determinación de ellos será una resolución de hecho que - habrá de resolverse por interpretación de la resolución dictada al nombrar al secuestratario; por tanto no es extraña la divergencia aparente que existe entre diversas decisiones en lo que respecta, por ejemplo, a los poderes del secuestratario en - cuanto al arrendamiento de la cosa secuestrada, el pago de las deudas con que estén gravados los bienes secuestrados o al - cobro de los capitales que dependen de estos bienes. La interpretación acerca de los poderes del secuestratario debe hacerse, en principio, restrictivamente, ya que hace predominar, como - hemos visto la idea de depósito sobre la de mandato". (51)

(51) Rojina Villegas, op. cit. (Contratos) pág. 228.

En cuanto a la remuneración, los depositantes contraen para con el sequestrar las mismas obligaciones que aquellas - tiene para con el depositario en el depósito propiamente di - cho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro, tal es lo que nos dice el Código Civil Chileno.

Al respecto, Manresa y Navarro nos dicen que "Perdiendo la tenencia podrá reclamarla contra toda persona, incluso - contra cualquiera de las depositantes que la hubiese tomado - sin el consentimiento del juez". (52)

¿Quién debe pagar la retribución en los casos en que - la ley concede o las partes estipulan? Parece obvio decir, por lógica consecuencia de la naturaleza de los casos en que ha - de tener acción para reclamarla, el que obtuviese sentencia - favorable, porque realmente en su beneficio ha resultado el depósito.

Aludiendo a la doctrina francesa Manresa y Navarro, - citando a Laurent, comentan que este actor "opina lo contrario y sostiene que la acción para solicitar la remuneración por parte del secuestratario procede a un contra el litigante - vencido en juicio; arguye como fundamento, la relación contrac - tual que liga al vencido, a título de depositante virtual y por tanto se somete a las acciones nacidas del depósito" (53)

(52) Manresa y Navarro.-ob. cit. pág. 653.

(53) Manresa y Navarro.-ob. cit. pág. 650.

En conclusión, que, tratándose del secuestro convencional, los gastos que origine el secuestro, así como la remuneración del secuestratario se resolverá de la siguiente manera:

- 1.- Se estará a lo convenido por las partes.
- 2.- Si no hubiere convenio, los gastos y remuneración a que me he referido, habrán de soportarlo entre los deponentes.

En cuanto al secuestro judicial, podemos decir que si el fallo respectivo que recae al mismo hace especial condena en costas se estará:

- 1.- A la condena en gastos y costas.
- 2.- Si no hay condena, debe en nuestro concepto pagar la parte que solicitó la providencia.

En cuanto a la duración, a diferencia del depósito, en el cual el depositario deberá devolver la cosa a la primera demanda de restitución del bien en depósito, está obligado a devolverlo, o bien cuando haya causa legítima (artículo 2545 del Código Civil), en el secuestro existe un plazo legal para la restitución; mientras áquel no se desentienda de sus deberes; para que ello ocurriera sería indispensable la presencia de -- requisito sine qua non, y que es el consentimiento de las partes interesadas, consecuencia natural de la índole del secuestro, a cuyo tenor el depositario se obligó a la conservación

y custodia de la cosa durante la tramitación del pleito y a su restitución a quién el fallo o sentencia lo ordene.

Aunque la sentencia no es la única forma en que puede terminarse con el secuestro, pues pueden suceder una serie -- de causas por las que el secuestro termine y no sólo por la -- sentencia, por ejemplo puede suceder que los litigantes lle -- guen a un acuerdo sobre quien tiene derecho a la cosa, o bien que mediante transacción se llegue a dar fin al juicio; que -- la cosa perezca; que una de las partes pague a la otra el cos -- to de la cosa y así una cantidad de situaciones que darán fin al secuestro, sin necesidad a que se espere la sentencia.

Al término del secuestro y al cesar en sus funciones -- el secuestrario debe rendir cuenta de su gestión, singular -- mente de los frutos que ha percibido. Esta rendición de cu -- en -- tas es una especialidad de la naturaleza jurídica del sec -- ue -- s -- t -- r -- o .

Considero, que la rendición de cuentas es una clara -- obligación que han de cumplir los secuestrarios y de -- po -- s -- i -- t -- a -- r -- i -- o s judiciales al concluir sus respectivas funciones.

Las pretensiones de propiedad o derecho sobre la cosa -- sujeta a secuestro convencional, quedan condicionadas por lo -- general a un plazo por transcurrir, las partes sólo tienen -- una pretensión sobre el objeto, el juez del negocio declarará, -- mediante una sentencia fundamentada sobre las constancias, --

quien es acreedor a derechos sobre la cosa, y el secuestratario, en nuestro concepto se convierte en detentador de la cosa, ha recibido la cosa para restituirla a quienes se la entregaron cuando un objetivo se ha logrado, otra forma será el acuerdo de las partes, en un convenio entre las mismas para finalizar el negocio. Al poner en manos de otro un objeto sujeto a contienda, las partes buscarán que la cosa esté segura y que nadie pueda realizar acto que ocasione perjuicios o daños a la contraparte; al lograr el objetivo, las metas o fines se harán entonces palpables.

3. DERECHO COMPARADO

ARGENTINA: No define al secuestro y sólo se refiere a él en los siguientes casos:

Artículo 2786.- "Si la cosa sobre que versa la reivindicación fuera mueble y hubiere motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado.

Artículo 2856.- "Si el usufructuario no diere la fianza en un término que le señale el juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento o puestos en secuestro, bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el excedente de los alquileres u arrendamiento al usufructuario.

Artículo 3230.- "Si el acreedor abusare de la prenda, ejerciendo en ella derechos que no eran propios, el deudor puede pedir que la cosa se ponga en secuestro".

ESPAÑA: La doctrina referente al secuestro ha quedado limitada al derecho judicial, pues en el artículo 1763 de su legislación civil, denota, en su texto, al convencional como una de las especies del depósito propiamente dicho y el artículo 1785 declara lo siguiente: "El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento -

de bienes litigiosos". (54)

Sin embargo no del todo ha sido rechazada en tal legislación la doctrina del secuestro convencional, y al efecto el proyecto de la Ley de 1851 contiene, en sus preceptos, referencias al secuestro convencional, indicándonos según el comentario de Manresa y Navarro que "Es el depósito de una cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga a devolverlo terminado el pleito a la persona que según la sentencia debe obtenerla." (55)

Este autor español nos indica que ha sido plausible que la actual legislación reiterará el secuestro convencional, y lo redujese a una especie de depósito voluntario, ya que la autoridad judicial no interviene ni en su constitución ni en su régimen.

(54) Escriche, Joaquín. "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA".- Tomo I, Cadenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, - México, 1979, pág. 539

(55) Cfr. Manresa y Navarro, ob. cit. pág. 638

4.-- CARACTERISTICAS PARTICULARES:

NATURALEZA JURIDICA.- El secuestro civil, puede tener una triple naturaleza jurídica: por una parte, si las partes en litigio se ponen de acuerdo en la designación del secuestrario y el Juez únicamente ratifica y sanciona su designación, desde luego que tiene la naturaleza de contrato privado de interés público.

Por otro lado si no existe el acuerdo entre las partes litigantes y la designación del sequester se hace por el juzgador mismo o por uno de sus auxiliares, previa autorización de aquel (por el diligenciario en el momento del embargo); En tonces tiene la naturaleza de acto de autoridad en ejercicio de sus facultades.

Finalmente, si existe la decisión del juzgador con -- anuencia de los litigantes, aunada a la aceptación del secuestrario, puede hablarse del llamado cuasi-contrato o de una - fuente autónoma de sus obligaciones.

Hay todavía por considerar una cuarta hipótesis, que - se presenta cuando se ha celebrado un contrato de depósito - civil y surge la controversia incoada por un tercero, respecto de la cosa objeto del depósito; lo que trae como consecuencia - que se abstenga de restituir la cosa al depositante, hasta nue - va instrucción; en este caso la transformación del contrato - en secuestro judicial le da la naturaleza de depósito forzoso,

secuestro judicial y de obligación novada.

Ahora bien, debemos distinguir claramente si se trata de un verdadero contrato, cual lo es propiamente el depósito, o de una simple providencia judicial.

Sobre esta cuestión, es importante transcribir lo que nos dice el autor español Manresa y Navarro. "Habrà que tener en cuenta si el nombramiento del depositario lo acuerdan las partes y lo ratifica el Juez, o lo nombra éste por su liberrima decisión. En el primer caso, no puede dudarse del curso expreso del consentimiento, y habiéndolo crease una relación jurídica verdaderamente contractual. En el segundo caso, se sostiene que cuando menos existe un verdadero cuasi-contrato. Contrato entre el depositario y las partes litigan tes productos de obligaciones del depósito voluntario". (56)

Rojina Villegas nos indica que en nuestra legislación civil "... Aunque el artículo 2539 nos habla del secuestro como depósito, no debe entenderse que se refiere al "contrato de depósito", sino al acto mismo del depósito que no necesariamente implica un contrato. En el secuestro judicial, o sea el depósito ordenado por el Juez con motivo de un litigio para asegurar ciertos bienes, no hay consentimiento o acuerdo libre de voluntades entre depositantes y depositario. Por el contrario, hay el aseguramiento de una cosa contra la voluntad

(56) Manresa y Navarro, op. cit. pág. 640.

del dueño o poseedor, y por tanto no concurre el depositante - prestando su voluntad". (57)

Agrega el citado autor mexicano, que el secuestro se presenta pues, como "Un acto de autoridad de naturaleza especial, acto complejo y plurilateral, supuesto que concurren -- las siguientes voluntades: "...1) La voluntad del juez que decreta el secuestro (art. 2544). 2) La voluntad del executor, del actuario en nuestro derecho, que obra cumpliendo un decreto del Juez para asegurar los bienes. El actuario practica la diligencia declarando secuestrados los bienes y constituyendo el depósito. Se aplica al efecto las reglas del Código de Procedimientos Civiles (art. 543 a 563). 3) La voluntad del depositario que debe aceptar el cargo". (58)

Sustentando esta intervención Judicial en el Derecho Administrativo tenemos que el autor Gabino Fraga expresa al respecto:

"El derecho común en este aspecto, está dominado por la necesidad de evitar la anarquía social, que resultaría si se permitiera que los particulares pudieran por medio de acciones directas, proceder al ejercicio de sus derechos y ha establecido la exigencia de que el poder público se constituya en intermediario para decidir con su autoridad y mediante procedimientos adecuados, los conflictos que surjan por falta de

(57) Rojina Villegas, op. cit. (CONTRATOS) pág. 226

(58) Rojina Villegas, op. cit. (CONTRATOS) pág. 226

cumplimiento voluntario de las obligaciones civiles. De otro modo dicho, el derecho común está dominado por el ejercicio - elevado en nuestro régimen a la categoría de precepto constitucional, de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. (Constitución art. 17). De manera, pues, que por regla general, serán los tribunales los intermediarios indispensables para que el particular ejercite sus derechos". (59).

En efecto la relación jurídica que norma la constitución del secuestro convencional es de naturaleza contractual, mientras que, en el secuestro judicial la relación habida deriva de un acto de autoridad que lo decreta.

En conclusión, en el acto jurídico del secuestro y debido a nuestro régimen constitucional, es notorio que la base sustentante del mismo es el artículo 17 Constitucional.

El secuestrario, en tratándose de bienes inmuebles, se torna en un administrador de los mismos y tal parece que estamos en presencia de un mandato, sin embargo la Ley hace predominar la idea del depósito sobre la de mandato.

(59) Fraga, Gabino.- "DERECHO ADMINISTRATIVO", Editorial Porrúa, México, 1965, pág. 192 y 193.

El secuestrario, una vez concluido su encargo, tendrá derecho a hacer efectivos los gastos que le haya ocasionado - el secuestro, entendiendo en nuestro concepto que tales gastos serán los necesarios; en cuanto a los gastos útiles, el secuestrario requerirá siempre de la autorización judicial correspondiente para erogarlos y si fue autorizado su desembolso, - podrá obtener la devolución respectiva; los no autorizados - serán a su cargo, puesto que sus poderes son limitados.

La restitución del bien en el secuestro, será la obligatoria cuando haya recaído una sentencia que defina la situación.

Antes de la sentencia, la obligación de restituir existe y deberá restituirse a la parte que decidan los litigantes, aunque tal convención habrá de ser ratificada ante el juez.

Como corolario, resultan las siguientes:

DIFERENCIAS ENTRE EL SECUESTRO Y EL DEPOSITO:

a) El depositario en el secuestro convencional no puede liberarse del depósito antes de la sentencia del pleito, - salvo el consentimiento de las partes o por una causa que el juez declara legítima. La sentencia en el secuestro vendrá a ser la que ponga, por regla general, fin a la contienda surgida de una relación nebulosa que se presenta en tela de juicio y - cuyo aclaramiento se buscará en el desarrollo de un proceso y su determinación en una resolución.

La controversia puede concluir también cuando las partes han decidido, por transacción, dar fin a la situación sujeta a contienda, pues la causa del secuestro la habrán salvado las partes.

b) Que el encargo de los bienes tiene la posesión de los mismos en nombre del futuro adjudicatario.

c) "El secuestro, a diferencia del depósito extrajudicial, puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles, cuando recae sobre inmuebles tiene una naturaleza muy especial y más que un depósito con finalidad estricta de custodia, constituye una administración". (60)

(60) Manresa y Navarro, ob. cit. pág. 642.

Esta última diferencia, no tendrá aplicación práctica en nuestro sistema civil toda vez que tanto el depósito como el secuestro se constituyen sobre bienes muebles, así como in muebles, esta distinción a que nos referimos, encuentra cabida, sólo en aquellos sistemas en los cuales el contrato de depósito puede recaer sólo sobre bienes muebles.

d) Que contrariamente al depósito ordinario (que termina con todo caso a virtud de la reclamación del depositante) el secuestro puede extinguirse:

1.- Cuando termina la controversia que lo motivó; esto es evidente pues el secuestro se constituye para llegar a un fin, o sea una resolución que define una relación incierta.

2.- El depósito termina a voluntad del deponente y el secuestro no, pues puede terminar por acuerdo de las partes, requiriendo para ello la autorización expresa de ambos litigantes.

e) En el contrato de depósito, el fin de su constitución lo será la custodia y conservación del bien, en el secuestro lo principal será evitar la disponibilidad del bien, no obstante que el secuestratario tenga las obligaciones de todo depositario.

5.- LOS DERECHOS REALES EN EL SEQUESTRO CIVIL.

En el secuestro civil, el secuestratario tiene una calidad muy particular, toda vez que siendo el encargado de los bienes tiene la posesión de los mismos en nombre del futuro -- adjudicatario, el cual puede ser cierto o incierto, característica ésta última, propia de los derechos reales y para comprender mejor su situación, analicemos la conceptualización de los derechos reales:

" El derecho real es una relación jurídica inmediata y directa entre una persona y una cosa. Entre los derechos reales unos se denominan principales, los demás accesorios -- estos últimos, accesorios de un derecho de crédito, constituyen una garantía para el acreedor. Los derechos reales principales son el derecho de propiedad y sus desmembraciones: usufructo, uso, habitación, servidumbres reales o servicios prediales, -- concesiones. Es preciso agregar la enfiteusis, aún cuando sea, por su naturaleza, un derecho personal. Los derechos reales tienen como objeto muebles o inmuebles. Sin embargo, el derecho de habitación, las servidumbres reales, las concesiones y la enfiteusis no pueden ser sino inmobiliarios ...Todo derecho reales es susceptible de posesión". (61)

(61) Jean, León y Henry, Mazeaud, "LECCIONES DE DERECHO CIVIL" parte segunda, volumen VI, traducción de Luis Alcalá - Zamora y Castillo, - Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1960, Pág. 1.

Ya sabemos que el derecho real principal por excelencia es el de propiedad, todos los demás constituyen desmembraciones del derecho de propiedad. Así, el derecho de propiedad - confiere a su titular el conjunto de las prerrogativas que - cabe ejercer sobre una cosa: derecho de servirse de ella (jus utendi), el de obtener sus productos (jus fruendi), el de disponer de la misma (jus abutendi)".

Todos los derechos reales son susceptibles de posesión; cabe comportarse como propietario, como usufructuario, como - titular de una servidumbre, etcétera.

Ha de observarse que la situación del poseedor que - ejerza, es poseedor; pero con respecto al derecho de propiedad, no es sino el detentador de la cosa; ya que al no pretender sino - un derecho limitado, reconoce por ello mismo, el derecho del - propietario.

Desde luego que la simple detentación que realiza el depositario, ya sea convencional o judicial, no atrae los requisitos necesarios para usucapir la cosa, sobre todo en cuanto al tiempo, continuidad y título, en que ambos depositarios DETENTAN; sin embargo, dada la característica ya analizada de que la situación del secuestratario no es simplemente de hecho, sino que depende de un previo acuerdo de la parte o del juzga - dor, condicionado a la resolución del conflicto que impulsó - colocar la cosa en secuestro, el secuestratario sí posee, por - qué el tiempo que la cosa permanezca en su poder habrá de be -

beneficiar o acumularse al tiempo de posesión-para usucapir, en favor de quien triunfe en la condición suspensiva a la que se supeditó la obligación de restitución que fué a cargo del secuestratario.

CAPITULO CUARTO

EL SECUESTRO PENAL

1.- DESCRIPCION DEL TIPO

Tal y como lo dejé plasmado en el inicio de esta tesis, el secuestro contemplado y sancionado por ley penal debería de desaparecer de dicha esfera jurídica, ya que el término se cuestro en el devenir histórico, ha tenido y tiene sus antecedentes en el ámbito del derecho civil, sin embargo y a efecto de comprender esta figura dentro de su norma penal reguladora; a n t r a m o s en forma somera a su descripción.

El artículo 366 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece que:

"Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación - ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I.- Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla.

II.- Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

III.- Si se detiene en calidad de rehén a una persona - y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, - sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

V.- Si quienes cometen el delito obran en grupo.

VI.- Si el robo de infante se comete en menores de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tute la sobre el menor.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

Desde el punto de vista jurídico penal, por secuestro se entiende al "apoderamiento y retención que se hace de una persona con el fin de pedir rescate en dinero o en especie y se le utiliza como sinónimo de plagio". (62)

Las formas de manifestación del plagio o secuestro son:

a) Fracción I del artículo en estudio; apoderarse de una persona para: (dolo típico)

(62) Leguizamo Ferrer, Ma. Elena.- "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO".- Tomo VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, pág. 142.

1.- Obtener rescate, esto es, recibir dinero para dejar en libertad al plagiado.

2.- Causarle daño o perjuicio a la persona privada de la libertad.

3.- Causarle ~~daño~~ o perjuicio a otra persona relacionada con el plagiado.

Es delito doloso y de daño, se consume al privar ilegalmente de su libertad al ofendido, con el dolo típico, manifestando en cualquiera de sus tres formas, y no se hace necesario que el actor consiga su propósito.

b) Fracción II.- Independientemente de la intención, se sanciona como plagio, la privación ilegal de la libertad, acompañada de amenazas graves, maltrato o tormentos al ofendido.

c) Fracción III.- El delito tiene un elemento objetivo: privación ilegal de la libertad de cualquier persona, y un elemento subjetivo, la intención de obligar a la autoridad a que realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza.

El delito no precisa que el agente consiga sus propósitos para quedar consumado, y basta que concurren los elementos mencionados en el párrafo anterior.

Es delito permanente y de daño, admite la tentativa.

d) Fracción IV.- Se refiere al lugar de comisión.

e) Fracción V.- Se refiere al número de sujetos activos del delito y necesariamente debe ser plurisubjetivo.

f) Fracción VI.- Delito de robo de infante, cuyos elementos son:

"1.- Sujeto pasivo, menor de doce años.

2.- Sujeto activo, persona extraña al menor --- penalidad genérica --- o familiar del menor que no ejerza sobre él --- la patria potestad ni la tutela, --- penalidad específica---.

El último párrafo del artículo en estudio, prevé la -- disminución de la pena y remite para sancionar el plagio al -- artículo 364, siempre que:

1.- Espontáneamente se ponga en libertad al pasivo.

2.- Antes de tres días.

3.- Sin causar perjuicios". (63)

La conducta del delito en estudio, consiste en constreñir o detener, debiéndose entender por constreñir como sinónimo de apresar, o reducir a otro en un lugar determinado, --

(63) González de la Vega, René.- "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL", Segunda - Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, pág. 171.

impidiéndole salir; y detener, significa inmovilizar, aprehender o retener.

Desde el punto de vista genérico, el sujeto activo es la persona que participa en cualquier forma en la realización del ilícito penal, pudiendo asumir el carácter de autor intelectual, autor material, autor inmediato, autor mediato, coautor, y cómplice; y solamente puede serlo un particular.

En cuanto al sujeto pasivo, entendiendo éste como la persona sobre la cual recae la conducta delictuosa, puede ser cualquiera, independientemente de su sexo, nacionalidad, estado civil, edad, religión, costumbres, situación económica, ideales políticos, etcétera.

El elemento material del plagio o secuestro, es precisamente que la detención de la persona la realice un particular fuera de los casos previstos por la Ley, es decir flagrante delito, o por un agente del gobierno sin la orden de la Autoridad Competente.

El elemento subjetivo, es la intención de un particular o de un agente de la autoridad, de atacar el derecho natural que tienen las personas a la libertad, y que está consagrado en la Declaración de los derechos Humanos y por nuestra Constitución.

El delito en estudio, es un tipo complementado califi-cado en relación con la privación ilegal de la libertad, y es complementado, porque a la privación ilegal de la libertad se le agregan diversos ingredientes jurídicos como son los que - señalamos en las fracciones del artículo 366 del Código Penal, ya transcrito.

Para la consumación del delito, es indiferente si el - precio requerido para el rescate, es pagado o no, aunque también es posible la tentativa, en el caso de que se inicie el inter criminis con miras a lograr la detención de la víctima y no - la consiga por circunstancias ajenas a él.

Este ilícito puede cometerse con dolo y éste agravante, estriba en el hecho de mantener detenida a la víctima hasta - en tanto se haga efectivo el precio fijado por el sujeto ac- - tivo para liberarla, o se obtiene la finalidad deseada.

2.- CRITICA

La denominación de Plagio o Secuestro al delito en estudio, es criticable desde cualquier punto de vista.

Efectivamente, como ya vimos, si hablamos de secuestro, conforme al capítulo tercero del presente trabajo, el secuestro es una figura netamente civil, tanto en sus orígenes como en su regulación. Algunos autores han tratado de encontrar el antecedente de la coacción violenta penal en el derecho Romano, - "a través de las Leyes Julia de Vi Pública et privata, en la -- cual se regulaba un ilícito con caracteres parecidos al que - nuestro Código Penal denomina secuestro, y en los últimos días del Imperio se consideró como delito de lesa majestad y se castigó con la Ley del Talión o con la muerte. (64)

Con la finalidad de darle sistemática a ésta crítica, - debo prevenir que sólo nos referimos a la denominación del - tipo penal, en atención a que este trabajo no es de carácter - penalístico. Y en primer lugar trataremos el vocablo plagio - y en segundo término, el de secuestro.

Plagio, proviene del latín Plagium, que a su vez deriva de PLAGIARIUS, ladrón de esclavos. En el diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que es un Americanismo cuyo significado es el de apoderarse de una persona para obtener -

(64) cfr. Moreno, Antonio de P.- "DERECHO PENAL MEXICANO", segunda edición, Porrúa, México, 1968, pág. 311.

rescate por su libertad. (65)

"Este delito, considerado en el derecho Romano como - "CRIMINA" tanto pública como privada, aparece con la Lex Fabia, de fecha desconocida, de principios del siglo II A. de C., es tablecía penas contra el delito de oblicuidad (convertir en - cosa a una persona) o de plagium. Castigaba con 50,000 sester cios a quien hubiese retenido, vendido o comprado a un ciuda dano o a un manumitido, o hubiese inducido y ayudado a un es clavo para abandonar la casa de su dueño (D.48 15 y C. 9.20)" (66).

Al respecto, resulta interesante ver que esta Lex Rogatae, establece una figura delictual especial para distinguir el ro bo de esclavo ajeno, del furtum o robo propiamente dicho, y que refleja la humanización del trato hacia los siervos, aún cuando se les siguió considerando como cosas objeto de apropia ción particular.

A este ilícito se le llama PLAGIO en los Códigos puniti vos de diversos países, como ejemplos citaré los siguientes:

a) Código de Defensa Social de Cuba de 1938, en su ar tículo 431, señala entre las circunstancias que determinan el delito de asesinato, la de "haber procedido al homicidio, el

(65) cfr. "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", Real Academia Española, - Editorial Espasa Calpe, S. A. Madrid 1970, pág. 963.

(66) Gutiérrez Albiz y Armario Faustino.- "DICCIONARIO DE DERECHO ROMA NO". Editorial Reus, S.A.- Madrid, 1982, pág. 391.

rapto, secuestro o plagio del occiso, o a la detención arbitraria o ilegal del mismo".

Resulta importante precisar que este Código, al igual que el mexicano equipara plagio con secuestro, agregando a la sinonimia que critico el rapto o la detención arbitraria.

b) Artículo 167 del Código Penal Ecuatoriano de 1938, - contiene la siguiente descripción; "El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de la violencia, - amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro o para obligarle a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o - firmar un documento, que surta o pueda surtir efectos jurídicos o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado".

Este tipo penal define al delito de plagio, pero incurre nuevamente en el error de designar a la víctima del ilícito - como "SECUESTRADO", con lo que provocará la misma ambigüedad.

c) El artículo 369 del Código Penal Guatemalteco, de - 1945, es aún más equivoco, pues previene: "El plagio o robo - de una persona con el objeto de lograr rescate, se castigará con la pena de diez años de prisión correccional. Si el plagio o robo a que se contrae el párrafo anterior se ejecutare - por dos o más personas, los culpables incurrirán en la pena - de doce años de prisión correccional. Cuando de resueltas -

del plagio o mientras dure el secuestro falleciere la perso-
secuestrada, se impondrá a los culpables la pena de muerte".

Se nota que confunde al plagio con el robo de persona, -
al igual que lo hace el legislador mexicano en el artículo -
366 del Código Penal vigente en su fracción VI, al contemplar
una figura criticable denominada "... el robo de infante se -
comete...". En el entendido que el bien jurídico tutelado es
su libertad o, en todo caso las facultades derivadas de la -
patria potestad o de la tutela, y en el robo, el bien jurídico
tutelado es el patrimonio; siendo evidente que una persona o
un infante no integran patrimonio. Aunado a ello, el Código-
Guatemalteco insiste en confundir plagio con secuestro.

En los países anglosajones se estima como plagio el he-
cho de privar de la libertad a una persona mayor o menor de -
edad, con la finalidad del delincuente de obtener un rescate-
por su liberación, y generalmente bajo la amenaza de privar -
de la vida a la persona o de causarle daño si no es pagada la-
cantidad exigida.

En conversación personal con el distinguido profesor Don
Víctor Carlos García Moreno, nos comentó que la figura que -
el derecho anglosajón más ha desarrollado es la del "KIDNAPING",
cuando la privación de la libertad se ejerce sobre un menor -
de edad, que en dichos países es la forma más frecuente del -
plagio. También insistió en que el derecho anglosajón distin-
gue entre el KIDNAP, y la figura de "CHILD ABDUCTION", que no

es penal sino civil y que consiste en el ocultamiento de los hijos por uno de los progenitores, en perjuicio del otro titular de la patria potestad; figura que es similar al "ENTEREMENT DES ENFANTS", regulada en el derecho Francés, y sobre los cuales se han celebrado varias conferencias internacionales, para establecer mecanismos de investigación, localización y repatriación de dichos menores cuando el ocultamiento se lleva al extremo de trasladarlos a país diverso.

Estas figuras fueron reguladas en la Ley de 15 de junio de 1951 en Alemania Occidental, castigándose con la pena de --reclusión a quien "con astucia, amenaza o violencia trasladada a otro a un territorio ajeno al ámbito espacial de validez de esta Ley o dé motivo para que realice ese traslado o impida el regreso" (artículo 234), denominado como plagio. Pero es evidente que no reúne las condiciones requeridas para constituir un plagio propiamente dicho.

Alvaro Bumster critica el uso alternativo del vocablo - Plagio y Secuestro en el artículo 366 del Código Penal, para referirse al plagio de los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, buscando la adecuada conceptualización de este ilícito, comparándolo con el fraude, la falsificación y la usurpación. (67)

(67) cfr. Bumster, Alvaro. - "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. - Tomo VII, - Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. - 1984, p. p. 113 - 114.

PLAGIO DE CREACION INTELECTUAL.- Tomando en consideración la crítica que hicimos a la sinonimia empleada por el legislador, podemos asegurar que en esta conducta delictual podría denominarse también como secuestro de creación intelectual. En este momento nos referimos al tipo penal relativo a la acción punible consistente en Actos violatorios de Derechos de Propiedad Literaria, Dramática o Artística, considerados como falsificación en las leyes relativas.

"En el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se establece que el plagio consiste en copiar, en lo substancial, obras ajenas dándolas como propias". (68) El autor Argentino Bernaldo de Quiroz, completa esa acepción, con las siguientes características: "Es la reproducción, más o menos disfrazada, de una obra literaria o artística ajena, o de uno o más fragmentos de ella; libertad que carece de valor jurídico en sí misma mientras no la acompañe el propósito de lucro, que la convierte en un caso de defraudación de los derechos de su titular". (69)

El plagio de obra intelectual cuenta con tres figuras principales, que denotan la usurpación de los derechos patrimoniales del autor y son: la explotación no autorizada de una obra protegida, con fines de lucro, mediante la edición, grabación, y reproducción, explotar o utilizar una obra sin las

(68) ob. cit. pág. 930.

(69) Ossorio y Floit, Manuel.- Enciclopedia Jurídica Omeba, voz Plagio, Buenos Aires Argentina, 1982. pág. 341.

licencias obligatorias (artículo 135, fracción IV, de la Ley Federal de Derechos de Autor).

Otra segunda figura es la que se denomina fraude editorial o del editor, que consiste en la conducta del editor o grabador que produce mayor número de ejemplares a los autorizados por el autor. En esta figura es interesante observar que el fraude se comete sólo por la reproducción en exceso, pero en mi criterio, la conducta fraudulenta consistirá en la enajenación por cualquier título de los ejemplares autorizados.

La Tercera forma y que es la realmente coherente, es la comercialización, que se encuentra prevista en la fracción I del artículo 136 de la Ley Federal de Derechos de Autor, porque es la que produce el lucro indebido, mediante la compra, venta, permuta o enajenación onerosa de obras publicadas en violación a los derechos de su legítimo titular.

Ya en el derecho Romano, algunos jurisconsultos aplicaban el concepto de *plagium*, para el caso de la apropiación de objetos intelectuales por otro. Desde luego que no pudieron estimarlo como delito o cuasi delito, pero hicieron aplicable la nota de infamia al violador de estos derechos y autorizar al afectado para denostar públicamente al *plagiarius* sin reprimir la injuria.

Como corolario, resulta necesario precisar en la legislación penal y especial relativa al delito de plagio, a cual-

de las conductas ilícitas que hemos analizado debe aplicarse tal denominación; la mayor frecuencia de la usurpación, defraudación o falsificación de los derechos de autoría o titularidad sobre obras artísticas y/o intelectuales me impulsa a proponer que esta palabra se utilice para designar a esta última conducta y se omita su empleo para la privación ilegal de la libertad, para la cual propongo la denominación de "DELITO DE RETENCION EN REHENES", sobre la cual abundaré en el capítulo siguiente.

SECUESTRO.- Dejando expuesta la propuesta anterior, y reiterando nuestra crítica a la equiparación de plagio y secuestro que utiliza el legislador en el precitado artículo 366 del Código Penal y como en el desarrollo de este trabajo ha quedado demostrado el origen, características, naturaleza jurídica, consecuencias y regulación, eminentemente privadas, civiles y procesalistas del secuestro, no estimo necesario abundar en la incorrecta e infundada utilización de la palabra secuestro para una forma del delito de privación ilegal de la libertad, por lo que propongo la desaparición de este vocablo de la legislación penal, tanto sustantiva como adjetiva, incluyendo la regulación de ilícitos en las leyes especiales, atentos a su implicación y significación específicamente civil y procesal.

3.- PENALIDAD

El delito de plagio o secuestro, es sancionado en el párrafo primero del artículo 366 del Código Penal vigente, con seis a cuarenta años de prisión y multa de 200 a 500 días, se exceptúa de las penas señaladas en el párrafo anterior las que establece el párrafo segundo de la fracción VI para cuando el secuestro o plagio "lo cometa un familiar del menor que no ejerza la patria potesta y la tutela", en cuyo caso la pena será de seis meses a cinco años de prisión; en esta penalidad debió abarcarse también los casos en que el secuestro o plagio del menor de doce años realizado por persona extrañas a su familia no hubiere tenido por objeto pedir rescate o causar daño o perjuicios al menor o a otra persona relacionada con él, y estuviera exento de amenazas graves, mal trato o de tormento.

El párrafo infine del artículo 366 a que nos venimos refiriendo establece que "Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, solo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo al artículo 364 del mismo Código.

Las penalidades aquí señaladas, pueden aumentar en el caso de que con el delito de plagio o secuestro se cometiera algún otro delito sobre la persona detenida, es decir si se causa la muerte de dicha persona o se comete algún otro delito sobre la persona a la cual pretende obligar a un hacer o un no hacer.

4.- UBICACION DEL TIPO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

El delito de Plagio o Secuestro se encuentra ubicado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su libro segundo, Título Vigésimo Primero, que trata de la privación de la libertad y de otras garantías, conteniendo un capítulo único.

Consideramos que la ubicación del ilícito puede estar o no correcta, aunque como ya lo expresamos anteriormente la denominación está incorrecta, debiéndose denominar "DELITO DE RETENCION EN REHENES", debido a que al detener a la persona, sujeto pasivo del delito, se le tiene en calidad de rehén hasta en tanto el sujeto activo del delito consigue su objetivo, el cual no sólo puede consistir en pedir un rescate pecuniario sino también un hacer, un no hacer o un abstenerse por parte de la persona a la cual se le pretende coaccionar moralmente con la detención del sujeto pasivo.

Efectivamente, el rescate no necesariamente ha de consistir en dinero; nada se opone a que lo que se trata de obtener fuere joyas u otros objetos de valor o cartas o documentos de interés histórico, familiar o personal, pues también puede consistir en un no hacer o un hacer para obtener con ello el sujeto activo un lucro o beneficio personal o de un tercero.

5.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

En el delito de secuestro o plagio descrito en el artículo 366 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que ha quedado transcrito en este capítulo, es "...la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y moverse; por ende, el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o de causarle daño..." (70)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que el bien jurídico tutelado en este delito es la libertad externa de la persona, ya sea para obtener un rescate o cualquier prestación por parte de un gobierno, pero esta libertad entendida como facultad de elegir diversos campos de la vida, debe estar tutelada por el derecho para ser posible la convivencia humana, para evitar que se convierta en una anarquía.

(70) Semanario de la Federación, Tomo CXIV, segunda parte, sexta época, pág. 33.

6.- EL REHEN

"El término rehén, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, proviene del árabe rahn que quiere decir prenda, y llámase así a la persona de estimación que queda como prenda en poder del enemigo mientras esté pendiente un -- ajuste". (71)

El vocablo rehén tiene gran importancia en el Derecho-- Internacional que es en la materia en que más se usa en nuestro país y en aquellos que han celebrado con él tratados internacionales. Tal es el caso de los actos prohibidos por el convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949; figura en él "la toma de rehén"; sin embargo, afirma el maestro Verdross, que como medio de seguridad contra posibles ataques al ejército de ocupación, se ha venido autorizando la toma de rehenes, medida -- profiláctica que se da por ejemplo cuando en un tren de tropas se transportaran al mismo tiempo súbitos del país ocupado, para mover así a la población a que se abstenga de atentados. En cambio, la ejecución de rehén en represalia por delitos cometidos por otras personas, estaba prohibido ya por el Derecho -- Internacional común, puesto que en la lucha sólo puede darse -- muerte al enemigo armado. (72)

También por rehén se designa las personas que un Estado entrega a otro como garantía del cumplimiento de los acuerdos

(71) ob. cit. pág. 947

(72) Cfr. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXIV, Editorial Driskill, - S. A. Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 546 - 547.

pactados, los cuales responden con su propia vida de la efectividad de los mismos; aunque la parte que dió los rehenes -- falte luego a la buena fe, no se puede matar, herir ni atormentar a éstos, sino que solamente se les ha de guardar por el tiempo que se estime justo o hasta que se cumplan los pactos.

Otro aspecto de tales métodos se presenta con las familias de los militares o de los funcionarios de ciertos regímenes totalitarios que responden con su vida de la eventual evasión del padre, marido o hijos a tierra de otros países contrarios a sus ideas. (73)

Así pues tenemos que por rehén debemos entender que es aquella persona tomada bajo custodia, que responde con su libertad y a veces con su vida del cumplimiento de determinadas peticiones.

"En el derecho de gentes, al firmar las paces, se entregaban mutuamente rehén, para asegurar el cumplimiento de lo acordado. En Europa se entregaron por última vez rehén en 1748, al formalizarse la paz de Aquisgrán. La costumbre de tomar rehén es conocida en la historia bélica ya desde la antigüedad, los romanos victoriosos, jamás entregaban rehén, pero sí los tomaban, y los trataban como prisioneros de guerra, si lo pactado no se cumplía. Napoleón tomaba rehén durante sus campañas en Italia, para proteger a los soldados contra los ataques de la población.

(73) cfr. Cabanellas, Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 383.

Durante la guerra franco-alemana de 1870-71 desempeñaron un importante papel los llamados rehenes preventivos; los alemanes colocaban a ciudadanos conocidos de rehenes en los puentes o los obligaban a acompañar los trenes, para proteger a los transportes contra actos de sabotaje. Durante la guerra de los bóers hizo algo parecido el comandante en jefe inglés Lord Roberts". (74)

En la actualidad existen diversas clases de rehenes, en forma ejemplificativa y no limitativa, daremos unos ejemplos someros por países:

CANADA.- Desde hace algunos años, luchan separatistas contra el gobierno central de Ottawa; de los diversos movimientos subversivos, el más radical es el Frente de Liberación de Quebec. No cuenta más de 300 afiliados, organizados en células de tres a cinco individuos, cada una de las cuales opera con independencia de las demás. EL 5 de octubre de 1970, fué tomado como rehén el diplomático inglés James Cross; los que lo tomaron como rehén amenazaban con ejecutarlo si no se cumplían una serie de peticiones. EL gobierno canadiense sólo aceptó una de esas peticiones; en respuesta el 10 de octubre de 1970, fué tomado como rehén el ministro de Trabajo de la providencia de Quebec, Pierre Laporte, a pesar de ello, el gobierno se mantuvo firme en su decisión y el 17 de octubre de

(74) Middendorff, Wolf.- "RAPTO, TOMA DE REHENES, SECUESTRO DE PERSONAS Y AVIONES", Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1976, pág. 39 - 40.

de ese mismo año, fué estrangulado Pierre Laporte por sus --
captoreos.

URUGUAY.- Existe hoy en día una lucha permanente entre el gobierno y los tupamaros, en marzo de 1971, los tupamaros - tomaron como rehenes a cinco personas, las cuales dejarían li- bres cuando el gobierno cumpliera sus peticiones, el gobierno se mantuvo firme en no negociar con los tupamaros. Como resul- tado, un Juez fué dejado libre, un norteamericano por el cual habían exigido los tupamaros la liberación de 150 guerrilleros, fué puesto en libertad sin la liberación de esas personas, - después de estar en cautiverio por 208 días; otro norteamericano fué ejecutado. El embajador británico Jackson fué liberado - después de 245 días de estar en poder de los tupamaros.

CHILE.- Antes del cambio de gobierno de Pinochet, los grupos subversivos, se dedicaban a atacar al gobierno a atacar al gobierno tomando como rehenes a personas de importancia - diplomática, por ejemplo en una ocasión tomaron como rehén al embajador norteamericano Elbrick, el cual fue dejado en liber- tad a cambio de 15 presos políticos, los cuales fueron envia- dos a México, en otra ocasión se privó de su libertad ilegal- mente al embajador alemán Von Holleben a quien dejaron libre- a cambio de 40 presos políticos.

GUATEMALA.- En este país la situación es distinta, pues el gobierno no acepta negociar con los guerrilleros, así que- cuando se tomó como rehén al embajador alemán Von Spreti, el

gobierno no aceptó las exigencias de los guerrilleros y el embajador fué muerto por ellos.

U.S.A.- En los Estados Unidos de Norteamérica, es inexistente el caso de rehenes diplomáticos, solamente en una ocasión se tuvo conocimiento de que se trataba de tomar como rehén al, en ese entonces, Secretario Henry Kissinger. (75)

El tomar rehenes, tiene distintos objetivos, dependiendo cual sea el objetivo que se persiga, así como ejemplo podemos citar los siguientes móviles:

Rehenes en aviones.- En este caso se persiguen como fin el lograr la liberación de presos políticos; dinero; conducción hacia otro país; presionar a los países para que se tome determinada conducta hacia otro país.

Toma de rehenes para salir de prisión.- En este caso, los presos toman como rehenes a las autoridades del plantel o bien a las personas que se encuentran de visitas en el penal, para así lograr se les permita escapar de la cárcel, además -- de que se les entreguen los medios de transporte y económicos para salir del país de que se trate.

Toma de rehenes para Asegurar la Huida.- Este caso es continuación del anterior, aunque puede darse en situaciones distintas, por personas que no estén en presidio, pero que --

(75) cfr. Middendorff, Wolf, ob. cit. pág. 40 y siguiente.

tratan de evitar que se les detenga y encarcele, toman como -- rehén a la persona o personas que tienen a la mano y para -- que no se les detenga o se les cause daño, se obliga a los -- rehenes a acompañar a sus captores a lo largo de la huida, de-- jándolos la mayoría de las veces en libertad, al lograr su co-- metido.

Como podemos observar de todo lo anterior, el tomar co-- mo rehén a alguna persona, tiene como finalidad un objetivo -- concreto, éste puede ser lograr un lucro, obtener la liberación de otras personas lograr que se entreguen informes o documentos necesarios para otros fines, huir, presionar a otros para que hagan o dejen de hacer determinadas conductas, etcétera, todas estas situaciones encajan perfectamente en la descripción del tipo del artículo 366 del Código Penal vigente en México, por lo que el delito no debe llamarse ni plagio ni secuestro, sino-- toma de rehenes, por la intención del sujeto activo del delito.

Desde luego, debe considerarse que queda sólo como de-- lito de rehenes, la conducta del agente, cuando proceda a de-- jar en libertad al rehén después de obtenido su objetivo. Pero cuando el rehén es sacrificado, lesionado o sufre algún da-- ño regulado en el Código Penal, el delito inicial de rehenes, ló-- gicamente se transformará en el delito que resulte agravado -- por el antecedente, mismo que consistió en la toma de rehén.

CAPITULO QUINTO

ANALISIS COMPARATIVO DE LAS INSTITUCIONES EN ESTUDIO

1.- CONFUSIONES

a) DOCTRINALES:

A lo largo de los capítulos precedentes, hemos destacado la confusión doctrinal de los diversos autores investigados, consistente en que no hacen una clara distinción entre depósito y secuestro.

Sobre todo; estimo importante destacar el error reiterado de considerar por los doctrinarios que el depósito se emplea para bienes muebles y el secuestro es aplicable a los bienes inmuebles, lo cual resulta falso, a la luz de la regulación civil vigente en nuestro país, porque no se establece dicha diferencia característica en sus preceptos.

Otra confusión, acaso la más frecuente, es la de los procesalistas; quienes estiman que el embargo produce como consecuencia el depósito de bienes, y que el secuestro corresponde a la fase de extracción de los mismos o la llamada remoción de depositario, pero sin distinguir la característica esencial que diferencia a esas actuaciones del secuestro propiamente dicho, y que consiste en la situación de la cosa misma, es decir, si ésta es el motivo de la controversia y la pretensión de las partes contendientes, la decisión del Juez de colocarla-

en manos de un tercero extraño, la situará en secuestro. Pero si se trata de cualquier otra cosa, apreciada en su valor pecuniario, con la finalidad de constituir una garantía para el cumplimiento de una obligación en que no se encuentra directamente involucrada esa cosa, no obstante que se coloque en manos de un tercero, la figura que se genera es la de embargo con depósito judicial.

En la transcripción que se realizó de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se encuentra la confusión entre embargo, depósito judicial y secuestro, principalmente en los artículos 537, 543, 547, 548, 550, 553, 556, 562 y otros del ordenamiento citado, mismos en los que se utilizan, indistintamente, y como sinónimos, los vocablos: depósito, embargo, secuestro, aseguramiento y custodia, con las expresiones: bienes embargados, objeto secuestrado, depositario de bienes secuestrados y otros en el mismo tenor.

b) EMPIRICAS:

Sobre este particular, no es necesario extenderse en comentarios, básteme decir que durante la elaboración de este trabajo de tesis, al ser cuestionado por profesores, postulantes, estudiantes y legos en el derecho, al exponerles el título de la misma, todos requirieron mi explicación de que no se trataba de analizar el delito de privación ilegal de la libertad. Esto me demostró que la influencia de los medios de información, y el uso indebido y excesivo del término secuestro en las notas e información policiacas, por el error que se encuentra en la redacción del artículo 366 del Código Penal, han producido en el criterio de la conciencia colectiva, la idea de que todo secuestro implica un acto ilícito, y no les permite considerar la hipótesis de un secuestro lícito, autorizado por un Juez y regulado por la legislación civil mexicana.

Insisto en que los medios de comunicación mucho influyen en provocar esta confusión, porque la equivocada traducción de películas y programas seriados de origen extranjero, principalmente anglosajones, y de temática policiaca o detectivesca, impactan la mentalidad del observador en aspectos de la privación ilegal de la libertad o de la retención en rehén. Por lo que subliminalmente y por la fuerza de la cotidianeidad, el subconsciente y aún el consciente de la población se inclina a considerar que el secuestro es un acto ilícito.

c) SEMANTICAS:

Entendemos por semántica, la disciplina lingüística o gramatical que se encarga del estudio y determinación del verdadero y correcto significado de las palabras; y en derecho - se emplea en la actividad interpretatoria de la legislación, - en su forma de interpretación gramatical. (76)

Por los efectos de este trabajo, ha sido fundamental - al iniciar cada uno de los capítulos con la definición etimológica, lingüística, doctrinal y legal de cada una de las instituciones correspondientes, con la finalidad de destacar qué es lo que se intenta expresar con el nombre o designación de las mismas.

En este caso, resulta evidente que las palabras embargo, depósito civil, depósito judicial y plagio, frente a los - conceptos de secuestro, convencional y judicial, y secuestro - penal, tienen diferentes significados atendiendo a las posibles calificaciones que cada concepto recibe, según se trate de - una u otra materia o disciplina jurídica.

Retomando lo expresado en el inciso anterior, destaca la influencia de los medios informativos en la cultura general y jurídica de la población, que se traslada al criterio del - legislador y que aplica en la redacción de los ordenamientos - jurídicos.

(76) Cfr. "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", Real Academia Española, - Editorial Espasa, Calpe, S. A., Madrid 1970, pág. 967.

La finalidad y objetivos de este trabajo, consistió y ahora es motivo de una propuesta concreta, para distinguir y precisar el significado de las palabras con que se denomina - cada una de las instituciones que se estudian y con las cuales se ha creado la confusión que ahora destaco con la intención de romper.

Si el propio legislador confunde embargo, depósito judicial y secuestro en el ámbito procesal civil y lo mismo hace con respecto del ámbito penal, tal y como lo hemos dejado asentado en el cuerpo de ésta tesis así como la diversidad de significados igualmente vagos que se da a las mismas palabras en distintos cuerpos legales, produce confusión, inseguridad y -- dispersión en el criterio del jurista, ya sea como juzgador o postulante, y qué decir en el de la población en general.

Estimo que de la lectura del presente trabajo, se habrán ya destacado las confusiones a que me he referido, sobre todo cuando afirmé que, si se llama plagio o secuestro a la privación ilegal de la libertad, también podrá llamarse secuestro de obra artística o intelectual; pero en este momento es mi intención prevenir al lector, no sólo de la confusión en el significado de las palabras, sino sobre cada una de las instituciones analizadas, que son producto de las confusiones doctrinales, empíricas y semánticas.

2.- DIFERENCIAS

a) EN CUANTO A LA MATERIA:

Partiendo del origen de la institución, resulta evidente que el embargo es regulado exclusivamente por las disposiciones del derecho procesal civil, dado que en el procesal penal se regula una figura aparentemente similar, denominada decomiso.

Asimismo, el embargo es empleado con oportunidad y razón en el ámbito del derecho administrativo y el procedimiento de ejecución, con especificidad en el aspecto tributario.

De igual manera, la institución del depósito, en sus dos vertientes, es decir, como contrato y como decisión de autoridad, sí se encuentran ubicadas en la materia correspondiente, ya que la regulación del contrato de depósito se ubica tanto en la legislación civil como en la mercantil.

Como acto de imperio de autoridad, también se encuentra regulado en las disposiciones procesales y administrativas.

La institución que causa más confusión y discusión es la del secuestro, porque presenta una múltiple posibilidad, pues nos da la apariencia de un contrato privado, de un acuerdo de las partes en juicio, de una providencia judicial, aunada a la posibilidad de ilícito cualificado.

Luego entonces, el vocablo secuestro, se emplea en el Código Civil, en el Código de Procedimientos civiles, en las Leyes y reglamentos administrativos con injerencia en aspectos patrimoniales y de ejecución, incluyendo las de carácter-laboral, para, finalmente aparecer en la Constitución Política, en su sinonimia de plagio, en el último párrafo del artículo 22 del máximo ordenamiento, y en el Código Penal.

b) EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS:

Tomando en cuenta que las normas jurídicas tienen por objeto regular una relación contingente entre supuesto o hipótesis y consecuencias; a diferencia de la Ley natural que establece la necesaria vinculación entre una causa y un efecto, es indispensable precisar que esas consecuencias de cada institución son precisamente contingentes, entendiéndose por ello que no son Imperativas o necesarias, sino simples posibilidades fácticas que pueden darse o no.

Para establecer un mecanismo o procedimiento de distinción entre diversas instituciones jurídicas, siempre interviene el árbitro del clasificador, lo que no significa una arbitrariedad, porque el elemento esencial es la sistemática o metodológica; por esa razón, emplearemos el método de comparación, por estimar que el método exegético ya se encuentra aplicado en la conformación del capitulado y en el análisis de cada institución, además de que se reforzará al emitir las conclusiones generales del trabajo.

El depósito puede compararse con el embargo y el secuestro, porque su consecuencia está dependiendo de su fuente, es decir, puede surgir del acuerdo de voluntades privadas, para constituir un contrato, cuyas consecuencias serán las de crear una norma individualizada y subjetiva que tienda a la creación y/o transmisión de derechos y obligaciones, cuyo incumplimiento generará una responsabilidad contractual, y por ende, la --

consecuencia final será su estricto cumplimiento o la exigencia de ese cumplimiento en la vía jurisdiccional, más el posible pago de la indemnización por daños y perjuicios.

En su otra posibilidad, como provisión jurisdiccional de depósito judicial, constituye un estatuto en el que intervienen dos voluntades, pero de las cuales una ya no es privada, sino estatal. Esta voluntad produce la consecuencia de que - el incumplimiento a una designación como custodio de bienes - afectos a garantizar una obligación sub iudice, sujetan al depositario judicial a una responsabilidad de carácter no sólo civil sino incluso penal, tipificada como abuso de confianza; porque el incumplimiento es tanto más grave cuanto que el juzgador apela a la moralidad y solidaridad del sujeto pasivo, - quien muchas de las veces ofrece voluntariamente a desempeñar ese "CARGO JUDICIAL". De igual manera, el depositario comparte su responsabilidad con el actor, cuando ha sido éste el que lo propone, pues solidariamente responderán por cualquier falta; dado que ese depósito judicial es un beneficio de aquél y no del poseedor o propietario del objeto.

La discusión doctrinal sobre la creación o no de un derecho real respecto a la cosa embargada u puesta en depósito judicial, es resuelta en el sentido de que no surgen las facultades que la prenda o la hipoteca otorgan al acreedor pignoraticio o hipotecario, sino que se constituye un derecho procesal subjetivo de sacar a remate el objeto embargado o bien - adjudicárselo; pero no se establecen los derechos de venta -

legítima ni altera o produce derechos preferenciales.

Ha quedado demostrado que el embargo es sólo un medio - para asegurar una cosa que es materia de obligaciones patrimoniales, pero no es una fuente de derecho alguno, el derecho - del acreedor o peticionario de dicha providencia, está supeditado al resultado de la sentencia o transacción que ponga fin a la contienda. Luego entonces, el embargo es un medio, un instrumento, una actuación o diligencia ordenada por el Juez, a su prudente arbitrio, para mantener una cosa a su disposición y bajo la condición suspensiva de que se produzca alguna causa que ponga fin al litigio. Lo que es trascendente, para los efectos del tema de ésta tesis, es la naturaleza de la - fuente o causa de ese embargo, porque puede ser en carácter - de garantía de otra obligación, con objeto muy distinto a la cosa embargada, o bien un aseguramiento o secuestro de una - cosa sobre la que versa la discusión.

Entonces se descubre que el embargo sólo tiene por consecuencia sujetar bienes o derechos a la decisión final de un litigio, pero no distingue el para qué o por qué se sujetan, por lo que resulta intrascendente si el Juez hará la adjudicación de ese bien o derechos a alguno de los contendientes, - porque tal adjudicación no depende del embargo en sí, sino de la resolución judicial y de su motivación.

La consecuencia básica del secuestro civil o procesal, es la obligación del secuestrario de hacer entrega y transferir todos los derechos que sobre la cosa o persona encomendada haya adquirido, pero sólo cuando se haya verificado el cumplimiento de la condición suspensiva que dió causa al secuestro; porque antes de la actualización del evento suspensivo, de realización incierta, está imposibilitado de liberarse de su obligación. En consecuencia se desprende de la fuente misma de su obligación, que es la voluntad solidaria de varios que consienten en que la cosa o persona sea custodiada por un tercero extraño a su controversia. También debe considerarse que puede presentarse la hipótesis de que las partes llegaran a una transacción para definir a quién de ellas se hará la restitución, pero para ello es necesario que el secuestrario reciba el requerimiento de todas y cada una de las partes involucradas, situación que se distingue del depósito, pues en éste, es suficiente un deponente cuyo requerimiento produce la obligación del depositario de devolver.

En el caso de secuestro judicial, la condición suspensiva se hace consistir en la sentencia con adjudicación emitida por el juzgador, y en ese caso, el secuestrario sólo podrá devolver a quien resulte triunfador en el proceso que motivó el secuestro.

Finalmente, por lo que hace al secuestro penal, la consecuencia contingente es la de que se acredite el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indicado, y de que -

se siga el debido procedimiento para considerarlo responsable de la conducta ilícita. Desde luego que debemos considerar - que el tipo penal constituye una descripción de una conducta - que es tomada por el legislador como antisocial y punible. Lo que repruebo es el nombre que se emplea para designar a la - descripción legal punitiva.

c) EN CUANTO A LOS OBJETOS MATERIA DE CADA UNA:

Como se describe en el desarrollo de este trabajo, el depósito solamente tiene por objeto los bienes corporales, sin distinguir su característica de mueble o inmueble, lo que le distingue de las otras figuras a estudio. Esta consideración se desprende de lo previsto en el artículo 2516 del Código Civil vigente, en el que se contiene la definición legal de ese contrato, y en el que, expresamente, se prevé que el objeto materia del contrato son las cosas muebles o inmuebles, de lo que se desprende que sólo puede realizarse su custodia o guarda, para poder realizar su restitución, sobre una cosa corporea; de lo contrario, es decir, si se encomendara la vigilancia o atención sobre una cosa incorporea, estaríamos frente a un contrato distinto como sería el mandato.

En el caso de depósito judicial rige la misma disposición, con la salvedad de que los derechos también pueden ser objeto del depósito ordenado por la autoridad judicial, pero en este caso sólo lo son aquellos derechos que se encuentran relacionados con las cosas materia principal del depósito.

También debe considerarse que nuestra legislación civil y procesal, impulsada por la confusión que he destacado, se abstiene de considerar el depósito de personas, mismo que se encontraba previsto en los códigos civiles del siglo XIX. La realidad es que desviaron su atención y no consideraron a la figura del secuestro civil o judicial, que sí permite, como -

una forma especial del depósito, encomendar la custodia de - personas sobre las que existe disputa; pero sobre este particular abundaremos más adelante.

El embargo, del que ya quedó precisado que es una providencia judicial tendiente a mantener una cosa ó derecho a - disposición del juzgador, ya sea como garantía del cumplimiento de una obligación o como medida de aseguramiento de un determinado estado de cosas, en realidad puede tener por objeto tanto cosas corporales como incorpóreas, tales como los propios créditos.

En el caso del secuestro, éste puede tener por objeto cosas corporales e incorporales, incluso personas, partiendo de la idea de que es el acuerdo de dos o más voluntades que - solidariamente depositan o entregan en custodia algo sobre lo que tienen controversia o que habrá de ser entregado a alguno después de actualizada una condición suspensiva y válida. Por lo tanto, nada impide que sean materia de secuestro las personas sobre las que se tienen obligaciones y facultad de custodiar, por ejemplo los menores e incapacitados cuando se encuentra en disputa la patria potestad o su guarda-custodia.

Es frecuente escuchar la petición de algún pater familia a otra persona capaz de "cuidarle" a sus hijos, con la frase: "te encargo a fulano o perengano". No puede negarse que esta encomienda no constituye un mandato, porque las facultades derivadas de la patria potestad no son transferibles ni -

renunciables, mucho menos mandatables.

Y como no puede encontrarse un contrato que establezca como objeto tal encargo, ni tampoco contemple la responsabilidad del aceptante, mucho menos el derecho de ser indemnizado por los gastos, daños o perjuicios que el cumplimiento de la encomienda pudieran ocasionar al custodio, estimo que la figura contractual aplicable, es la del secuestro civil, por ser la más cercana en cuanto a la causa, el objeto, la sanción y las obligaciones y derechos de las partes.

Desde el punto de vista procedimental, encontramos que la fracción I del artículo 273 del Código civil vigente, contiene uno de los elementos del convenio que deberán presentar los solicitantes del divorcio voluntario, junto con su petición de ese divorcio, que a la letra previene:

Art. 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

1.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

De igual forma la fracción VI del artículo 282 del mismo ordenamiento contiene la siguiente medida provisional, aplicable sólo mientras dure el juicio:

Art. 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

- I.- ...
- II.- ...
- III.- ...
- IV.- ...
- V.- ...

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

En ambos casos, se deja entrever la posibilidad de considerar el secuestro de persona, porque contempla en primer lugar un acuerdo de los contendientes respecto de la persona o personas a quienes serán confiados los hijos procreados por los divorciantes; lo que se apega a la propia definición del depósito pues en el artículo 2516 del mismo Código Civil se señala "... que aquél le CONFIA, y a guardarla para restituirla...". Por lo que hace a la facultad del juzgador de efectuar

tal designación, en defecto del acuerdo, lo convierte en un secuestro de carácter judicial, que habrá de ejercerse sobre los hijos menores de edad o incapacitados.

d) EN CUANTO A LA NATURALEZA:

Se entiende por naturaleza jurídica de una institución o figura, su verdadero ser, el ser que debe ser; es decir, la esencia, el conjunto de propiedades que definen un género, y por lo tanto, su esencia se desprende del conjunto o agrupación de varios seres u objetos que poseen propiedades comunes. (77).

Para efectos sistemáticos, y tomando en consideración que en la práctica es preponderante la supremacía jurídica de una norma frente a la doctrina, entendemos por naturaleza jurídica de una institución, su comportamiento contenido en la regulación de ella en una fuente de derecho.

CONTRATO.- El Código Civil vigente, considera como contratos a los acuerdos de voluntades de dos o más sujetos que tienen por finalidad crear o transmitir derechos y obligaciones. En este sentido, tomando en consideración la presencia de un consentimiento formado por dos o más voluntades libremente expresadas, tanto el depósito como el secuestro tienen la naturaleza de contrato.

PROVISION JUDICIAL.- Cuando la aparición de las obligaciones del depositario o del secuestrario no depende de un acuerdo de voluntades de particulares, sino que interviene en

(77) cfr. MARITAIN JAQUES.- "INTRODUCCION GENERAL A LA FILOSOFIA". Salvat Editores, S. A., Madrid, 1971, pág. 212.

la creación de la situación de derecho, aparte de la voluntad del obligado, la voluntad estatal, manifestada a través de un mandamiento escrito, además de fundado y motivado, de una autoridad, la naturaleza de su obligación se transforma en deber jurídico sometido a una distinta responsabilidad.

Esta naturaleza jurídica que pueden presentar el depósito y el secuestro, se desprende del ordenamiento que los regula, siendo el Código de Procedimientos Civiles, o la Ley Administrativa correspondiente. De ninguna manera puede considerárseles como contratos públicos, sino como designaciones efectuadas por el juzgador que dependen de la propuesta que haga quien pidió la provisión o del ofrecimiento voluntario del responsable.

ACTO PROCESAL.- Todas y cada una de las etapas o actuaciones que el juzgador está facultado para realizar, con la finalidad de asegurar una imparcialidad, pronta, expedita y segura impartición de justicia, reciben el nombre de acto o actuación procesal. El embargo constituye un auto o diligencia que el juez ordena a petición de una de las partes, después de verificar su oportunidad, necesidad y procedibilidad. Por lo tanto, el embargo no tiene la naturaleza de un contrato, ni de provisión judicial, sino la de un acto procesal que, a veces, es requisito previo para la prosecución de determinados juicios de carácter especial, como los ejecutivos.

DELITO.- Se entiende por delito toda transgresión me-

diente una conducta, positiva o negativa, que atenta contra una norma penal. Y dicha conducta debe encontrarse descrita en un tipo penal, acompañada de la determinación de las posibles penas aplicables a quien se coloque bajo dicha hipótesis, siguiendo el viejo adagio latino que reza "NULUM CRIMEN SINE TIPO, NULA PENA SINE LEGE".

Debo insistir que este trabajo no se encamina a formular un análisis profundo del delito de privación ilegal de la libertad, en su modalidad de plagio o secuestro sino, que me vi precisado a tocar ese aspecto, en razón del vocablo "secuestro" que se emplea en el artículo 366 del Código Penal vigente.

En este caso, la naturaleza del ilícito previsto en el artículo antes citado, tiene la naturaleza de un delito en contra de la libertad de las personas. Además conforme a la competencia para reprimirlo, es un delito ordinario de privación ilegal de la libertad.

De todas las anteriores diferencias, se desprende que el secuestro constituye una institución y figura jurídica plenamente individualizada y autónoma en la legislación mexicana, y que debe ser considerada como tal, sin confundirla con otras como las analizadas en este estudio y que frecuentemente son utilizadas como similares o sinónimas. Destacándose que no hemos encontrado razón, fundamento o justificación para llamarle secuestro al delito agravado de privación ilegal de la libertad.

3.- PROPUESTA DE UNA NUEVA DENOMINACION DEL Ilicito EN EL DERECHO PENAL Y SU CORRECTA UBICACION:

Como corolario de este trabajo de investigación, trato de demostrar que no es correcto ni jurídicamente justificable, que dos instituciones o figuras de naturaleza jurídica disímbola ostentan la misma denominación, además de que producen confusión e inseguridad.

Ahora bien, la duda existiría en cuanto a la posibilidad de dejar esa denominación a una de ellas, pero ¿A cuál de ellas conservarle el nombre de secuestro?, y otra duda será: ¿Cómo nombrar a la otra?

Ya hemos dejado apuntado, a lo largo de este trabajo, algunas inquietudes sobre una propuesta general con el ánimo de resolver esta cuestión. Una de ellas es en el sentido de que, atendiendo a su origen, su significado etimológico y a su regulación más extensa, el vocablo secuestro debe mantenerse para designar a una forma especial de contrato de depósito, así como a una provisión judicial respecto de la custodia de cosas o personas sobre las cuales existe controversia.

En cuanto a la segunda incógnita, tomando en consideración la doctrina penal Argentina y a falta de un mejor criterio, me inclino por proponer que se le denomine como "DELITO DE RETENCION EN REHENES" al tipo penal descrito en el artículo 366 del Código Penal vigente.

Finalmente, me ha surgido la inquietud por dilucidar-- si este delito de la privación ilegal de la libertad, cuando tiene por móvil de la conducta del agente el obtener un beneficio o conseguir una finalidad distinta, mediante la retención de una persona, puede considerarse, una vez alcanzado su objetivo y liberada la persona mantenida en rehenes, como delito de ex torsión, atendiendo al resultado final del ilícito. Pero por no ser materia del presente estudio, sólo quiero dejar planta da la cuestión para que sea motivo de otra investigación.

CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES

1.- Nuestro Derecho Civil vigente, contempla tres clases de depósito, que son: el necesario o miserable, cuando el depositante confía el objeto a cualquier persona impulsado por la necesidad, una emergencia u otra causa similar; el depósito irregular, que tiene por objeto la custodia de cosas genéricas o fungibles y se faculta al depositario para consumirlas, con obligación de restituir su equivalente. Y el depósito ordinario o común en el que las partes convienen libremente sus derechos y obligaciones, teniendo por objeto la restitución de la misma cosa dada en custodia.

2.- El depósito, cuando se presenta dentro del proceso se denomina como depósito judicial, regulado en el Código de Procedimientos Civiles, pero pierde su naturaleza contractual, porque constituye una provisión judicial en la que el depositario se convierte en un auxiliar del juez que desempeña un cargo judicial y no es deudor del depositante, pues la custodia no representa una obligación propiamente dicha, sino un deber jurídico, sometido a una responsabilidad solidaria y hasta penal.

3.- Es frecuente la confusión empírica y doctrinal que identifica al embargo con el depósito judicial, que es su consecuencia, pero aquél constituye una determinación judicial en cuanto a su origen, y en cuanto a su materialización no es más que

una actuación o diligencia. La depositaria judicial puede tener como objeto incluso derechos, pero solo en razón de que se encuentren relacionados con la cosa corporea materia del embargo. En consecuencia, el resultado del embargo puede ser tanto un depósito judicial como un secuestro propiamente dicho, mismos que poseen diferencias esenciales.

4.- La finalidad diferenciadora del secuestro, consiste en sustraer la disponibilidad sobre el objeto o persona materia de una controversia a los litigantes, mientras dure el litigio o se cumpla la condición suspensiva que lo motiva, limitando al secuestrario a efectuar su devolución únicamente a quien resulte con derecho a la misma, ya sea por atribución judicial o por el cumplimiento de dicha condición.

5.- El secuestro debe presentarse como convencional o judicial, según que su origen dependa del acuerdo de quienes lo constituyen o por determinación judicial. En el primer caso constituye una forma especial coherente del contrato de depósito que se caracteriza por la intervención de un tercero ajeno a la disputa y porque la cosa o persona sobre la que versa el conflicto es la que se coloca en secuestro. El secuestro-judicial consiste en la determinación del juzgador de colocar la cosa o la persona materia del litigio en poder de un tercero ajeno a los contendientes, pero sujeto al secuestrario al deber de restituirlos a quién, finalmente triunfe en el proceso. Por esta razón, critico la redacción que contiene el artículo 2539 del Código Civil vigente, porque omite a las

personas como posible motivo de la custodia que ejercerá al secuestrario.

6.- Otra característica del secuestro es el hecho de que el secuestrario posee la cosa entregada a su cuidado, dado que está facultado para perseguirla y exigir su entrega, aún en contra de alguno de los deponentes que le haya despojado de la misma; posibilidad que no corresponde a las facultades del depositario. En otras palabras, el depositario no disfruta de un derecho de retención, aún cuando no le hayan sido cubiertos los gastos o erogaciones realizados; en cambio, el secuestrario debe retener y defender la posesión de lo encomendado hasta en tanto no se cumpla la condición suspensiva que le autoriza a efectuar su entrega.

7.- Derivada de la doble calidad del secuestro, como convencional o judicial, se encuentra la dificultad para identificar su naturaleza jurídica, pues a este respecto existen cuatro posibilidades: la primera, como un simple contrato multilateral entre particulares, la segunda, cuando, puestas de acuerdo las partes, someten su determinación a la aprobación del juez ante el que someten su controversia, en cuyo caso tendría la naturaleza de contrato privado de interés público, porque el juez sólo actúa como un ejecutor de la voluntad de las partes. En tercer lugar, cuando los litigantes no se ponen de acuerdo, es el juez quien ordena el secuestro y designa al secuestrario, dándole la naturaleza de un acto de autoridad en ejercicio de

sus facultades. Finalmente, una hipótesis irregular pero frecuente se da cuando al depositario convencional le es ordenado abstenerse de devolver la cosa depositada al depositante, por disposición judicial, debido a que hubiera surgido controversia sobre el derecho de éste a reclamarla, lo que le daría la naturaleza de depósito forzoso, secuestro judicial o, tal vez, la de obligación novada.

8.- En los artículos 537, 543, 547, 548, 550, 553, 556, 562 - del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal existe una confusión entre embargo, secuestro y depósito judicial, pues estos términos se utilizan indistintamente y como vocablos sinonimos: depósito, embargo, secuestro, aseguramiento y custodia, con las expresiones: bienes embargados, objeto secuestrado, depósito de bienes secuestrados.

9.- El legislador mexicano eliminó del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, la figura del depósito de personas; tal vez por la idea de que el depósito solo puede tener por objeto cosas; pero olvidó que la forma especial del depósito, llamada secuestro, permite la custodia, tanto de cosas, derechos relacionados con éstas, e incluso personas. En este sentido, en el Código Civil se contemplan situaciones de custodia de menores e incapacitados por personas ajenas a quienes debieran ejercer la patria potestad, la tutela o la propia custodia, sobre cuando existe posible controversia al respecto o mientras se define quien las ejercerá mediante una

resolución judicial. Como ejemplo, encontramos los artículos 273 fracción I y 282 fracción VI del Código Civil Vigente.

10.- La diferencia entre el secuestro y el depósito es que en el depósito, el depositario convencional no puede librarse del depósito antes de la sentencia salvo el consentimiento de las partes y en el secuestro la sentencia será la que ponga fin a la contienda, así mismo este último puede tener por objeto los bienes muebles como los inmuebles en cuyo caso más que un depósito constituye una administración.

11.- En mi investigación no encontré una figura contractual que regule la causa, objeto, sanción y las obligaciones y derechos de los sujetos, cuando el acuerdo de las voluntades tiene por finalidad el comprometer a uno de ellos a custodiar a un menor o incapacitado. Estimé que la figura contractual más cercana es la del secuestro civil, sobre todo cuando dicha obligación es gratuita, temporal y esporádica. Lo cual es también aplicable a los derechos del sujeto que ejerce esa custodia por mandato judicial, debido a que existe controversia al respecto.

12.- En el artículo 366 del Código Penal, se contempla el tipo agravado de la privación ilegal de la libertad, cuando tenga el carácter de plagio o secuestro, describiendo sus posibles formas; pero no encontré ningún argumento teórico o antecedente histórico que justificara el empleo del vocablo "SECUESTRO" para esta conducta delectiva. En lo que coinciden los autores-

consultados es en que produce confusión e inseguridad la sinonimia entre plagio y secuestro, así como que se han configurado nuevos tipos penales a los que se aplica la denominación de plagio, pero a los cuales no sería aplicable la de secuestro; en otras palabras, se regula el delito de plagio de obra intelectual y/o artística, pero no se podría aceptar, gramatical ni lingüísticamente la expresión secuestro de obra intelectual y/o artística.

13.- La figura que el derecho anglosajón más ha desarrollado es la del "KIDNAPING", cuando la privación de la libertad se ejerce sobre un menor de edad, que en dichos países es la forma más frecuente del plagio, así mismo en este derecho se distingue entre el Kidnape y la figura de "Child Abduction", que no es penal sino civil y que consiste en el ocultamiento de los hijos por uno de los progenitores, en perjuicio del otro titular de la patria potestad.

14.- Es errónea la equiparación del plagio y secuestro que utiliza el legislador en el artículo 366 del Código Penal vigente en México, debido a sus orígenes, características, naturaleza jurídica, consecuencias y regulación eminentemente privadas, civiles y procesalistas del secuestro, por lo que es incorrecta e infundada la utilización de la palabra secuestro para una forma de delito de privación ilegal de la libertad, por lo que deberá desaparecer de este vocablo de la legislación penal -- tanto sustantiva como adjetiva, incluyendo la regulación de ilícitos en las leyes especiales, atentos a su implicación y

significación específicamente civil y procesal.

15.- Resulta interesante descubrir que el error legislativo de aplicar el nombre de "SECUESTRO" a esta figura penal, se presenta solamente en algunas codificaciones hispanoamericanas como los casos de Cuba, Ecuador, Guatemala y España. Concluyó que el error proveniente de la legislación Ibérica, desde la Novísima Recopilación, cuya influencia en la legislación de Indias fué definitiva.

16.- Como la denominación actual del delito en comento resulta errática, confusa e inadecuada, también lo son las designaciones del sujeto pasivo, como: plagiado y secuestrado, dado que en realidad pueden llegar a ser meros instrumentos de prisión para obtener una finalidad o exigencia del delincuente. Por esta razón me inclino en proponer que se les denomine, en forma genérica, como "REHENES"; toda vez que si atendemos al resultado final de la conducta ilícita, éstos pueden resultar como extorsionados, lesionados, occisos o simplemente privados de su libertad.

17.- Ha quedado demostrado que este delito no puede seguir ostentando la denominación de plagio o secuestro; pero ¿A cuál figura o institución le corresponde la misma?. Y otra cuestión más difícil de resolver sería ¿Cómo se llamaría a la que no lo merezca?. Atendiendo a su origen, a su significado etimológico y a su regulación y empleo más extenso, el vocablo -- secuestro debe mantenerse para designar a la forma especial --

del contrato de depósito y a la decisión judicial respecto a la custodia de cosas y personas sobre las cuales exista controversia.

En cuanto a la segunda incógnita, tomando en consideración la doctrina penal Argentina y, a falta de mejor criterio, propongo que se le denomine como "DELITO DE RETENCION EN REHENES", quedando la redacción del párrafo inicial del artículo 366 del Código Penal vigente, en su parte relativa, de la siguiente manera:

Art. 366.- "... cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de RETENCION EN REHENES, en alguna de las formas siguientes:"

de igual manera, deberá modificarse la fracción III del mismo artículo, eliminando la partícula "EN CALIDAD DE REHEN", para quedar como sigue:

"III.- Si se detiene a una persona y se amenaza con privarla de la vida..."

18.- Por último, me ha surgido la inquietud por considerar la posibilidad de una mejor ubicación del tipo en estudio, trasladándolo del título vigésimo primero: "Privación de la Libertad y de Otras Garantías", hacia el título siguiente, en su capítulo III bis, relativo a la extorsión, pero por no ser materia el presente estudio, estimo que debe ser motivo de

otra obligación.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar Carbajal Leopoldo
CONTRATOS CIVILES
2a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1977

Arangio Rùiz Vincenzo
INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO
Traducción de la 10a. edición
Edición Italiana por
José M. Caramés Ferro
Ediciones de Palma
Buenos Aires, 1973

Arellano García Carlos
DERECHO PROCESAL CIVIL
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1980

Arellano García Carlos
PRACTICA FORENSE MERCANTIL
Editorial Porrúa, S. A.
México 1984

Becerra Bautista José
EL PROCESO CIVIL MEXICANO
10a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1982

Bravo González Agustín y Bravo González Beatriz
SEGUNDO CURSO DE DERECHO ROMANO
10a. Edición
Editorial Pax
México, 1986

Castellanos Tena Fernando
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO CIVIL
2a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.

Enneccerus Ludwig
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
Volumen segundo
Doctrina Especial
Primera Parte
Bosck Casa Editorial
Barcelona, 1966

Fraga Gabino
DERECHO ADMINISTRATIVO
Editorial Porrúa, S. A.
México 1965

Galindo Gárfias Ignacio
DERECHO CIVIL
4a. Edición
Editorial Porrúa, S.A.

Gay Montenella Rafael
PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL
De Palma, Editores
Buenos Aires, 1950

Goldschmidt James
DERECHO PROCESAL CIVIL
Traducción de Prieto Castro
Editorial Labor
Barcelona, 1936

González de la Vega René
COMENTARIOS AL CODIGO PENAL
Segunda Edición
Cárdenas Editor y Distribuidor
México, 1981

Guasp Jaime
DERECHO PROCESAL CIVIL
2a. Edición
Tomo I
Instituto de Estudios Políticos
Madrid, 1961

Gutiérrez y González Ernesto
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
6a. Edición
Editorial Cajica, S. A.

Jiménez Huerta Mariano
DERECHO PENAL MEXICANO
Editorial Porrúa, S. A.
México 1981

López Leal Carlos Fernando
HAMMURABI
Tesis Profesional
Seminario de Derecho Penal
Facultad de Derecho
U.N.A.M., 1989

Lozano Noriega Francisco
CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS
Editado por la Asociación del Notariado Mexicano
México 1982

Margadant Guillermo Flores
EL DERECHO PRIVADO ROMANO
1a. Edición
Editorial Esfinge, S. A.
México, 1981

Maritain Jaques
INTRODUCCION GENERAL A LA FILOSOFIA
Salvat Editores, S. A.
Madrid, 1971

Manresa y Navarro José María
COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL
Tomo XI
Editorial Reus
Madrid, 1931

Mazeaud Henry, León y Jean
LECCIONES DE DERECHO CIVIL
Volúmen IV
Parte Tercera
Los Principales Contratos (continuación)
Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo
Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América
Buenos Aires, 1960

Morales Ignacio José
DERECHO ROMANO
3a. Edición
Editorial Trillas
México, 1989

Moreno Antonio de P.
DERECHO PENAL MEXICANO
Segunda Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1968

Muñoz Luis
DERECHO CIVIL MEXICANO
Tomo III
Ediciones Modelo
México, 1971

Ovalle Favela José
DERECHO PROCESAL CIVIL
Editorial Porrúa, S. A.

Planiol y Ripert
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL FRANCES
Teoría General de los Contratos
Tomo VII
Editorial Cajica
Traducción José María Cajica
Puebla, Puebla, 1947

Porte Petit Candaudap Celestino
APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL
6a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1982

Rojina Villegas Rafael
DERECHO CIVIL MEXICANO (CONTRATOS)
Tomo VI
Antigua Librería Robredo
México, 1956

Sánchez Meda! Ramón
DE LOS CONTRATOS CIVILES
9a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1988

Serafini Felipe
INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO
Volúmen II
Traducción de Juan de Dios Trías
Espasa, Editores, S. A.
Madrid, 1967

Sodi Demetrio
LA NUEVA LEY PROCESAL
2a. Edición
Tomo II
Editorial Porrúa, S. A.
México 1946

Soler Sebastián
DERECHO PENAL ARGENTINO
6a. Edición
Tomo IV
Tipográfica Editora Argentina
Buenos Aires, 1973

Zamora y Valencia Miguel Angel
CONTRATOS CIVILES
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1981

DICCIONARIOS

Bumster Alvaro
DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
Tomo VII
Instituto de Investigaciones Jurídicas
U.N.A.M., 1984

Cabanellas Guillermo
DICCIONARIO DE DERECHO USUAL
8a. Edición
Tomo II
Editorial Heliasta, S. A.
Buenos Aires, 1974

Casso y Romero Ignacio de
DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO
Tomo I
2a. Reimpresión
Editorial Labor, S.A.
Barcelona, 1961

Escriche Joaquín
DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA
Tomo I
10a. Edición
Cárdenas Editor y Distribuidor
México, 1979

Gutiérrez Alviz y Armario Faustino
DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO
Editorial Reus, S. A.
Madrid, 1982

Leguísamo Ferrer María Elena
DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
Tomo III
Instituto de Investigaciones Jurídicas
U.N.A.M., 1984

ENCICLOPEDIAS

Ossorio y Floit Manuel
ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA
Voz PLAGIO
Editorial Diriskill, S. A.
Buenos Aires, 1987

OTRAS FUENTES

Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl
CODIGO PENAL ANOTADO
8a. Edición
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1980

Junque Rafael
JURISPRUDENCIA PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION
Tesis de Ejecutorios 1917-1975
Apéndice del Seminario Judicial de la Federación
Cuarta Parte
Tercera Sala
Nayo Ediciones, S. de R.L.
Quinta Época
Tomo XLIX
México, 1975

LEGISLACION CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
3. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
4. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928.
5. Código Civil Argentino.
6. Código Civil Español.
7. Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.
8. Código Penal Argentino.
9. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
10. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
11. Código Fiscal de la Federación.