

00721
658

a

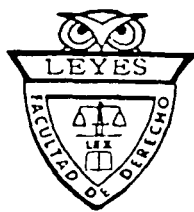


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

CRITICA A LA DESCRIPCION LEGAL DEL DELITO DE
DESPOJO EN EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
AGUSTIN OSORIO MARTINEZ





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

b



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/91/SP/04/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno OSORIO MARTINEZ AGUSTIN, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JORGE DELFIN SANCHEZ, la tesis profesional intitulada "CRITICA A LA DESCRIPCION LEGAL DEL DELITO DE DESPOJO EN EL DISTRITO FEDERAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. JORGE DELFIN SANCHEZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "CRITICA A LA DESCRIPCION LEGAL DEL DELITO DE DESPOJO EN EL DISTRITO FEDERAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno OSORIO MARTINEZ AGUSTIN.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 9 de abril 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipg.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C

Tesis Elaborada En El Seminario De Derecho Penal.

C. Titular: Dr. Luis Fernández Doblado.

**A mi Asesor de Elaboración de
Tesis: Lic. Jorge Delfín Sánchez**

d

Al Sr. Lic. Guillermo Torres Trueba C.

e

**A un gran amigo: Lic. Héctor López Ibáñez,
Catedrático de ENEP: Aragón.**

f

A LA MEMORIA DE MI SEÑOR PADRE

DON ALFONSO OSORIO RAMÍREZ

Q.E.P.D.

9

**Con Inefable respeto y cariño a
Doña Francisco Martínez Rivera, mi madre**

h

A mi Esposa Ma. Feliciana Rosas Romero:

Por su espléndida y maravillosa comprensión como esposa, como compañera y como madre cariñosa que ha estado conmigo y con sus hijos en las buenas y en las malas, que a pesar de soportar las vicisitudes de la vida, nunca desmayó y siempre me brindó su apoyo desinteresadamente. ¡Gracias !

A mis hijos con Amor y Cariño:

Salvador.

Ana Alejandra.

Agustín.

Guillermo.

Jesús.

Ma. Fernanda.

Marcela.

3

A las alegrías de mi vida:

Mis nietos.

Ana Judith.

Berenice.

Marco Antonio.

K

A mis hermanos:

Fausto.

Delfino Gerardo.

Darío.

Guillermina.

Conrado.

Ricardo.

Carmen Emma.

L

A mis Ahijados:

Rosa Elena Osorio Martínez.

Ramiro Osorio Ponce.

Berenice Osorio Ponce.

Evaristo Osorio Ponce.

Raúl Rosas Pérez.

Patricia Medina Rosas.

Araceli Osorio Martínez.

Jorge Orozco Árciga.

Ismael Orozco Árciga.

Dulce María Orozco Árciga.

m

A mis sobrinos:

**Raúl, Aída, Celia, Alfonso, Maribel, y Roció Osorio
Martínez.**

**Olga, Laura, Humberto, Gabriela y Adriana Osorio
Osorio.**

Rolando y Graciela Rivera Osorio.

Verónica Osorio Ramírez.

Israel Medina Rosas.

h

A mis Amigos.

Profesor Ramiro Osorio Guzmán.

Ernesto Merino Corrales.

Enrique Carmona Valencia.

Carlos Carmona León.

Carlos Granados Romo.

Jorge Orozco Martínez.

Ignacio Osorio Ponce.

Adolfo Medina.

N

¿Dónde ha de buscar el Abogado la orientación de su juicio y las fuentes de su actuación? ¿En el estudio del Derecho escrito? Terminantemente lo niego.

Un Literato ha dicho que el Derecho es como una mujer casquivana que se va de tras de cualquier hombre que haga sonar espuelas. Si se refiere al Derecho positivo de cada día, la imputación es de triste certeza. Detrás de una violencia triunfante o siquiera amenazadora, cambia el estado legal.

Ángel Ossorio.

0

INDICE

Introducción

CAPÍTULO I

EL DELITO	Pag.
1. Escuelas que estudian el Delito	1
a) Escuela Positiva.	5
2. Definición Legal.	6
3. Ausencia de Conducta.	7
a) En Función de su gravedad.	7
b) De acuerdo a la forma de conducta del agente.	8
4. Ausencia de conducta.	9
a) De acuerdo al daño que causan.	12
b) Por su tiempo de duración.	13

P

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE DESPOJO

1. Derecho Romano	16
2. Derecho Germánico	22
3. Derecho Canónico	25
a) Decretum Gratiani	26
4. Derecho Español	27
a) El Fuero Juzgo	30
5. En México	32
a) Época Precortesiana	32
b) El Derecho Azteca	33
c) Organización Azteca	33
d) Época Colonial	34

CAPÍTULO III

ESTUDIO JURÍDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE DESPOJO

1. Aspectos positivos del Delito	39
a) Conducta	39
b) Tipicidad	41
c) Antijuridicidad	44
d) Culpabilidad	47
e) Noción de la Culpabilidad	47
f) Teoría general de la culpabilidad	48
g) Teoría psicologista de la culpabilidad	49
h) Teoría normativa de la culpabilidad	49
i) Las formas de culpabilidad	50
1) El dolo	51
2) Clases de dolo	51
3) El dolo directo	51
4) El dolo eventual	52
5) El dolo dentro del derecho mexicano	52
La culpabilidad dentro del sistema finalista	52

Y

a) La Culpa	53
2. Aspectos negativos del Delito	54
a) Ausencia de Conducta.	54
b) Atipicidad.	57
c) Causas de Justificación.	58
1) Ausencia de Interés	61
2) Interés preponderante	62
3) Legítima defensa en las escuelas penales	63
4) El Estado de necesidad	65
5) Fundamento del estado de necesidad	67
6) Diferencia del estado de necesidad con la legítima defensa .	68
7) Exceso en el estado de necesidad	69
8) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho	69
e) Inculpabilidad	71
1) Causas de inculpabilidad	72
2) Error e ignorancia	73
3) No Exigibilidad de Otra Conducta---	81

CAPÍTULO IV

**PROPUESTA DE REFORMA A LA DESCRPCIÓN LEGAL ACTUAL
SOBRE EL DELITO DE DESPOJO.**

1. Crítica a la descripción legal que regula el artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal	83
2. Crítica al elemento especial que se refiere a "un derecho real"	88
3. Derechos reales que regula nuestra Legislación	90
a) Los Derechos reales en el Derecho Civil	91
4. Propuestas de modificación de la descripción legal en cuanto se refiere al derecho real	107
 CONCLUSIONES.....	 115
 BIBLIOGRAFÍA	 119

INTRODUCCIÓN

El motivo de mis inquietudes y el interés que me motivó para versar sobre esta materia y que fue realizada con mucha dedicación y empeño bajo el título de "CRITICA A LA DESCRIPCIÓN LEGAL DEL DELITO DE DESPOJO EN EL DISTRITO FEDERAL", se debió a que en el ordenamiento jurídico-legal no se ha encontrado un verdadero proyecto de ley para proteger a las víctimas que tan injustamente han sido despojadas de sus bienes y derechos que poseen sobre un inmueble; el principal obstáculo inicuo se ha atribuido a que estas víctimas sean a veces perjudicadas, en el sistema penal mexicano desde luego, se ha requerido de un importante proceso y de una verdadera reforma en el cual el hilo conductor debe ser sin duda alguna, el afianzamiento de una finalidad de prevención como suelen ser; las amenazas principalmente o de alguna presión de un estricto esquema de respeto a las garantías individuales y orgánicas propio de un efectivo estado de derecho.

Porque cada día va en aumento la necesidad de viviendas en el Distrito Federal, siendo por lo que la envidia y el mal obrar de los gobernados hace que éstos invadan o cometan el despojo de inmuebles que son propiedad ajenas a ellas.

El delito de despojo es muy antiguo, inclusive encontramos su regulación desde la época de Roma, todo ello por la necesidad de vivienda o bien por el mal obrar o envidia de las personas.

En la actualidad el delito de despojo que previene el artículo 395 del Código Penal, considero que se encuentra deficiente, en razón de que el tipo penal habla de la frase "... o un derecho real que no le pertenezca."

Para nuestra ley penal, como se puede constatar por lo establecido en el artículo 395, en sus fracciones I y II, el despojo de inmuebles queda circunscrito al hecho de ocupar un inmueble ajeno o propio, en este último caso cuando la ley no lo permita de propia autoridad y utilizando alguno de los medios típicos descritos en citado precepto legal, que consisten en la violencia, furtividad, amenaza o el engaño, cuando se usa de él o de un derecho real que no pertenezca al usurpador. De ahí que se estime al despojo como un delito atentatorio de la propiedad o de la posesión de un bien inmueble, derivada de alguno de los derechos reales como sabemos y que son los de uso, de usufructo, habitación, servidumbre, etc., que forzosamente recae sobre un inmueble. Así como lo ponía de manifiesto el maestro Francisco Carrara, que cuando los bienes inmuebles no son susceptibles de remoción, como ocurre con los muebles sobre los que se realiza la acción de apoderamiento, la acción que les lesiona solo se exterioriza a través de la invasión de los mismos, precisamente porque su naturaleza no permite su desplazamiento, ocultación o confusión, lo que se llega a la determinación de que el delito solo puede recaer sobre bienes inmuebles.

De lo que he comentado sabemos que el derecho real por excelencia es la propiedad y por ello al señalar el tipo penal "un derecho real," también se refiere a la propiedad; creo que ésta se debe de ventilar ante los Tribunales Civiles y no ante los Penales, pues estos únicamente deberán de ver cuestiones

en las cuales se afecte por violencia o furtividad la posesión de los bienes inmuebles.

Por lo que se debe de modificar la ley y suprimir la frase "...o un derecho real que no le pertenezca"; lo anterior en razón de las consideraciones que expongo en el presente escrito.

De lo mencionado antes, se cae en la cuenta de que el objeto material físicamente es el despojo que lo constituye un inmueble, ya sea ajeno, cuando el usurpador del derecho no es el propietario, cuando la ocupación lo realiza el dueño en los casos, "en que la ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona."

La ley penal no es muy clara en sus sanciones o señalamientos represivos, sobre todo al punto que se analiza y critica a la descripción legal del delito de despojo en el Distrito Federal, este tipo de delitos que se encuentra contemplado en el artículo 395 del Código Penal, carece de efectividad, con esto quiero decir que no se le da la protección necesaria al despojo y considero que despojado queda desprotegido, porque evidentemente la injusticia que se comete en contra de éste, porque los encargados del estudio y elaboración de las leyes no se han preocupado por darle una mejor protección a las víctimas objeto de este tipo de delitos.

Considero que existen muchísimas leyes, entre ellas la ley penal; debemos admitir que hay que aportar mejores ideas y estar siempre a la vanguardia día con día para tratar de que sean mejores y eficaces, considero en este caso especial de delito de despojo de inmuebles a que se refiere el artículo 395 de nuestro precepto legal, es muy complaciente en la aplicación de las sanciones

para el usurpador del delito de despojo. Es por ello que debemos pugnar para que se expidan jurisprudencias con criterios mas modernos porque, de lo contrario sucumbiríamos, en el deshuso de nuestra propia legislación que siempre ha tenido un prestigio en todos los niveles legales.

Continuando con nuestro tema de delito de despojo, que solamente sanciona con la "pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos" así lo estipula textualmente el párrafo primero del artículo 395. Si el despojo es de ocupación o de uso, a este ultimo deberá imponérsele sanciones más severas que se aproximen a los límites mínimos de prisión y de multas que fije la ley.

La desventaja entra en juego si la invasión es colectiva que se efectúa por un solo grupo de más de cinco personas, y por otra, por un solo individuo o por más de cinco personas que en vez de invadir un terreno por grupos irrumpieren cada una de ellas por linderos distintos, la agravante puede tomarse en consideración, a fin de cuentas de que no se ha realizado por grupos. Considero que hubieses sido mas certero que la ley dijera que la agravante se aplica cuando dicha invasión se efectúa por mas de cinco personas, ya sea que operen en grupos o aisladamente. "La agravación se aplica solo a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión...", si no también a los inducidos a los ejecutores, en este caso no se requiere que hubiere habido entre los últimos un concurso previo, basta con que actúen para llevar a cabo un plan y ejecutar la acción conjuntamente y con unidad de propósito.

Este trabajo se realizó con la inquietud y el interés de poder aportar algo o mucho de lo que la ley penal pueda sancionar severamente a las personas que

infrinjan las mismas y que, considero con respecto a las penas que aplica el artículo 395, deben ser más represivas y más eficaces con esa finalidad y ese ánimo escribimos las siguientes páginas, que si bien poco aportan para los que conocen bien a fondo los delitos, con esa inquietud se hace un análisis sobre la crítica que nos ocupa sobre la Crítica Legal del Delito de Despojo, y una propuesta sobre el tema que nos ocupa.

En cuanto a la figura incomparable de nuestra insigne Universidad Nacional Autónoma, que es única en todos sus niveles académicos, es por ello que debemos forjarnos más día a día por nuestra Alma Máter y además una admiración especial a nuestros distinguidos maestros quines nos han entregado todo su esfuerzo y conocimiento desinteresadamente dejando sus vidas en las aulas con el único interés de formar verdaderos hombres, hombres honestos capaces de cumplir con nuestra sociedad que es quien pide a gritos justicia; justicia a sus reclamos y justicia a la injusticia, por eso mismo es digno de alabar ese esfuerzo y empeño que ponen nuestros queridos maestros hacia sus alumnos para crear nuevas generaciones de verdaderos profesionistas sanos y responsables con buenos principios, con una convicción propia para ejercer con orgullo nuestra profesión con responsabilidad, con respeto, y con dignidad; es el reclamo de nuestra sociedad en general, por eso pido que pongamos en alto el nombre de nuestra querida Universidad.

PAGINACION DISCONTINUA

CRÍTICA A LA DESCRIPCIÓN LEGAL DEL DELITO DE DESPOJO EN EL DISTRITO FEDERAL

CAPITULO I.

EL DELITO

1.-Escuelas que estudian el delito.

El principal exponente de la Escuela Clásica del delito fue sin duda Francisco Carrara, que define el delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹

Nos dice al respecto Carrara; que "el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho." Llama al delito "infracción a la ley," en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la "ley del Estado" y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la "seguridad de los ciudadanos." Carrara juzgó preciso anotar en su definición, como la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo," para substraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y

pensamientos y, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente estima al acto o a la omisión "moralmente imputable," por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política."²

El delito en la Escuela Clásica.- Los seguidores de la escuela clásica realizaron diversas definiciones del delito, pero haremos mención a la principal exponente de esta escuela, que fue Francesco Carrara, quien la definió como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."³

Como podemos ver para este autor el delito era un ente jurídico y no un ente de hecho, debido a que su raíz es la violación del Derecho, por eso lo llama la infracción de la ley, y establece además que la ley tiene su razón de ser en la protección y la seguridad de los ciudadanos.

El Delito en la Escuela Positiva.- Esta escuela pretendió dar una noción sociológica del delito, es decir que éste era un fenómeno o un acto natural, resultante de los aspectos hereditarios, físicas y de fenómenos sociológicos. Su principal exponente, fue sin duda Rafael Garófalo, quien definió al delito natural como la violación de los sentimientos altruista de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."⁴

La Terza Scuola.- Entre la lucha entre las dos corrientes más

²

Vease JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, num 57, p 40

³

Castellanos Tena, Fernando. OP. Cit. p. 125

⁴

Ob. Cit., p. 126

características; clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron sólo parcialmente sus postulados. Así aparecieron, entre otras, la Terza Scuola en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela en Alemania.

La Escuela del Positivismo Crítico o Tercera Escuela para distinguirla de la Clásica y de la Positiva que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugar, se encuentra su formación en los estudios de Alimena y Carnevale que constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe al delito como un fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuencia imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

Triunfante el positivismo de la noción sociológica, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómeno sociológicos. El sabio jurista del positivismo, Rafael Garófalo, define el delito natural como "la violación de los sentimientos altruista de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad." Garófalo sentía la necesidad de observar algo e indicar de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo observado los sentimientos" se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la "violación de los sentimientos de piedad poseídos por una población en la

medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras. "Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneren como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies."⁵

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter substancial.

Los delitos de carácter formal la suministra la ley positiva mediante amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

Los delitos de carácter substancial son dos los sistemas principales para

⁵

Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p. 201, 2ª ed., Porrúa, 1960.

realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora. El delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, es decir un concepto indisoluble.

Los delitos analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Para estar en condiciones de entender el todo, que precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, la negación de que el delito integra una unidad.

a) Escuela Positiva

El positivismo triunfante pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y fenómenos sociológicos. El sabio jurista del positivismo Rafael Garófalo, definió el delito natural como –la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. " Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición, y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos afectados por los delitos, no así, el tropiezo era exactamente el mismo, ya que las variantes en los delitos deberían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Pero sin embargo, veía que no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori, afirmó que el delito es la –violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Al respecto dice Villalobos que la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza, pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto

de una valorización de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc., por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza, la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza"⁶

2. Definición legal.

El delito en el derecho positivo mexicano en el artículo 7º del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (reformado), establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"⁷

Castellanos Tena al respecto nos dice al referirse al concepto del delito: "La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminal y otras. Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

⁶

Opcit; Ed. Porrúa, México, 1960, pp. 198, 199 y 200

⁷

Código Penal para el Distrito Federal Ed. Sista, México, 2001

En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar sentimientos o intereses protegidos que se vulneren, como contenido material de aquella violación de la ley".⁸

Como podemos ver Castellanos Tena, establece que una definición jurídica del delito, debe ser basada solamente en el Derecho, sin tomar en consideración las causas sociológicas que lo provocan, además de tener que tomar en cuenta lo material y lo formal del delito.

3. Clasificación de los Delitos.

a) En función de su Gravedad.

Esto es, tomando como referencia la gravedad del ilícito, hay una clasificación que lo divide en dos principales que son: los delitos y las faltas, y existe otro más que lo clasifica en tres clases principales como: crímenes, delitos y faltas o contravenciones. Según esta división los crímenes son los atentados contra la vida y los derechos naturales del individuo, y los delitos, las conductas que contravienen a los derechos del contrato social, como por ejemplo el derecho sobre los bienes materiales, y por último las faltas que son las infracciones al reglamento de policía y buen gobierno.

En México carecen de importancia éstas distinciones, porque los Códigos Penales solo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.

⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General.

Los delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia de resultado material que produzcan; es decir, se sancionan la omisión; tal es caso previsto en el artículo 400, fracción III, del Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes " ⁹

Como lo señala nuestra Constitución Política, en su artículo 21 que "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía,..." "Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto por treinta y seis hora; por si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se le permutara, hasta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas". (Art. 21).

b) De acuerdo a la forma de conducta del agente.

Tomando en cuenta la manifestación de la voluntad del agente, de esta manera pueden ser delitos de acción o de omisión, la acción se comete por medio de un hecho positivo, son las condiciones del cual deriva un resultado, en la omisión se habla de un acto de abstención del individuo, es

⁹ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 135 42^a Ed. Porrúa, MÉXICO, 2001.

decir el no hacer algo establecido por la ley, mientras que en la acción su conducta provoca una violación a la ley prohibitiva.

De acuerdo con el maestro Castellanos Tena. Los delitos de omisión se dividen en dos grupos que son: los delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia. "Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzca; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción III, del Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes."¹⁰

Los delitos impropios o de comisión por omisión son los que ocurren cuando el sujeto utiliza su voluntad para no actuar o dejar de hacer algo, con lo cual se produce un resultado material y se viola una norma previamente establecida.

Dentro de los elementos del delito y factores negativos, de acuerdo con Jiménez de Asúa que aparece en "La Ley y el Delito", a) Falta de acción, b) Ausencia de tipo, c) Causas de justificación, d) Causas de inimputabilidad, e) Causas de inculpabilidad, f) Falta de condición objetiva y g) Excusas absolutorias.

4. Ausencia de conducta.

En la ausencia de conducta si falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integra, por lo tanto, si la conducta está ausente lógicamente no habrá a pesar de las apariencias.

¹⁰

IBIDEM, p 136

En el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos habla de ausencia de conducta como excluyente del delito, cuando la actividad o la inactividad se realiza sin intervención de la voluntad del agente", frac. I. del artículo 29.

El delito no se integrará si falta alguno de los elementos esenciales; en consecuencia, si la conducta se encuentra ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las principales causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible a que hace mención la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal. Esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si éste posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico-penal, como persona capaz. Por lo que se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta..

El maestro Castellanos Tena dice al respecto: La aparente conducta, desarrollada como consecuencia humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad.

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito será suficiente para impedir la formación de éste, con

independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal."¹¹

El maestro Porte Petit, comentaba antes de las reformas de los Códigos penales que: El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como la excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo de un delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula nullum crimen sine actione. "¹²

Para algunos penalistas los verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

Los elementos en la omisión simple son:

- a) Una voluntad consciente (culpa)
- b) Un no hacer o una inactividad
- c) Desobediencia de un deber jurídico
- d) Un resultado típico

¹¹

op. cit., pp. 163 y 164. Ed. Porrúa. México, 2001

¹²

Importancia de la Dogmática Jurídico, PENAL, p. 35

Los elementos en la comisión por omisión son:

- a) La voluntad consciente (culpa)
- b) Una inactividad
- c) Una obligación de actuar (una acción exigida) y un deber de abstenerse
- d) Un resultado material típico

Como podemos observar la diferencia entre los delitos de simple omisión y los delitos de comisión por omisión es que en estos últimos existe un doble deber jurídico, es decir un mandato y una prohibición a la vez

De acuerdo con el resultado que producen los delitos pueden ser formales o materiales.

Los delitos formales son los que mediante la omisión del agente se llena el tipo penal, no siendo indispensable para su configuración que se produzca un resultado, como ejemplo de este tipo de delitos mencionaremos la portación de arma prohibida.

Los delitos materiales son los que para su integración se necesita la producción de un resultado material como por ejemplo en los delitos de homicidio o robo.

a) De acuerdo al daño que causan.

Con relación al daño resentido por la víctima, en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los primeros , consumados causan un daño directo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como por ejemplo: el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero lo ponen en

peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. Es decir, el peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de lo que se deriva la posibilidad de un daño.

b) Por su tiempo de duración.

Por su duración los delitos se dividen en: delitos instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Instantáneo.- "La acción que lo consume se perfecciona en un solo momento. El carácter es instantáneo; dice Soler no se lo dan a un delito los efectos que él causa si no la naturaleza a la que la ley acuerda carácter de consumatoria."¹³

El delito instantáneo que puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. El momento consumativo expresado en la ley de la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo."¹⁴

Instantáneo con efectos permanente. Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen en las consecuencias nocivas del mismo. Con el homicidio se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, (...) en las lesiones, el bien jurídico protegido disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo.

Continuado. En este delito se dan varias acciones y una lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y descontinuado en la ejecución. Con razón

¹³

Derecho Penal Argentino, I I, p128

¹⁴

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Op. Cit.* pp137-138

dice Carrara la continuidad en este delito debe de buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado existe: 1° unidad de relación; 2° pluralidad de acciones y, 3° unidad de lesión jurídica; como en el caso del sujeto que para robar veinte botellas de vino, más por no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad que se propone.

Nuestro Código Penal de 1931 no hacía referencia al delito continuado; con la reforma de 1984 lo definió en la fracción III del artículo 7: "continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."¹⁵

Con la reforma del 13 de mayo de 1996 la fracción se adicionó con la exigencia de que se trate del mismo sujeto pasivo.

Nuestro Código Penal de 1931 en el libro Segundo, nos señala los delitos en veintitrés Títulos.

Permanente. Sebastián Soler define este delito como: Puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por su características, que se la pueda prolongara voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente voluntaria del Derecho en cada uno de sus momentos."¹⁶ Alimena dice que "existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación".¹⁷

Después de las opiniones de Sebastián Soler y Alimena, el maestro Castellanos nos dice que: "para nosotros es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte de la gente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con

¹⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Op. Cit.* p. 139

¹⁶ Derecho Penal Argentino, t.I, p.275,

¹⁷ Enciclopedia Possina, vol.V,p.442.

su conducta.

Dada la importancia de estas destituciones, se insistirá sobre ellos en el tema relativo al concurso de delitos. De la diferenciación dependerá la solución del problema tan importante como determinar el momento en que debe empezar a contarse la prescripción e igualmente para resolver las cuestiones sobre participación e igualmente para resolver las cuestiones sobre participación, legítima defensa, etc.

Su problemática y sanción como lo señala el artículo 64 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, "Si el defensor perturbase el orden o injuriase u ofendiese a alguna persona, se le apercibirá, y si reincidiere, se le mandará expulsar; acto seguido se le hará saber al inculcado que tiene derecho a nombrar otro defensor y en caso de no hacerlo se le designará uno de oficio." La sanción a que se hará acreedor el expulsado será hasta de diez días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE DESPOJO.

1.-DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano tuvo una formación milenaria, que abarcó desde el año 753 antes de Cristo, fecha en la que se fundó Roma, hasta el año 553 de nuestra era, y concluye con los últimos textos que realizó el Emperador Justiniano. Estos mil trescientos años se puede dividir en tres grandes estructuras político-sociales; que fueron la Monarquía, que terminó en el año 510 antes de Cristo; la República, que duró cinco siglos, es decir, hasta el año 31 de nuestra era; y por último el Imperio que concluye en el año 553 después de Cristo.

El carácter público del delito y la pena fue la principal característica del Derecho Penal Romano primitivo, la pena significaba la reacción pública contra el delito, mientras que éste era considerado como la violación de las leyes públicas.

La venganza de sangre y la composición sólo eran aplicables a ciertos delitos, como por ejemplo al ladrón nocturno.

Los delitos que eran castigados con pena pública eran el praduellia (la guerra mala, contra la propia patria), el incendio, el falso testimonio, la difamación, el cohecho del juez, la hechicería y las reuniones nocturnas. Con la importancia y número de este tipo de delitos evoluciona el Derecho Penal, en parte por la gravedad de dichas penas impuestas a estos delitos (generalmente predominaban las de muerte), y por otra parte, gracias a la

organización del procedimiento penal.

Posteriormente a la caída de la Monarquía, prevalece en la historia jurídica de la primera parte de la República, la Ley de las XII Tablas, en donde se contienen las normas de Derecho Penal, en las Tablas de la VIII a la XII. En ellas se establece una previa noción de los delitos privados, se afirma el principio de la ley del talión, además de la venganza privada, y como una manera de evitar a ésta la composición. Es importante mencionar que la Ley de las XII Tablas fue una legislación muy primitiva y ruda, pero también hay que hacer referencia que estuvo inspirada en la igualdad social, no tomando en cuenta la distinción de la clase social a la que perteneciera ante el Derecho Penal.

Después se distinguió entre delicta publica y delicta privada, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y por sus funcionarios o en interés del ofendido y por éstos, diferenciándose, además entre la disciplina doméstica, la común y la militar. En un grado superior de la evaluación pasaran a vivir en la órbita de la pena pública los delitos. En la época clásica las Instituciones justinianas, los Digestas, los Códigos y las Novelas desarrollaron abundante material penal no inferior en sabiduría jurídica plasmada en realismo positivo, a la justicia civil (Ferri), por más que Carrara haya llamado a los romanos "gigantes en derecho civil, pigmeos en derecho penal". Lo más importante está contenido en los dos Terribile libri del Digesto (530 a J.C.), o sean los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantiva y adjetiva".¹⁸

A partir del año 200 antes de Cristo, en que Roma es la dominadora de todo el mediterráneo, se puede notar una total dominación de las penas, ya no

¹⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL y Coautor CARRANCA Y RIVAS RAÚL. Derecho Penal Mexicano. Parte general Ed. Porrúa, México, 1991, p97

siendo la de muerte la principal, como en la Ley de las XII Tablas, siendo evitada esta pena por el exilia voluntario y la provocatio, y ya en el último periodo de la República queda prácticamente abolida la pena de muerte.

Posteriormente las penas incluyendo las más graves, se sujetaron a la provocatio, que para las penas delicadas se dirigían a los comicios y las multas a los comicios tributarios.

Tiempo después la práctica punitiva tomó un carácter político muy claro."Hacia el año 605 de Roma (149 a. De J.C.), entraba en la vida jurídica una innovación, insignificante al principio pero grávida de consecuencias. Por quejas de las provincias, contra sus gobernantes, sobre restitución de la expoliada a los súbditos, había conocido hasta entonces la justicia senatorial de las recuperadores. Mas, en relación con la Lex Calpurnia de repetundis, una comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de su Pretor, estableció la primera quaestio perpetua, para juzgar el crimen repetundarum, es decir, las exacciones ilegales cometidas por los magistrados del gobierno de las provincias".¹⁹

Hacia los años 82 y 80 antes de Cristo, penetra la reforma al Derecho Penal Romano, a través de la Ley Sila, esta ley existente aumenta en las leyes de Cornelia el número de las cuestiones a los delitos comunes, poco después se crea un orden iudiviarum publicarum unitaria, el cual cae a finales del siglo II de la Era Cristiana, dejando intacta el Derecho Penal material, subsistiendo especialmente la oposición entre los crimina publica y las delicta privada.

En la época del Imperio aparece el nuevo grupo de las crimina extraordinaria, que tan importante fue para el desarrollo del Derecho Penal.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Abelada, Buenos Aires, 1975, p281

"Dentro de las crimina extraordinaria podemos distinguir tres grupos":

Primera: Las causas más graves, que salen de los delitos privados, y para los que se señalan penas, como el delito de las saccularii (ladrones de bolsillo), efractores (autores de robo) De la Rapiña, salieron: los ladrones (con tendencia al bandolerismo, o robo con homicidio).

"Segunda: Nuevos Conceptos delictivos. Así: la receptación (crimen receptatarum).

"Tercera: Delitos privados con elección de acciones. Finalmente, aparece la facultad del ofendido, incluso sin taxativa precepto legal, para elegir en la mayor parte de los delitos privados, (y no solo en el *fortum* y en la *injuria*), entre *actio ex delicta civil*, y *acuratio extra ordinem penal*." ²⁰

Durante la época del Imperio las penas se encrudecen en severidad, pero después en la última etapa republicana la pena de muerte queda de hecho abolida.

El Derecho Penal Romano de la época clásica está formada por las leyes, (*leges*), las (*senatusconsulta*), por *edictum* y por las *responsa prudentium*. Desgraciadamente gran parte de este material ha sido destruida. Sólo hemos conocido la obra de Justiniano en las *Institutas* y en la recopilación denominada *Digesto* o *Pandectas*, en los libros XLVII y XLVIII se encuentra lo referente al Derecho Penal y Procesal, conocidos como *Libri terribiles*.

"Es indudable que los jurisconsultos no trataron lo concerniente al derecho penal con la misma superioridad de lógica ni con la autoridad científica que encontramos en sus escritos sobre derecho privado. Sin embargo, la legislación romana ejerció en Europa, sobre la materia penal lo mismo que

²⁰ *IBIDEM*, pp282-283

sobre los demás, una influencia cuyas huellas encontramos en el derecho canónico y aún en las leyes bárbaras y el derecho feudal, para que se hace más perceptible cuando el poder monárquico comienza a preponderar sobre el feudalismo. El procedimiento y las jurisdicciones penales se fundaron en Europa con un carácter nueva y distinta, de manera que hubieran de separarse del derecho romano, pero en cuanto a la penalidad, los textos romanos, llamados a menudo ley escrita, fueron considerados como derecho común en todo lo que no estaba determinada en otro sentido por estatutos especiales o por la costumbre."²¹

"El Derecho Romano fue la ley vigente y obligatoria en el Imperio de Occidente hasta su derrumbamiento por la invasión de los bárbaros (fines del siglo V), y aún después quedó como ley personal de la población sometida, en tanto que los invasores se regían por sus propios usos para las relaciones entre ellos."²²

Como podemos ver el Derecho Romano distinguía los delitos públicos (crimina) de los delitos privados (delicta)

Los delitos públicos son aquellos que ponían en riesgo a la comunidad, eran perseguidos por oficio o por petición de algún ciudadano y eran castigados con pena pública.

Los delitos privados, eran aquellos que provocaban un daño a un particular, y era perseguido a petición del interesado, la pena en este tipo de delitos fue evolucionando desde una multa privada, hasta la aplicación de una pena establecida en la ley.

²¹ MACEDO, MIGUEL S. Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, México, 1931, p15

²² *ibidem*, p16

De los delitos privados mencionaremos dos de los incluidos en el *ius civilis*: Se atribuye a Paulo el concepto de que el hurto es el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar lucro, ya se de la misma cosa, ya también de su uso o posesión.

Para Paulo el robo (*furtum*) era el apoderamiento fraudulento de alguna cosa, para lucrar con ella, ya sea de la posesión o de su uso, abusivo de ellas o una toma de posesión ilegal.²³

La pena que se daba por este delito podía ser en dos modalidades, ya sea que la víctima obtuviera una multa privada a su favor, equivalente al valor del objeto robado, o al tratar de recuperar íntegramente el objeto o de lograr la indemnización respectiva.

El otro delito contemplado era el daño en propiedad ajeno (*Damnum Iniuria Datum*), que fue señalada claramente por la *lex Aquilia* y reglamentada en diversas modalidades: la *actio pastu pecaris* (daño causado por el ganado de una persona en el terreno ajeno), la *actio pauperie* (cuando el daño lo provocaba un animal) y por último el *actio aedibus incensis* (el daño de incendio en propiedad ajena).

El Derecho Romano distinguió el acto doloso del culposo y del hecho de acción y de omisión.

El culpable de este delito tenía que resarcir el daño causado y en caso de que se negara a hacerlo tendría que pagar lo doble.

El último delito era la injuria (lesiones). Que consistía en un acto hecho que provocara una lesión a la persona humana, ya sea directa o indirectamente,

²³ VENTURA SILVA, SABINO, Derecho Romano, p. 391, 12ª Ed. Porrúa, México, 1995.

es decir sí se hacía a la persona o a sus familiares respectivamente.

Su indemnización era fijada por el pretor, tomando en consideración la gravedad de las lesiones y el estado de las personas.

Es Ulpiano quien se refiere a la calidad del delito que se imputa a la honorabilidad, a las grandes facultades, o a la inocencia de la persona, o a la dignidad del acusado."²⁴

Como hemos podido ver; salvo algún antecedente de la Legislación Romana, el delito de despojo no se encuentra especificado claramente y sólo se protegía la posesión de la tierra por medio de los interdictos posesorios. En otras palabras, no encontramos tipificado el delito de despojo en las leyes romanas.

2. DERECHO GERMÁNICO

"Perdido su carácter religioso a que se refería Tácita en la "Germania", el Derecho Penal germánico evolucionó hacia la preeminencia del Estado y contra la venganza privada. El Estado fue el tutor de la paz o sea del Derecho. El rompimiento de la paz, pública o privada sometería al infractor a la venganza de la comunidad, del ofendido o de sus parientes; sólo podía ser rescatada la paz perdida por medio de la composición(Wergel, busse)"

25

El Derecho germánico a diferencia del derecho romano dio una atención especial al daño causado en el delito, mientras que los legisladores romanos dieron mayor importancia a la intención. Poco después evolucionó el derecho de tal forma que supo distinguir claramente los delitos voluntarios de los delitos involuntarios y penalizó a los primeros con la venganza

²⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL Y Coautor CARRANCA Y RIVAS, RAÚL. *Op. Cit.* p.98

²⁵ *Idem*, p.99

privada y a los segundos con la composición.

"La prueba procesal se fincó en el juramento –de distinto valor probatorio según la riqueza agraria, en el "juicio del agua" -el acusado, era lanzado a un estanque, probablemente de agua bendita, con pies y manos atadas, era declarado inocente si lograba hundirse derecho, pues el agua aceptaba recibirle en el juicio -"juicio por el hierro al rojo"- el acusado llevaba empuñado un hierro al rojo y así recorría cierta distancia, siendo declarada su inocencia por el aspecto de la quemadura al cabo de determinado número de días- y en las "ordalias" o lucha entre el acusado y el acusador, armados ambos de escudo y pala, hasta que alguno demandara gracia".²⁶

Durante la época primitiva del Derecho Germánico no existían leyes escritas, sino imperaban las costumbres, y abarca desde la venganza divina hasta la venganza de sangre, el Derecho en sí era considerado como una orden de paz, y su violación o contravención era considerada como una alteración a dicha paz. Distinguían los delitos públicos de los delitos privados.

Cuando se presentaba una ofensa pública, la *Fri-dlssigkeit* establecía que el culpable sería muerto por cualquier persona, y si dicha muerte era ejercida por la potestad pública, se consideraba como la venganza divina, que era parecida a la *Capitis Sacratia* del viejo Derecho Romano. Y en caso de delito privado se aplicaba la *Faida*, que presentaba un estado de *inimicitiae* que se aplicaba no solo al culpable, sino contra su familia también, constituyéndose de esta manera la venganza de sangre, (esta era aplicada en los delitos privados y la ejercía la familia del ofendido)

²⁶

Idem. p.19

Es importante señalar que el Derecho Penal Germánico no poseía caracteres religiosos, ni siquiera influencias "pero parece evidente —y ello se deduce de la exposición de Van Litzl- que era el derecho punitivo de los germanos prehistóricos no pudo librarse de aquella confusión entre el "mandato de Dios" y el estatuto de los hombres.

La invasión de los bárbaros trajo a los pueblos civilizados de esa época costumbres jurídicas y penales muy arcaicas que contravinieron con los principios de derecho que la Iglesia Católica habían establecido. Como el Corpus Iuris de Justiniano y los Digestos, que fueron muy evolucionados en su época.

"Después de la invasión bárbara, el Derecho Penal Germánico se caracterizó por el creciente poder del Estado: la autoridad pública se afirma y tiende a circunscribir la Faida. En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido; pero luego empieza a ser obligatorio y las condiciones se fijan por el Juez-Rey. En ese caso el poder político castiga a quien no respeta esa paz. En cuanto a la suma que ha de pagarse, que antes era convenida por las partes, se fija luego, por costumbre, para todas las ofensas. Así la venganza de sangre se reemplaza por la composición."²⁷

Habían dos clases de composición; unas se fijaban por los parientes y amigos, y las otras que predominaban, eran de carácter judicial.

En las diferentes clases de composiciones judiciales se distinguían tres clases de sumas: el Wergild, La Busse y el Friedengeld (fredus o fredum) Sobre la naturaleza Wegeld y de la Busse no se han puesto de acuerdo los tratadistas. Unos creen que el primero significaba la cantidad que en pago de reparación pecuniaria se hacía, ya sea al delincuente o su familia a la

²⁷ *ibidem* p.287

victima del delito o a su parentela, (representa lo que hoy se conoce como indemnización por el daño causado por el delito); y la Busse era la cantidad abonada por concepto de pena a la víctima o su gente. Mientras que otros opinan que la composición que se pagaba al ofendido se definía dependiendo de la gravedad del delito, por ejemplo en el delito de homicidio y sus casos afines, se pagaba la suma de 200 sueldos entre los francos.

Posteriormente en la Edad Media Baja en Alemania, pasando el siglo XIII, el Wergeld y la Busse aparecen citados en las leyes (Sachsenspiegel)

También el objetivo de la pena va evolucionando a través del tiempo y de la concepción de la pura venganza pasa a obtener un carácter intimidante.

No encontramos dentro del Derecho Germánico la figura tipificada del delito del despójo, solo contempla algunos delitos patrimoniales, algunos tipos de robo y el abuso de confianza.

3. DERECHO CANÓNICO

"Según Vidal y Saleiles el Derecho Canónico influyó en la humanización de la justicia penal orientándola hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre la venganza, la redención por medio del pecado, la caridad y la fraternidad; "la tregua de Dios" y el "derecho de asilo" limitaron la venganza privada la venganza señoreando al Estado sobre la comunidad. San Pablo había escrito a los romanos: "colocad la espada de la justicia en manos de la autoridad". Ecclesia abbo rret a sanguine: no ha de derramarse la sangre humana."²⁸

Para el Derecho Canónico el pecado y el delito era una ofensa para Dios, por lo cual se debía expiar una penitencia con carácter retributivo de la

²⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL. *Op. Cit.* p99

pena. El delito es pecado y la pena penitencia (San Agustín y Santo Tomás). Al tomar la Iglesia una fuerte influencia espiritual, se pasó a la ejecución de las penas, muchas de las cuales eran trascendentales. En relación al procedimiento del sistema acusatorio fue sustituido por el sistema inquisitivo, tomando la confesión una mayor importancia y fue considerada como la "reina de las pruebas".

Bajo el mandato de Constantino, el emperador adquirió el título de jefe de la religión y las disposiciones de la Iglesia fueron de carácter obligatorio, a través de una amenaza de una sanción imperial; pero poco después del Imperio del emperador Justiniano; las decisiones de los concilios o de los cánones fueron consideradas con el rango de leyes: "Sacres autem canones non minus, quam leges valore, etiam et nos per nostras vetamus leges (Cód., De epide, I, III, 45)"²⁹

Las constituciones imperiales y los cánones de los concilios fueron origen del derecho canónico, además de los escritos de los Santos Padres.

"En el siglo VIII, la forma monárquica propenderá en la Iglesia: el Obispo de Roma, bajo el nombre del Papa, se declara independiente del Imperio de Oriente, y fue proclamado jefe supremo de la Iglesia de Occidente y el único representante visible de Jesucristo sobre la tierra; desde entonces quad Papae placuit legis habuit vigorem y sus decretales (distinguidas según su forma de bulas, breves y rescriptos) constituyeran la fuente más abundante del derecho canónico romano, que fue compilado en el Corpus Iuris Canonici, cuyo texto declaró cerrado Gregorio XIII en 1580 por lo cual se le llama clausum,;"³⁰

²⁹ MACEDO, MIGUEL S. Op. Cit. pp27-28
³⁰ *ibidem*

El Corpus Iuris Canonici se compone de lo siguiente:

a). *Decretum Gratiani*

Gran compilación de parte de la Biblia, que incluían cánones de concilias, decretalas, de entre las que figuran falsas (las del Pasuda-Isidoro), además de fragmentos del Derecho Romano y de los Santos Padres, y observaciones personales del compilador. Fue compilada por un monje camandulense llamado Graciano, y fue publicado hacia el año 1151, con el título de *Concordantia Discordantium Canonum*, y más tarde se le dio el nombre de *Corpus Decretarum*, esta obra sirvió de base para el *Corpus Iuris Canonici*.

Dicha obra se dividió en tres principales partes: *Distinctiones*, *Causas* y *Tractatus de Consecratiana*.

Al *Corpus Iuris Canonici Clausum*, se agregó los *Canones Penitentiales*, extraídos de la *Summa* de Enrique Zuze, los llamados *Canones Apostolorum*, expedida hacia el año 1245, y coleccionadas por el juriconsulto de Lyon, Pedro Mateo, y las *Institutas de Derecho canónico*, elaborado en 1563 por Don Pablo Lancelat, quien era profesor de Perusa.

"Contemporáneamente el *Codees Juris Canonici*, cuya elaboración comenzó en 1904 con Pío X, y fue terminada en 1917, con Benedicto XV, dedica buena parte de su libro IV a los procesos correspondiendo a los delitos los arts. 1552-1998, en el libro V corresponde a los delitos contra la fe, se castigan con la excomunión".³¹

No encontramos dentro del Derecho Canónico propiamente tipificado al delito de despojo, solo encontramos algunos delitos del orden patrimonial

³¹ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL, *Op. Cit.* p. 99

4. DERECHO ESPAÑOL

A partir del derecho romano y del canónico, hubo una tercera fuente importante para el derecho europeo, que fue el de los bárbaros.

El derecho bárbaro comprendió del siglo V al X, pero particularmente en España termina en el siglo VII, debido que a principios del siglo VIII se dio la invasión árabe que provocó la destrucción de la monarquía visigoda, y que cuando sucedió la reconquista, se quedó estático el movimiento legislativo, hasta que posteriormente se organizaron nuevos estados cristianos, iniciándose de esta manera la época feudal.

Las principales leyes bárbaras, dejando de lado las de los visigodos fueron:

La de Canciani, Barbararum lege antiquee, que contaba de cinco volúmenes y fue elaborado en Venecia abarcando de 1781 a 1792.

La de Walter, Corpus Juris Germanici, elaborada en Berlín, constando de cinco volúmenes, abarcando de 1781 a 1792.

La de Pardessus, la Lei salique, on Recueil contenant les anciennes redactions de cette lei et le texte cannu ssus le nam de LEX EMENDATA, avec des notes el des dissertations, elaborodao en París en 1843.

En las leyes mencionadas existen disposiciones del mismo carácter general. En donde se establece la guerra de familia rigurosa o atenuada por la intervención de la Iglesia o de los príncipes, la composición, y se puede observar la participación del pueblo en los juicios estipulada en determinadas leyes, sin embargo no aparece de una manera muy clara, en relación al número de conjuradores y en el género de las pruebas dependian

de la nación que se tratara, pero en casi todas existía esas dos instituciones, y la intervención de la Iglesia se veía de diversas formas.

De todas estas leyes bárbaras, las leyes visigodas fueron las que influyeron determinadamente en el derecho español.

La organización en la monarquía visigoda tuvo por característica el poder casi ilimitado del rey, pero el clero de alguna forma compartió el poder legislativo con formas de gobierno.

Esta no fue de una forma continua, sino con grandes alternativas, producto de airadas luchas políticas, ya que los reyes reclamaban para sí la completa autoridad. En los tiempos primeros, los visigodos se regían por sus propias costumbres, que se convirtieron posteriormente en leyes escritas.

La influencia del clero se notaba en todo. A menudo la administración de justicia era confiada a los sacerdotes, y lo vemos dentro de las leyes, como el Fuero Juzgo, en donde se habla del Juez y del sacerdote como una misma persona: "Si judexprovido, o el obispo que iutgo tuerto, et el juicio de mas sea desfecho, II-I-22".³²

La gran influencia del clero se observa particularmente en los concilios, asambleas de tipo eclesiástico que originalmente tuvo por objeto los aspectos relacionados al clero y al dogma, dichos concilios se comenzaron a realizarse en España poco tiempo después de la conversión al cristianismo. Los concilios más importantes eran los diez y siete de Toledo, que tuvieron la calidad de nacionales, ya que se reunieron en ellos la mayoría de los obispos del reino, el primero de ellos se llevo a cabo hacia el año 400.

³² MACEDO, MIGUEL S. *Op. Cit.* p.40

Las leyes visigodas, así las expedidas por los reyes, cuanto las emanadas de los concilios, fueron indudablemente coleccionadas en diferentes épocas, y aun se dice que entre 466 y 488 se promulgó por Eurico un código que se llamó de Tolsa por haberse hecho su publicación en esta ciudad, lo que no aparece comprobado. La única compilación que ha llegado a nosotros es la última que se hizo, la conocida con el nombre de Fuero Juzgo.³³

a) El Fuero Juzgo.

El Fuero Juzgo fue también llamado Codex Visigothorum, Liber Iudicum (Libre de los Jueces) ó Forum Iudicum (Fuero Juzgo).

Este código es una compilación sistemática y bien ordenada de casi todas las leyes visigodas. En algunas de ellas se menciona al rey que las expidió, pero en algunas otras se omite el nombre del expeditor, algunas mencionan haber sido arrancadas del Derecho Romano.

El Fuero Juzgo, fue elaborado en la época de Chindasvinta (642-649), y fue arreglado en la forma que hoy conocemos bajo el reinado de Egica y Witzia, quienes fueron los últimos reyes visigodos y cuyas leyes aparecen en él, y fueron redactadas a finales del siglo VII, por una comisión determinada por el concilio de Toledo, bajo el encargo del soberano Egica.

La traducción a nuestro idioma, se realizó durante el siglo XIII. En el año 1241 el ilustre rey Fernando III, el Santo, otorgó al Fuero Juzgo el carácter de particular de la Ciudad de Córdoba, posterior a la conquista de los moros, y por tal motivo ordenó que se hiciera una traducción del original que

³³ ibidem, p. 43

estaba en latín al castellano. Desgraciadamente entre los diversos códices que actualmente se conservan, se puede apreciar grandes variantes, por lo que es fácil suponer que no todas fueron tomadas del texto latino. Es importante también señalar que de las traducciones que nos han llegado ninguna puede ser considerada como fiel y exacta, si se le compara con el texto latino original.

En las leyes escritas de España se le dio una especial preferencia al Fuero Juzgo, incluso anteponiéndolo a las Partidas, quienes fueron impresas mucho antes que aquel, cuya primera edición se hizo hacia el año 1600, por Alonso de Villadiego, que sobre el texto castellano, elaboró sus cometarios en latín.

En el Fuero Juzgo, dentro de la ley II, título I, libro octavo se castigaba al que por medio de la fuerza echara a otro de lo suyo (despojar).

También fue contemplado dentro del Fuero Real, en la ley IV, título IV, del libro IV en donde se establecía que si algún hombre tomaba por medio de la fuerza alguna cosa que fuese de otro en paz o por juramento, éste perdía el derecho a la cosa, si la tuviese y si no la tuviese entregare otro tanto de lo suyo.

Dentro de la Partida VII, ley XII, título X, se distinguió claramente al delito del despojo, teniendo como elemento esencial de este delito a la fuerza que se empleaba para despojar a otro de la suyo

El Fuero Juzgo fue una legislación bien ordenada de las leyes visigodas y tuvieron su fuente en el Derecho Romano.

Dicha compilación fue considerada como la principal de las leyes de España, incluso sobre las Partidas, quien ocupó el lugar de ley supletoria.

El Fuero Juzgo se dividió en doce libros, que a su vez se subdividían en títulos, en los libros VI, VII y VIII está lo relativo a la materia penal estableciéndose propiamente el robo de mueble e inmueble.

5. EN MÉXICO.

a) Época Precortesiana

"Se ha dicho que, en lo penal, la historia de México comienza con la conquista, pues todo lo anterior, está por descubrirse todavía. O los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, o si la tenían nada les quedó después de la conquista; fue borrada y suplantada por la legislación colonial, tan rica."³⁴

b) El Derecho Azteca.

El Derecho Azteca fue un derecho muy primitivo y se caracterizó por ser muy cruel, siendo la pena de muerte lo que más se aplicaba comúnmente.

Cuando se cometía un delito, se basaban en la contravención de la costumbre establecida, es decir el desobedecimiento de un mandato real.

A diferencia del Derecho Civil azteca que por lo general era oral el derecho penal era escrito, ya que lo podemos encontrar en los códigos, allí podemos encontrar a los delitos y las penas, las principales penas eran: la de muerte, la de derribar la casa del culpable, la de cortar los labios o las orejas al responsable del delito, la esclavitud, el destierro, cortar o quemar el cabello y destituir de un empleo.

³⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. Coautor CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL. Derecho Penal Mexicano. Parte General, p.110, Ed. Porrúa, México, 1991.

Los aztecas distinguieron claramente los delitos dolosos de los culposos, además contemplaban las situaciones atenuantes y agravantes de las penas, ejemplo atenuantes la embriaguez completa, y una excusa absolutoria robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad: robar espigas de maíz por hambre.³⁵

La pena de muerte era aplicada de diferentes maneras como por ejemplo el despeñamiento, a garrotazos, el ahogamiento, a pedradas, sacándole el corazón del pecho, quemándolo vivo, el despedazamiento, degollado, empalamiento, sacando las entrañas por la vía anal, ahorcado, etc.

Dentro del Derecho Penal Azteca encontramos algunos delitos de carácter patrimonial como el robo, que era castigado dependiendo del objeto robado, de su valor y del lugar donde era cometido el robo, el daño en propiedad ajena como por ejemplo destrucción de un campo con maíz antes de que estuviera listo para su cosecha, el asalto, que era castigado con la pena de muerte y por último un delito que es muy semejante al delito de despojo que era el de abuso de confianza, así el que se apropiaba indebidamente de algún predio ajeno que se le hubiese confiado o lo vendía a una tercera persona era castigado con la esclavitud.

c) Organización Azteca.

El Derecho Penal Azteca, de gran importancia resulta el estudio de los aztecas. Aunque su legislación no ejerció influencia en lo posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. El pueblo azteca no solo fue el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que además impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservan su independencia a la

³⁵ Op. Cit., p 110

llegada de los españoles. ³⁶ Vallant expresa, que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

El pueblo azteca, era esencialmente guerrero y combativo, educaba a los jóvenes para el servicio de las armas; la animosidad personal se manifestaba en derramamiento de sangre, debilitándose la potencialidad guerrera de la tribu y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción para estos asuntos.

d) Época Colonial

"La Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La Ley 2, tit. I, libro II de las Leyes de Indias dispuso que todo lo que no estuviese decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Rey de Castilla conforme a las de Toro así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar. Por tanto fue derecho vigente durante la colonia el principal y el supletorio el primero constituido por el derecho indiano, pues es sabido por todos que varias autoridades coloniales -Virreyes, Audiencias, Cabildos- gozaban de cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter

³⁶

La civilización Azteca, pp. 153 y ss. Fondo de Cultura Económica, 1944.

obligatorio; y el segundo constituido por el Derecho de Castilla"³⁷

De las diferentes legislaciones aplicadas a las colonias, la principal fue la de las leyes de las Reynas de las Indias, de 1680.

La Recopilación de las Leyes de las Reynas de las Indias, constituyó la ley principal de la Colonia, complementada por los Autos Acordados.

La Recopilación se dividió en nueve libros, subdivididos en títulos formados de leyes numeradas y precedidas de sendos sumarios, con indicación, por lo general, del rey que dictó las disposiciones, su lugar y su fecha, aunque por excepción algunas leyes carecen de todas o algunas de estas indicaciones." ³⁸

Dentro del Título XXXIV de dicha recopilación se estableció plenamente la figura del despojo de la siguiente forma:

Manifestaba pena al que por la fuerza o con violencia tomare alguna cosa que fuese de otro, aunque tuviere razón para eso.

Que ninguno sea despojado de su bien o posesión, sin ser escuchado y apoyado con Derecho.

Pena para todo aquel que tome cosa alguna de los bienes que hubiesen sido del difunto, en contra de la voluntad de sus herederos.

Se exige la restitución del delito de despojo, de los bienes cometido contra persona al servicio del Rey.

Pena para los que por medio del engaño, tomen por fuerza los bienes de

³⁷

MACEDO, MIGUEL S Op.Cit. pp. 139-140

³⁸

IBIDEM p. 114

otro. Como se puede ver ya en esta legislación tenían un concepto muy claro de lo que era el despojo, y vemos que era elemento esencial el tomar por la fuerza el bien de otro, y que además ya se contempla el engaño.

Dentro del Fuero Juzgo también encontramos especificado el delito de despojo, dentro de la Ley 4, en el título 4, en el libro 4, en donde dice: Pena para el que por medio de la fuerza tomare bienes que posea otro.

En México independiente, nuestra legislación penal, se inicia propiamente, con el bando de 7 de abril de 1824 y culmina con nuestro Código Penal vigente.

La base del derecho penal mexicano contemporáneo se encuentra en la Constitución de 1857 con apego a la Escuela Clásica.

Con las Leyes de Reforma se inicia a partir de la Revolución de Ayutla 1857, que a partir de entonces fueron promulgadas en Veracruz, parte de las cuales estaban destinadas a castigar al clero por su intervención en la política, y es entonces cuando surge la segunda generación de liberales preparados para enfrentar a las estructuras feudalistas.

La demostración de los bienes decretadas por Comonfort había sido únicamente una medida económica que tenía indirectamente a la reforma de la clase clerical, poniendo en circulación y haciendo productivos los bienes de manos muertas. Esta ley no había privado al clero de sus propiedades, pero, una vez que esta clase seguía mostrándose rebelde, fomentando la guerra, Juárez ya siendo presidente de México y apoyado por el artículo 27 de la Constitución de 1857, que no difería mucho de la 1824 en lo referente a la regulación del régimen de propiedad de la tierra. Despojó al clero de sus bienes declarándolos propiedad de la Nación, que se determinó mas tarde como la nacionalización de los bienes eclesiásticos

decretada por la ley del 12 de julio de 1859.

Es necesario resaltar el artículo 27 de la Constitución de 1857 en la que se establece la desamortización de los bienes eclesiásticos.

Como lo establece el artículo 27: "La propiedad de las personas no pueden ser ocupada sin su consentimiento, si no por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinara la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominado u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución."

En la Constitución de 1917. El cambio tan brusco que provocó esta ley y novedoso del sistema rompieron con la realidad social. Como consecuencia, el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó en su mejor rutina de organismo auxiliar de los órganos Jurisdiccionales. Al suceder el movimiento revolucionario que puso fin a la dictadura del general Porfirio Díaz entre otros efectos en el orden legal al promulgarse la Constitución Política Federal de 1917, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste una institución, un organismo integral para perseguir el delito y con independencia absoluta del Poder Judicial.

Se reglamentó la Institución del Ministerio Público en la exposición de motivos presentada por Don Venustiano Carranza en la apertura del Congreso Constituyente, del 1º de diciembre de 1916 y con relación al artículo 21, nos describen que estas fueron las causas en que se fundó el Constituyente de Querétaro por adaptación al reglamento.

La Constitución de 1917 también señaló en el mencionado artículo 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

Las relaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional y en los términos que establezca la ley..."

De acuerdo con el Constitucional y tomando en cuenta el espíritu que dio ánimo el constituyente de 1917 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad por el delito y para cumplir su cometido ahonda sus raíces en la sociedad misma de la función específica que el Constituyente de 1917 le señaló.

Consecuentes con la norma constitucional, las leyes que le organizan los demás textos legales y las jurisprudencias, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo prácticamente la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá de los delitos del Derecho Penal.

En el mismo Derecho Penal principalmente debe preservar a la sociedad el delito, en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales. Sus funciones específicas son: a) Función investigadora; b) Función persecutoria y c) En la ejecución de sentencias.

CAPÍTULO III

ESTUDIO JURÍDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE DESPOJO

1.- Aspectos positivos del delito.

- a) Conducta. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir en un resultado material.

La denominación para el delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción y hecho, Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo (acción) y del negativo (omisión). Nosotros preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."³⁹

Porte Petit dice "Pensamos que no es conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo."⁴⁰

Además para este tratadista la distinción entre la conducta y el hecho, debido a que el segundo se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal, mientras que la sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena los requisitos del tipo penal.

³⁹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pp. 147-148, Porrúa, México, 2001.

⁴⁰ PORTE PETIT, CELESTINO. Programa de la Parte General del Derecho Penal, Ed. Porrúa México, 1969 p. 160

Dice Jiménez de Asúa que: "El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y la misma puede proceder de la mano del hombre que del mundo la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, además, usamos de la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión."⁴¹

Y Jiménez de Asúa nos dice: "Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto: como manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".⁴²

Podemos decir que pese a que existe una variada opinión de los tratadistas en cuanto a la conducta o hecho, hay autores que la definen muy acertadamente como el maestro Castellanos Tena, quien define a la conducta como el comportamiento humano voluntario ya sea positivo o negativo y encaminado a un propósito y el cual solo puede ser llevado a cabo por el ser humano, debido a que es el único a que es capaz de voluntariedad, y sólo tiene relevancia la conducta humana para el Derecho Penal, porque el individuo es el único que puede ser sujeto activo de un delito.

En relación a la omisión el maestro Castellanos señala que es un abstenerse de obrar, simplemente es una abstención, es decir es un dejar de hacer lo que se debe de hacer, la omisión es una forma negativa de la acción. Nuestro Código Penal establece en el párrafo segundo del artículo séptimo "en los delitos de resultado material también será atribuible el

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. La ley y el Delito. Ed. Sudamérica, Buenos Aires, 1989, p210
⁴² Idem

resultado típico producido al que omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar presedente."

Para esta concepción, dentro del delito de despojo es de acción humana ya que no es un mero proceso causal, porque de ser así, la acción humana se confundiría con los fenómenos de la naturaleza, la acción del hombre es cualitativamente distinta a los acontecimientos naturales, el comportamiento humano es un actuar dirigido a la realización de un propósito, el propósito de la acción permite al hombre sobre determinar el proceso causal, y como consecuencia anticipa en su pensamiento una meta determinada, y a partir de esa determinación, el individuo dispone de los elementos y medios necesarios para la consecución de una finalidad determinada.

La acción típica en el delitos de inmuebles, la lectura de la fracción I del artículo 395 del Código Penal, nos permite advertir que la acción delictiva consiste en ocupar un inmueble ajeno o hacer uso de él, o de un derecho real que no pertenezca al autor, siempre que la ocupación o el uso sean de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenazas o engaño.

b) Tipicidad.

No debemos confundir el tipo penal con la tipicidad. El tipo es la descripción hecha por el Estado de una conducta en los Códigos Penales y la tipicidad es la adecuación de una conducta específica con la descripción hecha por la legislación.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos (con engaños), (furtivamente), etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal del delito. Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida; entonces se puede hablar de descripción del delito o una parte del mismo"⁴³

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el escrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa"⁴⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no ocurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal. La tipicidad consiste en que el comportamiento del inculpado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal"⁴⁵

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: nullum crimen sine tipo (no hay delito sin tipo)"⁴⁶

⁴³ *Ibidem.* p.167

⁴⁴ *Ibidem.* p.168

⁴⁵ PORTE PETIT, CELESTINO. *Op. Cit.* p.332

⁴⁶ *Ibidem.* p.335

La tipicidad se encuentra en nuestro ordenamiento penal dentro del artículo 7° vigente para el Distrito Federal, el cual establece que el delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"

La tipicidad es en concreto la adecuación de un tipo penal a una conducta determinada.

La furtividad como único elemento configurativo del delito de despojo, en este caso no es necesario que los testigos señalaran la hora exacta del despojo y que el mismo se haya efectuado con violencia, si la ocupación se hizo furtivamente y, en esas condiciones, la hora y la violencia no son elementos configurativos del delito de despojo, pues el término furtivamente quiere decir: en ausencia o desconocimiento del que tiene derecho o lo que es lo mismo, lo que se hace a escondidas, como hurto, o sea todo lo que se toma, de día o de noche, clandestinamente, con ánimo de apropiárselo contra la voluntad del dueño.

Elementos del delito de despojo. En el estado de los elementos constitutivos de la figura en examen, conviene distinguir y examinar por separado: a) el objeto material; b) la conducta típica; y c) los medios de ejecución.

- a) Objeto material: puede ser objeto material el delito de despojo el inmueble ajeno, el inmueble propio en poder de otra persona.
- b) Conducta típica: La sistematización dogmática de la voluntad de la ley, contenida en estas tres fracciones del artículo 395, lleva a la conclusión de que son cuatro los comportamientos típicos que pueden integrar el delito.
- c) Medios de ejecución: No basta realizar una de las conductas alternativas descritas en las tres fracciones del artículo 395, para considerar integrado en su materialidad en el delito de despojo; se

necesita, además, que dichos comportamientos hubieren sido efectuados por alguno de los medios especificados en indicadas fracciones o séase, mediante violencia, amenaza, engaño o furtividad.

DESPOJO, ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE. *La infracción penal tipificado en el artículo 395, del Código Penal aplicable al Distrito Federal y en toda la Republica en Materia Federal, no requiere como elemento subjetivo para su existencia la voluntada en el infractor de apropiarse del bien inmueble que despoja, o sea que permanezca indefinidamente en el mismo, pues lo que prevé y sanciona la norma legal, es la toma de posesión de un predio al que no tiene derecho, de propia autoridad ya sea ejerciendo violencia física, furtivamente o empleando amenazas o engaño, y el fin ulterior del activo, carece de relevancia Juridica, entiéndase este como apropiación, uso o transmisión onerosa o gratuita a un tercero del bien inmueble que despoja, lo que esta acorde con la propia naturaleza jurídica del ilícito en cuestión que en orden al resultado es instantáneo, es decir, se agota en el mismo momento en que el agente despoja al ofendido del bien inmueble que posee, en otras palabras, este último desplazado en los actos de dominio que guardaba con ese bien, y sus efectos tengan la calidad de permanentes o carezcan de ella no impide su configuro el delito de referencia.*

Segundo Tribunal Colegido en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo en revisión 238/87. Matias Hernández Filomeno. 27 Agosto del 1987. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Semanario judicial de la Federación, Vols. 217-228, pág. 237, Sexta Parte.

c) Antijuridicidad

"Provisionalmente puede decirse que la antijuridicidad es lo contrario al derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita sea antijurídico, contrario al Derecho"⁴⁷

"Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente"⁴⁸

La antijuridicidad es la violación al valor o bien protegido a que se refiere el tipo penal correspondiente.

Para Carlos Bindig el delito no es lo contrario a la ley del Estado, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal.

Para Max Ernesto Mayer la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico, según él la norma comprende costumbres, sentimientos patrios.

El Derecho Penal es protegedor y sancionador, su función principal es la de tutelar y velar por los valores reconocidos por las leyes jurídicas en general. Sin dejar de tomar en cuenta el aspecto subjetivo, podemos decir entonces que la antijuridicidad es básicamente objetiva, debido a que se enfoca a la

⁴⁷

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Op. Cit.* p. 267

⁴⁸

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Op. Cit.* p177

conducta externa.

Decimos que una acción es antijurídica cuando ésta contradice lo establecido por los ordenamientos objetivos del derecho, quien se concibe como una ordenación objetiva de la vida cotidiana y en consecuencia lo injusto se debe de considerar como una forma de lesionar las normas establecidos por el derecho

Sergio Vale Treviño menciona que toda acción punible es antijurídica y que con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho.⁴⁹

Podemos decir que la antijuridicidad es la violación del bien protegido, a que se refiere el tipo penal respectivo.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Que representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, como la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

Las causas que no operan son las causas que excluyen la incriminación tales como: ausencia de conducta, atipicidad, y causas de inculpabilidad; legítima defensa, estado de necesidad "si el bien salvado es de más valía que el sacrificado", cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, impedimento legítimo.

⁴⁹

VELA TREVIÑO, SERGIO. Antijuridicidad y Justificación. Ed Trillas, M

d) Culpabilidad.

La culpabilidad "en el mas amplio sentido puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."⁵⁰

La culpabilidad es reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor."⁵¹

En México el maestro Porte Petit define la culpabilidad "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, es una posición solo valida por la culpabilidad a titulo doloso pero no contempla a los delitos culposos o no intencionales en los de su naturaleza no es posible querer el resultado; se caracteriza por la reproducción de un deceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado."⁵²

e) Noción de la culpabilidad.

La noción de la culpabilidad es que la imputabilidad funciona como un presupuesto y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal. En un sentido amplio la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

⁵⁰

JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. p.444, carracas, 1945

⁵¹

ZAFFARANI, EUGENIO RAÚL. Teoría del Delito. Op. Cit. pp. 505-506

⁵²

Importancia de la Dogmática jurídica Penal. p.49, Ed. 1954.

f) Teoría General de la Culpabilidad.

El concepto de culpabilidad está fundada en la culpabilidad misma del acto injusto.

Al respecto comenta Luis Jiménez de Asúa y dice que "Mezger cree poder darla, y piensa que actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas a su acción, que ésta puede considerarse como la expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad. Advertimos, por nuestra parte, que todo lo que al respecto se dice está en referencia al querer del que actúa. Mezger, gran conocedor de la Filosofía, pretende construir un sistema y detesta las concepciones aisladas. Por eso unifica en una superior doctrina acción y omisión, y quiere hacer lo mismo con el dolo y la culpa.

El dolo y la culpa son especies de la culpabilidad. El lazo común del dolo y la culpa consiste en que en los casos se debe y se debe obrar de otra manera, es decir conforme a lo dispuesto por el Derecho. Por eso mismo consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La culpabilidad consiste generalmente en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por el mandato y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.

Sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad existen dos principales corrientes que son: el psicologismo y el normativismo.

g) Teoría Psicologista de la culpabilidad.

Para esta doctrina, la culpabilidad se funda en un hecho de tipo psicológico, porque deposita la valoración jurídica en la antijuridicidad y establece que la esencia de la culpabilidad está en el proceso intelectual-volitiva desarrollado en el autor y que el estudio de la culpabilidad necesita del análisis de la mente del agente, a fin de determinar cual fue su actitud con respecto al resultado delictuoso.

"Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, y como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual, el primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta"⁵³

Como podemos observar la culpabilidad era considerada en la doctrina como la relación subjetiva entre el autor y el acto reprochable y que su estudio hace necesario un examen de psiquismo del agente, para indagar cual ha sido la conducta psicológica del autor en relación al resultado delictuoso.

Según los psicologistas la culpabilidad se agota solo en el hecho psicológico.

h) Teoría Normativa de la culpabilidad.

De acuerdo con esta doctrina, la base de la culpabilidad esta en un juicio de reproche, es decir una conducta es culpable, cuando un sujeto capaz ha

⁵³ PORTE PETIT, CELESTINO. Op. Cit. p. 49

actuado con dolo o con culpa y por tanto se le puede exigir el orden social una conducta distinta a la realizada.

La esencia del normativismo radica en basar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad hacia los sujetos con capacidad para comportarse conforme a la norma, esta exigibilidad sólo es aplicada a los imputables.

De esta manera la culpabilidad no es una simple relación psicológica que existe entre el autor y su acto, ni es obligatorio revisar la psiquis del individuo, sino que es algo más es decir, la valoración en un juicio de reproche del contenido psicológico.

i) Las formas de culpabilidad.

La culpabilidad contempla dos formas que son: el dolo y la culpa, esto es de acuerdo con la conformación en que el autor dirija su voluntad consciente a la ejecución del acto ilícito o que provoque un resultado a través de su negligencia o imprudencia, es decir, que se puede delinquir por medio de una determinada intención delictuosa (dolo), o mediante un descuido de las precauciones indispensables exigidas en la Ley (culpa).

1) El dolo.

"El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar en hecho delictuoso."⁵⁴

Luis Jiménez de Asúa define el dolo, como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento

⁵⁴ Cuello Calón. Op. Cit. p.302

de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."⁵⁵

En resumen: el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Los elementos del dolo.- El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia del que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición de hecho típico.

2) Clases de dolo

Cada uno de los tratadistas establecen su propia clasificación de las especies dolosas como el dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc.

El maestro Castellanos Tena se ocupa solamente de las especies de mayor importancia práctica.

3) El dolo directo.

Es aquel en el que el sujeto y el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente."⁵⁶

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. Op. Cit. p. 356

⁵⁶ IBIDEM p. 307

4) El dolo eventual.

Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia y que a última instancia equivale a aceptarlo.

5) El dolo dentro del Derecho Mexicano.

En el artículo 8º del Código Penal expresa: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

El artículo 9º dice: Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

La culpabilidad dentro del sistema finalista.

Una de las teorías que ha venido provocando más vivas discusiones en el campo de la especulación de la dogmática jurídico-penal, es la llamada Teoría Finalista de la acción. "La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir se habla de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto..."⁵⁷

⁵⁷ ORRELLANA WIARCO, OCTAVIO A. Teoría del Delito, p. 87. Ed. Porrúa, México, 1994.

La doctrina finalista toma en cuenta el motivo o el fin que el agente ha querido obtener, dicho fin ha ce que el sujeto realice determinada acción, la cual puede tener un resultado típico, mediando un nexo causal, el contenido de la voluntad se estudia dentro de la acción típica, lo cual denota que ésta es un actuar dirigido a obtener un fin determinado, en el cual no sólo se grave la acción sino los posibles resultados secundarios. A nivel de la tipicidad podemos distinguir entre las acciones dolosas y culposas; esta distinción se hace en la doctrina tradicional en la esfera de la culpabilidad.

a) La culpa.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad; se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos , que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad sin ésta el delito no se integra."⁵⁸

En la culpa su presupuesto que es la imputabilidad, para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Es decir que para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce.

Mezger nos dice que, actúa culposamente, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever la aparición del resultado."⁵⁹

⁵⁸

⁵⁹

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit., p. 247, 42a edición.
Tratado de Derecho Penal, II, p.152. Madrid. 1935

Considero que la culpa existe cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero surge éste a pesar de ser previsible y además evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia las cautelas o precauciones exigidas. La culpa es una de las formas inconscientes, sin prevención o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible. Existe voluntariedad de la conducta casual.

Ahora bien, la doctrina moderna penal ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto a la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad. Creemos que existe culpa cuando no previó el resultado previsible, cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que se produciría.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente."⁶⁰

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo."⁶¹

2.- Aspectos negativos del delito.

a) Ausencia de conducta.

La ausencia de conducta es si duda uno de los elementos esenciales del delito, porque éste no se integrará; en consecuencia si la conducta está ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias. Es por eso la ausencia

⁶⁰

MAX ERNESTO MAYER
CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit., p. 218

⁶¹

de conducta uno de los aspectos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, y es una de las bases indispensables del delito como todo problema jurídico.

Como una de las causas impeditivas de la integración del delito por su ausencia de conducta, es la -vis absoluta-, o fuerza física exterior irresistible como lo establece la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para Jiménez de Asúa que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".

Para el maestro Pavón Vasconcelos la ausencia del hecho y por ello del delito, se produce por la falta de uno de sus elementos constitutivos, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado; y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrante de la conducta, y el resultado material considerado.⁶²

La fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta del individuo, ya que ésta contiene una actividad o una inactividad voluntaria. De forma tal, que la fuerza física obliga al individuo a realizar un hacer o un no hacer, que en realidad no quería ejecutar.

Es decir que si hay una fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzada, no constituye una conducta, ya que falta uno de los elementos importantes que es la voluntad expresa. Se ha considerado en estos supuestos el individuo actúa como un instrumento, sin voluntad, y sancionar a un hombre en estas condiciones, es para meditarse profundamente.

⁶² Manual de Derecho Penal. Parte general, Ed. Porrúa, México. 1982.

De la vis absoluta se desprenden los siguientes elementos:

- a) Una fuerza física.
- b) Humana.
- c) Irresistible.

En la vis maior se desprenden las siguientes elementos:

- a) Una fuerza.
- b) Humana.
- c) Exterior.

La vis maior es uno de los supuestos de ausencia de conducta, debiéndose de aceptar por la misma, cuando un individuo lleva un hacer o un no hacer provocado por una fuerza irresistible y sub-humana.

El maestro Porte Petit manifiesta: "El sistema que hemos adoptado es estudiar cada uno de los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo, comenzando ahora, dentro de la prelación lógica con la ausencia de conducta; es decir, con la inexistencia del elemento material del delito."⁶³

Y el mismo autor agrega "Se examinaron diversos criterios para ubicar los aspectos negativos del delito: utilizando una expresión general, es decir, que no hay delito, porque falta alguno de sus elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad o la punibilidad. Otro criterio consiste en señalar los casos en que procede cada aspecto negativo del delito, como acontecen en los proyectos de Código Penal para Bolivia de 1943, Argentina de 1951, en Latinoamérica y en México, el Código de Guanajuato. Juzgando los criterios a los que hemos referido, no puede dudarse de la bondad del referido en primer término que propicia,

⁶³ PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 317

dada la denominación genérica de (inexistencia del delito), una libre actuación del juzgador para señalar según su criterio personal, el aspecto negativo del delito que en cada caso concorra, con base en la doctrina, que con el tiempo puede irse perfeccionando, evitándose que el juzgador mecánicamente tenga que hacer la ubicación del aspecto negativo del delito en la forma señalada por la ley, lo que indudablemente sucedería, si se optara por el segundo criterio.⁶⁴

En opinión personal pensamos que el segundo criterio es más acertado que el primero, porque en este caso si cabe la ausencia de conducta propiamente dicho, y conforme a que se ha establecido en los proyectos de Código Penal, además de que, tomando como base a la doctrina jurídica, el juzgador tiene más de panorama para determinar la ubicación del aspecto negativo del delito.

b) Atipicidad.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, es decir que no hay delito sin la tipicidad. "Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa."⁶⁵

La atipicidad se presenta cuando existe el tipo penal, pero no se encuadra a la conducta realizada, detrás de cada atipicidad se encuentra la falta del tipo penal adecuada para encuadrar una conducta específica.

La atipicidad se puede dar por la falta del objeto material o el objeto jurídico, falta de calidad o del número exigido por la ley, cuando no se dan las

⁶⁴ Op. Cit. PP. 319 Y 320

⁶⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OP. CIT p. 174

referencias temporales o especiales requeridas por el tipo penal, si el hecho no se realiza con las medidas exigidas por la ley, si faltan los elementos subjetivos del delito y que son legalmente requeridos y por último, por no darse en su caso, la antijuridicidad requerida.

A veces el legislador al describir algún hecho se refiere específicamente a cierta calidad del sujeto activo o pasivo, o de ambos, o define el comportamiento bajo condiciones especiales de lugar o de tiempo, o cuando no existe un bien jurídico tutelado.

Se suele hablar de una alicidad absoluta y otra relativa, dándose la primera cuando hay una total carencia de tipo que describa a la conducta que se investiga y la segunda cuando se halla ausente alguno de los elementos requeridos en el tipo.⁶⁶

Las causas de alicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medio comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si falta los elementos subjetivo del injusto legalmente exigidos; y, f) Por no darse , en su caso, la antijuridicidad especial.⁶⁷

c) Causas de justificación.

Las causas de justificación representan el aspecto negativo de la antijuridicidad. Y son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica; Representan un aspecto negativo del delito, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos

⁶⁶ ZAFFARANI, EUGENIO RAUL. Titulo. Tratado de Derecho Penal. Parte General, México, Cardenas, 1988-1999.

⁶⁷ Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., p. 176.

esenciales del delito, a saber: La antijuricidad. En tales condiciones la acciones realizadas, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad causas de licitud, etc."⁶⁸

Las causas que excluyen la imputación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de imputabilidad y causas de inculpabilidad.

Considera Mezger, que desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (principio de la ausencia del interés), o surge frente a dicho interés otro de más valor, que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otros casos hubiera constituido un injusto; fundamentos de exclusión de la antijuricidad, que se hallan en la más íntima conexión con el fin último del Derecho, surgiendo dos causas de exclusión del injusto."⁶⁹

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas, falta uno de los elementos esenciales del delito a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causa de licitud,

Las causas de justificación son reales, porque favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable utiliza la denominación

⁶⁸ Ob. Cit. p. 183.

⁶⁹ MEZGER. Citado por PORTE PETIT, Programa de la parte general del Derecho Penal, p.286, México, 1958.

causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador, además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancia por causas, pues como muy bien dice Jiménez de Asúa, circunstancia es aquella que está alrededor de un hecho y la modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.

Las causas de inculpabilidad son diferentes de las causas de imputabilidad, porque en las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente a la capacidad para actuar penalmente.

Las causas de justificación recaen sobre la acción llevada a cabo, se puede decir que son objetivas, ya que se refieren al acto y no al sujeto; porque afectan a la realización externa. Las causas de justificación son reales, favorecen a todas las que intervienen, quienes cooperan en una actuación totalmente jurídica, de acuerdo con el Derecho. Excluyentes supralegales. Las causas eximentes de responsabilidad penal no precisadas por la ley se les denomina "supralegales", para la doctrina designa así a las causas que impiden la presencia de algún factor indispensable para la conformación de algún delito y que la ley no expresa en forma clara.

Al referirse a ellas como supralegales da la imagen de tratarse de algo fuera de la ley, cuando en realidad dichas eximentes derivan de la propia ley.

Razón de ser de las causas de justificación. Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, solo puede ser eliminado por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se

trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente protegidos, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso."⁷⁰

El maestro Edmundo Mezger nos dice que la exclusión de la antijuridicidad se funda: a) en la ausencia de interés; y, b) en función del interés preponderante:

1) Ausencia de interés.

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado por que significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto. En estos casos al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

2) Interés Preponderante.

Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la causa esencial por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de la necesidad, el cumplimiento de

⁷⁰ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OP. CIT. pp. 186-187.

un deber y el ejercicio de un derecho."⁷¹

Las causas de justificación de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Penal vigente:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica. (Si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- f) Impedimento legítimo.

La legítima defensa.- Es una de las causas de justificación más importante. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual e inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor."⁷²

Jiménez de Asúa dice que la legítima defensa "es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racionalidad proporcionada de los medios. Empleados para impedirlo o repelerla."⁷³

El maestro Porte Petit dice que "Sobre el concepto de legítima defensa existen numerosas opiniones. Se puede definir esta causa de justificación, como el contra ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión

⁷¹ *IBIDEM* p. 188

⁷² CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal. Parte General, 8ª Ed. Barcelona, 18-17, p. 341

⁷³ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. OP. CIT p.289

injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente." ⁷⁴

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante, al sostener, que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacando mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante." ⁷⁵

Desde épocas muy antiguas ya era reconocida la figura de la legítima defensa y en el Derecho Canónico se encontró, que todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza.

Según la Escuela Clásica, la legítima defensa se basa en la necesidad; es decir ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado pueda acudir a auxiliar al que es injustamente atacado, y para evitar que se consuma dicha agresión, se le otorga el derecho a defenderse, de esta forma la defensa privada se sustituye con la defensa pública.

3) Legítima Defensa en las Escuelas Penales.

La Escuela Clásica dice al respecto, que la legítima defensa se funda en la necesidad, ante la imposibilidad de que el Estado acuda en ayuda del que es atacado injustificadamente, y con el fin de evitar que la agresión se consuma, es totalmente lícito y justo que el atacado se defienda, así de esta forma la defensa privada se sustituye por la defensa pública.

⁷⁴ PORTE PETIT, CELESTINO, *OP. CIT.* p. 394

⁷⁵ *Semanario Judicial de la Federación*. Núm. IX, sexta época. Segunda Parte, p. 82

Para la Escuela Clásica, cuando el agresor muestra su peligrosidad al atacar injustamente, entonces resultará lícita todo lo que haga para rechazar tan injusto ataque y se considera esta defensa como un acto de justicia social y establece que quien se defiende de esta manera no es un individuo peligroso.

Conforme a lo establecido por nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal la legítima defensa se da cuando: Fracción IV del artículo 15, "Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor."⁷⁶ Y en su Párrafo segundo establece: Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citado en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión"

Para El maestro Castellanos Tena el fundamento de la legítima defensa, al igual que otras justificantes, es la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cauce

⁷⁶ Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Sista, México, 2001, pp. 14-15

daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque.”⁷⁷

Es importante señalar que quien ejerce la legítima defensa, actúa conforme al derecho, ya que el Estado antepone los intereses de quien es injustamente atacado sobre los del agresor injusto, es decir, el Estado cuida del orden social y vela por mantener intactos los derechos y bienes jurídicos de quien es agredido sin razón.

Se puede decir que los elementos necesarios de la legítima defensa son:

- a) Una agresión real actual e injusta.
- b) Un peligro inminente de daño sobre bienes jurídicamente protegidos.
- c) Una repulsa de dicha acción.
- d) Necesidad racional de la defensa y medios empleados.
- e) Y una provocación dolosa suficiente

De esta manera nos damos cuenta que no basta con que la agresión sea real, actual o inminente, es determinante que la agresión sea injusta, sin derecho, es decir, que sea antijurídica, que contravenga las leyes establecidas por el Estado. Si dicha agresión fuese justa, la reacción defensiva no quedará legalizada, por lo que no procedería la justificante.

4) El Estado de Necesidad.

Para Cuello Calón “El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la

⁷⁷ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OP. CIT., p. 193

lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona." ⁷⁸

Para Von Liszt "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro (bien jurídico ajeno) jurídicamente protegidos." ⁷⁹

Actualmente todavía se discute en la doctrina la naturaleza jurídica sobre el estado de necesidad, y para precisarla es indispensable distinguir si las cosas en conflicto son de igual o diferente valor.

Estado de necesidad como causa de justificación, el maestro Castellanos Tena dice que: "Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir. El Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio de interés preponderadamente; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, por que sólo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente." ⁸⁰

Hegel adopta posición distinta y encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos. ⁸¹

Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, grave e inminente b) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado ya sea propio o ajeno; c) un ataque por parte de

⁷⁸ *IBIDEM* t. I. p. 362

⁷⁹ Tratado de Derecho Penal, p.341,t.II, Reus, Madrid, 1927.

⁸⁰ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 2001. p. 204

⁸¹ Citado por Sebastián Soler. Op. Cit t. I pp. 395, 431 y 432

quien se encuentra en el estado necesario; y d) ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial. Los tribunales estiman que el estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso. Se caracteriza , el estado de necesidad porque en él existen dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables se ponen en conflictos y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve.

Nuestro Código Penal textualmente dice en la fracción V del artículo 15: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."⁸²

En el estado de necesidad debe de existir lógicamente, un una necesidad imperante de cuidar bienes jurídicos propios o ajenos, de un peligro inminente, no provocado por el sujeto, y provocando una lesión a otro bien jurídicamente protegido de otro, ya sea de igual valor o de mayor valor que el que se salvaguarda, siempre y cuando el peligro sea inevitable por otros medios.

5) Fundamento del estado de necesidad.

De acuerdo con la teoría de los penalistas alemanes contemporáneos, el necesitado tiene el deber de resolver el conflicto de bienes, salvaguardando el de mayor valía, sacrificando otro de interés jurídico de menor importancia, como por ejemplo; quien destroza la puerta de una casa por su afán de

⁸² Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Sista, México, 2001, p. 16

rescatar a una persona que se encuentra en peligro de ser atrapada por el fuego o de morir ahogada por el humo, ejerce verdaderamente este derecho e igual se puede decir que cumple con un deber cívico.

Nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico en donde se sacrifica el bien menor o sea el ser en formación, para salvar el de mayor valía o sea la madre.

El artículo 334 ordena; "No se aplicará sanción: Fracción II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

En el estado de necesidad se aplica el principio del interés preponderante, es decir ante el conflicto de dos bienes que no pueden coexistir, el Estado decide por la salvación de uno de ellos de mayor valía, solo cuando el bien salvado supera al sacrificado se puede integrar esta justificante.

6) Diferencia del Estado de Necesidad con la Legítima Defensa.

El estado de necesidad difiere en que constituye en sí mismo una acción o un ataque, en tanto que en la legítima defensa la reacción es contra el ataque. En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor.

Los elementos esenciales del estado de necesidad son:

- a) Una situación de peligro real, actual o inminente;
- b) Que el peligro no haya sido provocado intencionalmente y que no haya sido ocasionado por la por la imprudencia del agente;

- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- d) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y,
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

El estado de necesidad caracterizase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.”⁸³

7) Exceso en el Estado de Necesidad.

De lo contenido en la fórmula legal del estado de necesidad, el exceso, al referirse en el Código Penal del Distrito Federal, a quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

Como podemos ver el exceso presupone el peligro, la causación de un daño mayor al indispensable, el cual puede ser producido por una actitud dolosa o culposa del sujeto por su falta de previsión

8) Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.

Nuestro nuevo Código Penal en su artículo 18, establece como excluyente de un delito cuando, “Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente” En el Código Penal de 1931 decía en su artículo 15, Frac. VI, “La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista

⁸³ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Prólogo, Jiménez Huerta, Mariano, p. 237 Ed. Porrúa, México, 1990.

necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro."

Esta eximente se origina, por la concurrencia de un deber especial y que por su misma naturaleza de deber, elimina el carácter delictuoso de esa conducta.

Tras de tales obligaciones existe un concurso de intereses que obliga a optar por el de más valía, y esta preferencia por el interés más valioso, es la esencia real de la eximente.

Por otra parte nuestro Código reglamentaba esta eximente en el artículo 294 (Derogado), en relación con el 289; establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio de un derecho, no serían punibles si fueran de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Funcionaba como causa de justificación"

Nuestro Código Civil para el Distrito federal establece a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos (artículos 422 y 423).

Nuestro Código Penal derogó el anacrónico precepto 294, por lo que de acuerdo con la ley represiva en vigor, ya no es excluyente de responsabilidad, el pretexto del derecho de corregir o lesionar a los menores; antes bien, el artículo 295 ordena: Al que ejerciéndola patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda,

el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

e) Inculpabilidad.

El maestro Jiménez de Asúa dice que la inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, que es tautológica y sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

"Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres consecutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la posición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de ese elemento del delito, supuesta una típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal)"

1) Causas de inculpabilidad.

Dice el Doctor Fernández Doblado, El problema de la inculpabilidad, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad."⁸⁴

Al respecto el maestro Castellanos Tena nos dice que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código mexicano se afilia a la teoría psicologista. Pues dice que en estricto rigor las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos."⁸⁵

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias, extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operara cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta algunos de los otros elementos del delito o la

⁸⁴ Culpabilidad y Error, p.49, México, 1950.

⁸⁵ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p. 258.

imputabilidad del sujeto, por que si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de estos. Si se presenta la inculpabilidad el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la concurrencia de sus cuatro elementos, primero se efectúa una acción; segundo hay tipicidad, es decir, se adecue la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídica y por ultimo este mismo sea culpable.⁸⁶

En nuestro Código Penal vigente (reformado el 10 de enero de 1994) se refiere a la inexigibilidad en su fracción IX del artículo 15, establece que el delito se excluye cuando: "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no es racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar actuar conforme a derecho.

2) Error e ignorancia.

El error como una de las causas de inculpabilidad, el error es un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido. Los escolásticos dicen que la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente. El error viene siendo un falso conocimiento de la verdad, es decir un falso conocimiento incorrecto; en donde se dice que se conoce, pero se conoce equivocadamente.

⁸⁶ Lopez Bentancurt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, pp. 73-74, Ed. Porrúa, México. 1999.

Proporcionalmente el error como la misma ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; se dice que el obrar en tales condiciones revela una falta de malicia de oposición subjetiva con el Derecho y por igual con los fines que el mismo se propone plasmar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna del entendimiento, ya que nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

Dice el maestro Castellanos Tena que el error se divide en error de hecho y de derecho. El hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

El maestro Porte Petit escribe diciendo que "El error esencial de hecho para tener efectos eximentes, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Vannini nos dice que error esencial es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal."⁸⁷

En concreto, el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

⁸⁷ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, p. 52

En el error accidental si este no recae sobre circunstancias esenciales del hecho si no secundarias. El error en el golpe-aberratio ictus- por ejemplo, se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente, es decir que si Juan dispara contra José al cual no confunde, pero por error en la puntería priva de la vida a Pedro.-Aberratio in persona- es aquí cuando el error versa sobre la persona objeto del delito si Luis, queriendo disparar sobre Antonio, confunde a éste por la oscuridad de la noche y mata a Roberto, a quien no era su propósito matar. —Hay aberratio in delicti- si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

Los especialista últimamente dice el maestro Castellanos Tena, prefieren hablar de error de tipo y error de prohibición, en lugar de error de hecho y error de derecho. Nos dice que nuestro Código Penal, de acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, considera en la fracción VIII del artículo 15 como causa de exclusión del delito, realizar la acción o la omisión bajo un error invencible.

Con respecto de la nueva fracción VIII del artículo 15, el maestro Pavón Vasconcelos, expresa que comprende tanto el error de tipo como el error de prohibición se da cuando el agente realiza la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, "observándose, desde luego, el cambio tan notable adoptado por la ley penal al aceptar sin cortapisas y abiertamente el error de derecho como causa de exclusión del delito, lo que con evidencia es una novedad en nuestro derecho punitivo. La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante conocer el hecho que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma penal determinada, ya por la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse

de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto... se precisa que dicho error sea invencible o superable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable..."⁸⁸

Ahora bien tenemos a las eximentes putativas como causas de inculpabilidad aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, estas si desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del ordenamiento positivo. Como lo ordena nuestro Código Penal, los delitos son dolosos y culposos según el artículo 8º, es decir si, si se integran sólo si se llenan las formas de la culpabilidad "Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por su error esencial de hecho insuperable cree, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta típica, permitida, lícita, sin serlo.

Inexplicablemente suele limitarse el alcance de un grupo de las eximentes putativas a la legítima defensa putativa; nada autoriza tal proceder; participan de la misma naturaleza todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera, de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación."⁸⁹

Legítima defensa como excluyente de culpabilidad. Se dice que simplemente debe hablarse de defensa putativa, porque al actuar el sujeto protegido por la eximente no obra legítimamente, sino de manera inculpable, pero antijurídica.

⁸⁸ Manual de Derecho Penal Mexicano. pp. 469 y 471. 11ª Ed. Porrúa, 1994.

⁸⁹ *IBIDEM* pp. 267-268

Como concepto. Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Para Jiménez de Asúa, la defensa putativa se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro.⁹⁰

José Rafael Mendoza expresa que la defensa putativa existe cuando el sujeto supone, erróneamente, encontrarse ante una agresión injusta.⁹¹

En la Revista Jurídica Veracruzana, dice que. En la legítima defensa putativa la culpabilidad está ausente por falta de elemento moral del delito, en función del error esencial del hecho.

La actuación del agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación (esta observación vale para todas las eximentes putativas), que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.; en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al Derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico.⁹²

Esto es, para obrar alguien dolosamente precisa que haya conocido y previsto las circunstancias de hecho señaladas como relevantes en el tipo penal y tener conciencia de la significación antijurídica de su conducta. Se requiere, dice Jiménez de Asúa, el conocimiento de que se quebranta el deber. Si falta ese conocimiento no puede existir el dolo; el agente actúa motivado por un error esencial de hecho.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA. CARACAS. OP. CIT p. 507

⁹¹ MENDOZA, JOSÉ RAFAEL. Curso de derecho Penal para el Venezolano, p351

⁹² La culpabilidad y su Aspecto Negativo. Núm. 1, Marzo de 1957 pp. 45 y 55

Legítima defensa recíproca. La legítima defensa recíproca es cuando dos personas se encuentran en forma excepcional, al mismo tiempo y por error, se creen fundadamente, víctimas de una agresión injusta. Aquí es en donde la inculpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse los dos sujetos ante un error de hecho, invencible, con la convicción de obrar en legítima defensa.

En la legítima defensa real contra la putativa. Aquí se dice que si el sujeto por error cree obrar en legítima defensa, con el propósito de repeler la imaginaria agresión y ataca efectivamente a quien considera su injusto atacante, se dice que éste puede a su vez, reaccionar contra quien lo atacó, la cual, si bien, inculpable es evidentemente antijurídica; por este hecho en su contra puede oponerse la legítima defensa real, por eso a uno de los protagonistas le beneficiará una causa de inculpabilidad y al otro una justificación.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad según la opinión de los escolásticos: la verdad que es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente. El error es un falso conocimiento de la verdad, es un conocimiento incorrecto, es decir que, se conoce, pero se conoce erróneamente.

Tanto como en el error y en la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento ó un conocimiento equivocado o erróneo sobre la antijuridicidad de su conducta; es decir que en el obrar tales condiciones revela una falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se pone realizar. Mientras que en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, que en la ignorancia existe ausencia de conocimiento; el error se

conoce, pero se conoce mal, mientras que en la ignorancia persiste una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en dos: en error de hecho y error de derecho. En el error de hecho se clasifica en esencial y accidental; en el error accidental abarca: aberratio y ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de ley no justifica ni autoriza su violencia.

"El error esencial de hecho para tener efectos eximentes -dice el maestro Porte Petit-, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Vannini nos dice al respecto, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal... en concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo." ⁹³

El error esencial recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta al factor intelectual del dolo, por ser tal el elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fúndante una conducta justificada (como ocurre en las eximentes putativas). El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad.

Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: "Cuando se

⁹³ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, p.52

habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia solo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximidos de las sanciones que se reservan para la perversidad y del espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza constantemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aún cuando concurren condiciones precarias que solo corresponden a un orden subjetivo y antijurídico."

Debido a las reformas al Código Penal publicadas en 1994 , se reglamenta destacadamente la inexigibilidad en el artículo 15: "El delito se excluye cuando: IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

Esto es que vista exclusivamente formal, legalmente la no exigibilidad de otra conducta impide la configuración del delito y no solo excluye la pena.

3) No exigibilidad de otra conducta.

En la no exigibilidad de otra conducta se da entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especial, apremiante, que hace acusable ese comportamiento. Se dice y se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. Al respecto dice Ignacio Villalobos que: "Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que solo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico." ⁹⁴

También afirma que: La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una

⁹⁴ Derecho Penal Mexicano, pp. 437 y ss 3ª edición Porrúa, 1975.

excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.

Actualmente todavía se discute si la punibilidad posee ó no el rango de elemento esencial del delito.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; Tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas; igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiadas, la consecuencia de dicha conminación es decir, la acción es específica de imponer a los delinquentes, las penas conducentes.

En resumen; la punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llena los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE REFORMA A LA DESCRIPCIÓN LEGAL ACTUAL SOBRE EL DELITO DE DESPOJO.

1.- Crítica a la descripción legal que regula el artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal.

Deplorable extensión dada al despojo en la Legislación vigente, el Código de 1931. tanto en la redacción original de la fracción I, del artículo 395, como en su reforma introducida por decreto de 31 de diciembre de 1945 (Diario Oficial de marzo de 1946), conservó ampliándola, la exagerada extensión dada por el Código de 1929 al delito de despojo de cosas inmuebles o de aguas, pues adicionó a los casos de ocupación por violencia o amenaza, aquellos cometidos furtiva o engañosamente. Dice nuestro Código Penal en la fracción I, artículo 395: "Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca.

Sistema de exposición: Para el estudio sistematizado de despojo deberemos examinar: a) Los objetos materiales del delito que pueden ser los inmuebles ajenos a los derechos reales; b) Las acciones criminosas, o sean la ocupación del inmueble, su uso, o el uso de un derecho real; y c) Los modos de ejecución de dichas acciones, a saber: la violencia física o la moral, o la furtividad, o el engaño.

Inmuebles o derechos reales probables de los objetos materiales del despojo; el delito puede reconocer exclusivamente como objetos materiales en que recae la acción, las cosas inmuebles o los derechos reales. Esto quiere decir que únicamente se tutela el despojo la posesión de los inmuebles corporales, es decir, el suelo y las construcciones adheridas a él, y la posesión de los derechos reales susceptibles de uso material, tales como la servidumbre.

Dentro de la esfera del Derecho Penal no será posible extender el concepto despojo de inmuebles al apoderamiento de aquellas físicamente transportables, y que a pesar de su real naturaleza mutable, son estimadas por el legislador civil como inmuebles sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple mandato legal. El apoderamiento de esos inmuebles fictos será constitutivo del delito de robo si se reúnen las diversas condiciones jurídicas de esta acción.

Ocupación o uso de inmuebles o uso de derechos reales como acciones delictivas; acciones delictivas: ocupación o uso de inmuebles, o uso de derechos reales, las acciones delictivas consisten en la ocupación del inmueble ajeno, o sea el uso o el uso de derecho real que no pertenezca al agente. Con un rigor técnico puede pensarse que la ocupación es "el medio de adquirir una cosa con el ánimo de hacerse dueño de ella"; pero la finalidad de adueñamiento o apropiación del inmueble no es imprescindible en el delito de despojo, puesto que la ley admite como figura criminosa la de un simple uso. En cuanto a los derechos reales, como para la integración del tipo se exige su uso, resulta que solo aquellos derechos reales inmobiliarios que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción como en el caso de uso de servidumbre ajenas. En esencia, las acciones delictivas del despojo en una toma de posesión del inmueble o del

derecho real, con el ánimo de apropiación, de venganza o de cualquier forma, beneficiarse con su tenencia material.

Para Groizard el derecho turbado es el de posesión, de aquí que todo acto que implique la pérdida para alguno de la posesión material de un inmueble debe tenerse para efectos de la ley, por ocupación.

El dolo concreto es aquí constituido por el mal propósito de adquirir los inmuebles de que otro está en posesión material o su invasión realizada por el agente."⁹⁵

La construcción dogmática del artículo 395 del Código Penal vigente, autoriza a afirmar que la esencia del delito de despojo consiste en emplear el sujeto activo violencias, amenazas, furtividad o engaños para:

- a) Ocupar un inmueble ajeno o de su propiedad que está en poder de otro;
- b) Hacer uso de un inmueble ajeno o de un derecho real que no le pertenezca o ejercer sobre el inmueble propio actos de dominio que lesionen los derechos legítimos del ocupante; y
- c) Desviar o distraer el curso de las aguas que discurren por los indicados predios.

Se deduce del anterior concepto, que el delito presenta una pluralidad de conductas ejecutivas concretamente determinadas, habida cuenta de que en la fracción III del artículo referido no se especifica la conducta constitutiva de esta modalidad de la infracción. En todas las conductas

⁹⁵ El Código Penal de 1870. OB. CIT. tomo VI, p. 414

descritas en las tres fracciones del citado artículo, se encuentren precedidas por un mismo cuadro.

"La innovación realizada por nuestro moderno Derecho - incluyendo entre las formas de comisión del despojo la furtividad o el engaño -, no obedece a una verdadera necesidad jurídica.

Al respecto dice González de la Vega que para Groizard, tales actos "no reúnen las condiciones para que exista un interés público para que sean elevados a la categoría de delitos. Por mero fraude o astucia podría una persona ocupar una cosa inmueble; pero mantenerse en esa ocupación no parece posible sin una resistencia material contra el dueño, que determina una violencia o intimidación. Fácil es lograr con engaño alejar al propietario o a su representante de una finca y ocuparla en su ausencia; pero no se comprende bien que el invasor permanezca en ella e impida al despojado ejercer sus derechos sin emplear contra él violencia o intimidación". Por lo demás, hasta en estos casos el amparo que proveen las leyes civiles, mediante los expeditos trámites de los interdictos, para una adecuada y eficaz protección de la propiedad contra el despojador"⁹⁶

Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: ... Al que de propia autoridad y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que La ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona, o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante... (frac. II del art. 395 reformado del Código Penal).

Siendo en esencia jurídica el despojo de cosas inmuebles o de aguas un delito contra la posesión de esos bienes, en la fracción II del artículo 395 del

⁹⁶ GÓNZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. *Derecho Penal Mexicano*. p.2. Ed. Porrúa, México, 1981.

Código Penal se prevé el delito que comete el dueño que ocupa el inmueble cuando tiene disminuidos obligatoriamente sus derechos de completo dominio por encontrarse el bien en posesión material de otra persona, como en los casos de: depositaria del inmueble por secuestro, usufructo, obligaciones contractuales, etc. En otra palabras el delito existe cuando el dueño ha cedido la posesión convencionalmente a un tercero o cuando, por disposición de la ley, ha decidido hacerlo."⁹⁷

La pena (del despojo) será aplicable aún cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, además de la pena señalada en este artículo, se aplicará a los autores intelectuales, y a quienes dirijan la invasión, de uno a seis años de prisión (párrafo final del art. 395 reformado del Código Penal). Dice González de la Vega que el despojo, más que un delito contra la propiedad, es un atentado violatorio de posesión; por eso se admite también como delito la usurpación de inmuebles aun en el caso de que el despojador tenga derechos dudosos o litigiosos respecto del inmueble.

Manifiesta también que la realización del delito por grupo o por grupos que en conjunto sean mayores de cinco personas, traen como consecuencia una agravación de penalidad para los autores intelectuales y para quienes dirijan la invasión; probablemente la reforma al Código Penal en el año de 1945, fue en atención a los mayores riesgos que provocan estos últimos con la invasión del inmueble."⁹⁸

⁹⁷ *IBIDEM*, P. 293

⁹⁸ González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p.29

El artículo 396 del Código Penal establece que: A las penas que señala el artículo anterior (despojo), se acumulará la que corresponda por la violencia o a amenaza.

Las agravantes se encuentran señaladas en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 238 (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002). "Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, además de la pena señalada en el artículo anterior, se impondrá a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión de uno a seis años de prisión."

La propuesta que había pensado para este tipo de delito y que no se encontraba señalado en el Código anterior, en el cual empezó nuestra investigación sobre el delito de despojo, vemos que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal ya se encuentran señalados y enumerados los delitos de despojo de inmuebles urbanos y a los que de alguna manera promueven la ocupación ilícita de predios urbanos. El verbo regulador de la acción típica agravadora es el de promover la ocupación de inmuebles urbanos, su uso, etc. En la actual modificación de la ley se observa una reestructuración de dicho precepto, para extirpar lo innecesario de él y concretar la norma a sancionar a quienes como autores intelectuales, induzcan y determinen a otros a invadir predios urbanos, eso si se llegara a considerar conveniente conservar esta agravación del despojo.

2.- Crítica al elemento especial que se refiere a "derecho real".

En nuestro Código Penal vigente establece en la fracción I, del artículo 395 que:

"Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca".

González de la Vega escribe diciendo que "Las acciones delictivas consisten en la ocupación del inmueble ajeno, o su uso, o el uso de un derecho real que no le pertenezca al agente. —dice— que: "Con rigor técnico puede pensarse que la ocupación es el medio de adquirir una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella"; pero la finalidad de endeudamiento o apropiación del inmueble no es imprescindible en el delito de despojo, puesto que la ley admite como figura criminosa la de su simple uso. En cuanto a los derechos reales, como para la integración del tipo se exige su uso, resulta que sólo aquellos derechos reales inmobiliarios que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción, como en caso de uso de servidumbre ajenas. En esencia las acciones delictivas de despojo consisten siempre en una toma de posesión del inmueble o del derecho real, con ánimo de apropiación, de venganza o de, en cualquier forma, beneficiarse con su tenencia material." ⁹⁹

Como ya antes mencionamos la ley penal, tanto en la redacción original de la fracción I de su artículo 395, como en su reforma introducida por decreto de 31 de diciembre de 1945 en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, lo conservó ampliándola, la exagerada extensión dada por el Código de 1929 al delito de despojo de cosas inmuebles o de aguas, pues adicionó a los casos de ocupación por violencia o amenaza, aquellos cometidos furtiva o engañosamente. Como ya lo mencionamos antes: Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o

⁹⁹ Op. Cit., p. 291

empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca. (frac. I. del art. 395).

3. Derechos reales que regula nuestra Legislación.

Nuestro Código Penal de 1931, en su redacción original de la fracción I del artículo 395, y en su reforma introducida por decreto de 31 de diciembre de 1945 del Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, conservó la extensión dada con exageración por el Código Penal de 1929 al delito de despojo de cosas inmuebles, pues adicionó a los casos de ocupación por violencia o amenaza, los cometidos furtiva o engañosamente. Dice que "Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble o haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca (frac. I del art. 395).

Como se puede observar el delito puede reconocer únicamente como objetos materiales en que recae la acción de las cosas inmuebles o de los derechos reales. Es decir que solamente se tutela en el despojo la posesión de los inmuebles corporales, como el suelo y las construcciones adheridas a él, y la posesión de los derechos reales susceptibles de un uso que sea material, por ejemplo las servidumbres. Se entiende que de cualquier forma el agente quiere beneficiarse con la tenencia material, porque la acción del delito consiste en la ocupación del inmueble ajeno, o su "uso", o el "uso de un derecho real" que no pertenezca a la persona. Los derechos reales para su integración del tipo se exige su uso, porque resulta que sólo aquellos derechos reales inmobiliarios, se observa que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción, como es el caso de uso de servidumbre ajenas. En que el supuesto común en las diversas manifestaciones de la servidumbre, es la situación de un predio en relación con otro u otros

vecinos, en que la servidumbre es un derecho real con la participación de todas sus características, y que es un poder jurídico ejercido directa o inmediatamente sobre una cosa. El titular del derecho real de la servidumbre tiene a su favor el aprovechamiento parcial del predio vecino, propiedad o posesión de otra persona. El titular del derecho real de servidumbre tiene a su favor el aprovechamiento parcial del predio sobre el que ejerce sus derechos.

a) Los Derechos Reales en el Derecho Civil.

El derecho real se define dentro del Derecho Civil como el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico y es además oponible a terceros. Esta definición nos hace tomar en cuenta:

1º- Se trata efectivamente de un poder jurídico, o de un señorío, de una situación que permite al sujeto titular tener en si una potestad, en la medida de los alcances de su derecho, sobre la cosa que aquella recae y cuya explotación jurídica y ostentación es de su exclusividad.

2º- Ese poder se ejerce de manera directa e inmediata sobre la cosa; se tiene en la cosa misma, que no depende de su dinámica de conducta de personas ajenas.

3º- Permite al titular el aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico. Es total cuando el sujeto puede usar, disfrutar y disponer de la cosa; ello tiene lugar solo en derecho de propiedad, como el derecho real en el que la propiedad jurídica aludida se manifiesta en plenitud. Por otra parte es parcial, cuando el sujeto solo tiene en su patrimonio la posibilidad de usar y disfrutar o disponer de la cosa; se presenta con el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre y aún la misma propiedad pero desprovista de su

derecho a usar y disfrutar, solamente con la titularidad de la posibilidad de disponer; en este último supuesto se tiene la nuda propiedad (propiedad desnuda).

4°.- En la propiedad por ejemplo, principal manifestación de derecho real, su titular no tiene frente a sí a persona alguna como sujeto pasivo; en otros derechos reales, como el usufructo, el uso y la habitación, si bien el usufructuario, el usuario o el habitario en su caso, tienen como sujeto pasivo determinado al propietario, el ejercicio del derecho de cualquiera de aquellos no depende de una conducta de éste; es con independencia de esa conducta y existe en todo caso la obligación de cualquier tercero de respetar el ejercicio del derecho en cuestión y de su titularidad misma.

El derecho real se ha concebido como la máxima protección jurídica de tal manera, que cuando el legislador pretende tutelar al máximo un derecho, lo asimila al derecho real; Esta protección máxima se asegura por que el derecho real se considera como una especie de los derechos absolutos, es decir, que aquellos que son oponibles a todo el mundo y como consecuencia, se dice que tienen un sujeto pasivo múltiple, universal indeterminado, que es todo el mundo distinto al titular y que tiene una obligación de respeto.¹⁰⁰

Cuando una persona es titular de un derecho real de goce, la vemos que establece un contacto directo e inmediato con un bien concreto para obtener de por sí, por su propia conducta, el goce y disfrute del mismo. Por ejemplo, el propietario de un bien raíz puede habitar su casa modificarla, arrendarla; Si se trata de finca rústica, puede sembrarla, arrendarla, modificar su sistema de explotación, etc., si que en todos estos actos necesite que otra persona intervenga para que por su mediación obtenga esta ventaja.

¹⁰⁰ Aguilar Carvajal, Leopoldo

Puede decirse que el derecho real de goce, el disfrute y la explotación del titular van a depender exclusivamente de su voluntad y actividad.

Por lo que hace al derecho real de garantía, solo es una ampliación del derecho real a créditos que se quiere proteger, asegurando su preferencia en el pago, asignándole como garantía un bien concreto y determinado.

El derecho real engendra en el titular derechos de carácter muy enérgicos, ya sea para perseguir la cosa o bien para que se le entorpezca en su goce. Es claro que existan derechos reales que no tienen, en forma clara y precisa, estas características; pero genéricamente ésta es su distinción.

La estructura en el derecho real del goce sin interferencia, no sea hace visible el sujeto pasivo, ya que el titular va actuar de por si y sólo necesita el respeto de los demás.

La naturaleza interna al derecho real consiste en la facultad de actuar sobre la cosa. La naturaleza del sujeto pasivo es indeterminado en los derechos reales, con obligación de no hacer. La clase de obligaciones que genera el derecho real es sólo generar obligaciones de no hacer en el sujeto pasivo múltiple, universal e indeterminado.

El derecho real solo puede recaer sobre bienes corpóreos, generalmente; pero siempre específicamente. El derecho real absoluto se impone a todos por esto los derechos reales son de persecución y de preferencia.

El Derecho Civil clasifica a los derechos reales de la siguiente forma:

- a) Derechos reales principales o de primer grado y derechos reales secundarios, accesorios o de segundo grado. Los primero pueden existir en forma autónoma como; Propiedad, usufructo, uso, habitación

- y servidumbre, los segundos no, si no que sirven de garantía aun derecho personal: Prenda o hipoteca.
- b) Derechos reales de aprovechamiento y derechos reales de garantía. Los primeros faculta al primero a actuar sobre la cosa; los segundos no, pues aun en los casos en que la posesión la tenga el acreedor la ley le prohíbe sobre la cosa, al no ser el uso convenido entre las partes.
- c) Derechos reales perpetuos y derechos reales temporales. La propiedad es un derecho real perpetuo, pues no se extingue ni con la muerte del propietario; en cambio los derechos reales de usufructo, uso o habitación se extinguen en todo caso al fallecer el titular, aun cuando pueden extinguirse antes del fallecimiento.¹⁰¹

Dentro del Derecho Penal la lesión con interés jurídico protegido en el delito de despojo sólo puede existir si el sujeto pasivo mantiene una efectiva relación posesoria sobre el inmueble. Excluidas de la protección penal que emana de este delito, aquellas personas que, si bien tienen derecho a entrar en posesión del mismo por un título jurídico, todavía no tiene la posesión material del inmueble. Poco importa la índole o naturaleza de la relación posesoria, pues la tutela penal abarca desde el poder de echo que engendra la posesión derivada a que hace referencia los artículos 791 y 792 del Código Civil, hasta aquel otro *-ius possessionis-* que emana del pleno derecho real de dominio (arts. 830 y 831 de Código Civil), pasando, por el que es encarnación de la protección provisoria *-ius possidendi-* constitutiva del derecho real de posesión (art. 798 Código Civil).

El objeto material del delito del despojo puede ser el inmueble ajeno, el inmueble propio en poder de otra persona y las aguas que estén estancadas o discurran en o por los inmuebles ajenos o propios.

¹⁰¹ Op. Cit.p.44.

No todos los bienes calificados de inmuebles en el artículo 750 del Código Civil son susceptible de ser objeto del delito en examen, sino solo los especificados en su fracciones I (El suelo y las construcciones adheridas a él), IV (Los palomares, colmenas, estanque de peces o criaderos análogos, cuando el propietarios los conservé con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente), IX ("Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos ..."), etc. En puridad, lo que decide es la posibilidad fáctica que los objetos ofrece de ser ocupados o de usarse de su primigenia ubicación y la imposibilidad antológica que se presenta de ser removidos y separados del suelo sin alterar su forma y su sustancia. Los derecho reales sobre inmuebles en tendemos que lo que en este caso es objeto de despojo es el suelo o la construcciones adheridas a él sobre las que recae el derecho real y no el derecho real constituido sobre un bien inmueble. Los derecho reales no son objetos materiales, si no que el objeto material es la cosa sobre que recaen, la cual cuando es un inmueble puede configurar el delito del despojo.

Es indiferente que el inmueble sea rustico o urbano, pues uno y otro puede ser objeto de despojo. Y no se necesita para la integración de la figura típica que la totalidad del inmueble hubiere sido objeto del la acción, pues el delito puede recaer sobre una parte del mismo, como acontece en los despojos de fundos rústicos realizados mediante alteración de su lindes. Es también intrascendente en la configuración del delito que el inmueble estuviere por una persona particular o por un ente jurídico con personalidad jurídica, ya sea Federación, Entidad Federativa o Municipio, que fuere de uso común o destinado a un servicio publico. Y no desnaturaliza el delito por el derecho de que el inmueble fuere de propiedad del sujeto activo, pues la fracción II del artículo 395 especialmente estatuye que el delito también existe cuando

el agente ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona, o ejerza actos de dominio que lesione derechos legítimos del ocupante.

El hacer uso de un derecho real que pertenezca a otro, la fracción I. del artículo 395 especifica que comete también delito de despojo, quien "... haga uso ... de un derecho real que no le pertenezca". Esta especificación resulta superflua, pues como el derecho real a que hacer referencia el precepto anterior ontológicamente que recae sobre un bien inmueble, no es posible hacer uso del derecho real sin ocupar o hacer uso de inmueble ajeno, y, consecuencia, el despojo de bien inmueble mediante el uso de un derecho real que no pertenezca al sujeto activo, esto ya estaba comprendido en la primera forma contenida en la propia fracción I. del artículo 395. Quien al amparo de una servidumbre de paso perteneciente a otro atraviesa el predio sirviente, hace uso de un inmueble ajeno; y quien haciendo pasar por titular no un derecho de habitación sobre casa ajena, se introduce en la misma y la habita gratuitamente, ocupa un inmueble ajeno. Lo que, en verdad, constituye la realística típica en esta forma de despojo, en la ocupación o uso del inmueble ajeno. La circunstancia de que esta ocupación o uso se haga al abrigo de un derecho real que pertenece a otro, es algo intrascendente para acordar a dicho comportamiento una alternativa autonomía.

La consumación y tentativa en el delito de despojo se consuma en el momento en que el sujeto activo ocupa o hace uso del inmueble con el fin, en los casos de ocupación de mantenerse permanentemente y ejercer un poder de echo sobre el inmueble; y en los de uso, de utilizarlos pasajeramente y obtener un beneficio fugaz. En un caso y otro aun que de diversa intensidad, se perturba la posesión existente. Es, por tanto, el delito de despojo un delito instantáneo, cuyo computo de descripción se inicia

desde el instante en que se efectúa la acción típica que la perfecciona.

Dada la misma trascendencia típica que revisten los medios de realización establecidos en el artículo 395, existe tentativa cuando el sujeto activo realiza actos violentos, intimidatorios, engañosos o furtivos encaminados a ocupar o hacer uso del inmueble, sin llegar a ocuparlos o usarlo por causas ajenas a su voluntad.

En el concurso de delitos la naturaleza propia de algunos de los medios de ejecución consustanciales al delito de despojo se produce con frecuencia resultados con relevancia típica que desbordan cuanto constituye ontológicamente el papel que asumen en el delito patrimonial. Surge así una pluralidad de resultados lesivos de otros bienes jurídicos que, cuando revisten una conceptual autonomía típica, engendran otros delitos con vida independiente. En este orden de ideas el artículo 396 del Código Penal estatuye que las penas fijadas para el delito de despojo, se acumulara la que corresponda por la violencia o la amenaza.

Los medios violentos son, en puridad, los únicos que pueden originar otras especies típicas. Es sólo que las violencias empleadas sobre las personas para logra la ocupación o el uso produzca lesiones e incluso en homicidio y las ejercidas sobre las cosas, daños en propiedad ajena o en cosa propia en perjuicio de terceros.

No obstante en el artículo 396 se establece también en forma expresa que las penas del despojo "se acumulara la que corresponda ... por la amenaza", no se cree, en buenos términos jurídicos y sin vulnerar el apotegma jurídico –pena *ne bis in idem*, factible la acumulación, pues no se sancionaría en forma concursal dos delitos distintos sino dos veces el hecho de las amenazas: una cuanto medio de comisión de delito de despojo y otra

como delito autónomo. Y es verdad, no conduce ni con la justicia ni con la técnica proyectar sobre un mismo hecho, dos penas diversas. Más que un caso de acumulación hay aquí un concurso aparente de tipos que procede resolver con forme a las reglas de la consumación.¹⁰²

Así, la ley penal ordinariamente confía al Derecho Civil la tutela de la propiedad raíz. En el robo, el abuso de confianza la estafa es mueble el objeto de la acción típica. Pues bien es cierto que el delito de fraude puede, indistintamente, recaer sobre cosa mueble o inmueble; si bien se observa, se advertirá que en las infracciones de esta categoría el ataque se dirige sólo indirectamente contra el bien inmueble. En la venta doble en la enajenación fraudulenta de bien raíz, el agente ataca o usurpa, antes que la cosa, el título o el derecho. Pudiera decirse el infractor actúa bajo estas hipótesis, en el secreto de la Notaría por ejemplo. De allí la necesidad de la protección penal.

Para el estudio sistematizado del despojo se debe examinar: a) los objetos materiales del delito que pueden ser los inmuebles ajenos a los derechos reales también ajenos; b) las acciones criminosas, o sean la ocupación del inmueble, su uso, o el uso de un derecho real y c) los modos de ejecución de dichas acciones, como son: la violencia física o moral, la furtividad, o el engaño.

- a) El delito puede reconocer exclusivamente como objetos materiales en que recae la acción, las cosa inmuebles o los derechos reales. Esto quiere decir que únicamente se tutela en el despojo la posesión de los inmuebles corporales, como, el suelo y las construcciones adheridas a él, y la posesión de los derechos reales susceptible de uso material, tales como la servidumbre.

¹⁰² Jiménez Huerta. Mariano, La Tipicidad, pp.242 y 243

Las Servidumbres desde el Derecho Romano tienen una larga historia y una elaboración muy dilatada; conoció y reglamentó en todos sus detalles. En su estudio encontramos dos tendencias opuestas: la primera, que estima que deban conservarse y aun emplearse, debido a las ventajas económicas que producen; si un fundo carece de paso, circunstancia que lo vuelve casi inútil para una explotación debida, es suficiente que obtenga una servidumbre de paso para que aumente su valor económico en proporción muy grande; en cambio existe la otra tendencia: la ideal, tratándose de predios, es la libertad, como en los individuos, pues apenas se constituye una servidumbre, el predio sirviente baja de precio, es fuente de constantes litigios entre los sujetos del derecho real y pone en trabas de importancia a la libre circulación de la riqueza."¹⁰³

El concepto de servidumbre según los tratadistas del Derecho Civil; es un gravamen real, que se establece a favor de un predio y a cargo de otro, perteneciente a distintos propietarios, para beneficio o mayor utilidad del primero.

Los elementos de definición: a) Es un derecho real y es un poder jurídico que ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa, para su aprovechamiento parcial y que es oponible a todos, es forma de sujeto pasivo universal. b) Que establece a favor de un predio y cargo de otro es decir, siempre se establecerá tratándose de predios, siempre será un derecho real inmutable. c) Perteneciente a distintos dueños, lo que equivale decir que no pueden establecerse servidumbres en fundo propio, y. d) El contenido de la servidumbre tiene que consistir en el predio dominante reciba mayor utilidad y en cambio el predio sirviente sufre una limitación que puede ser de diversas especies, desde algo inmaterial, como la servidumbre no aparente, hasta limitaciones objetivas y materiales molestas.

¹⁰³ Aguilar Carvajal, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil. p. 174, México, Porrúa. 1975.

Dentro de la esfera del Derecho Penal no será posible extender el concepto de despojo de inmuebles al apoderamiento de aquellas cosas físicamente transportables y que, a pesar de su real naturaleza mutable. Son estimadas por el legislador civil como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple mandato legal. El apoderamiento de esos inmuebles fictos será constitutivo del delito de robo si se reúnen las diversas condiciones jurídicas de esta infracción.

- b) Las acciones delictivas consisten en *la ocupación* del inmueble ajeno, o su *uso de un derecho real* que no pertenezca al agente. La ocupación es el medio de adquirir una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella; pero la finalidad de adueñamiento o apropiación del inmueble no es imprescindible en el delito de despojo, puesto que la ley admite como figura criminosa a la de su simple uso. En cuanto a los derechos reales, como para la integración del tipo se exige su uso, resulta que sólo aquellos derechos reales inmobiliarios que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción, como en el caso de uso de servidumbres ajenas. En este caso, las acciones delictivas de despojo consisten siempre en una toma de posesión del inmueble o del derecho real, como ánimo de apropiación, de venganza o de alguna forma, beneficiarse con su tenencia material.
- c) En los modos de ejecución de las acciones delictivas se encuentran enumerados en forma disyuntiva por la ley y que son: 1) Violencia física o moral a las personas; 2) Furtividad; 3) Engaño. A pesar de que el Código Penal menciona además las amenazas, no se hace necesario destacarlas en la enumeración, porque siempre constituyen violencias morales por la intimidación que producen.

1) La violencia física o moral de las personas dentro del delito de despojo es el más genuino medio de comisión, es la violencia a las personas y también monopolizó su ejecución en los antiguos Códigos que primigeniamente de España y de México. Sin embargo, el empleo de la violencia se ha ampliado en el Código de 1931 después de su reforma de 1946, y abarca también la ejercida sobre las cosas para vencer los obstáculos materiales que se oponen a la irrupción u ocupación en o de los inmuebles ajenos.

La violencia a las personas ha de tener un fin de hacer factible la antijurídica ocupación o uso del inmueble y eliminar o disminuir la oposición que el poseedor o sus representantes pudieran hacer valer con objeto de impedir o dificultar dicha ocupación o uso. Esto ha de traducirse en actos materiales desplegados físicamente sobre el sujeto pasivo de la conducta, enderezados ora arrojarle del inmueble o impedirle entrar en él, o a quebrantar sus resistencias y reducirle a un estado de forzosa pasividad. Ahora bien, existe violencia física si se mata, lesiona, golpea, amordaza o encierra al poseedor o a su representante para eliminarlo o inmovilizarlo. No se requiere que la violencia sea irresistible; basta que disminuya parcialmente la capacidad de defensa frente al injusto despojo.

Se plantea aquí la importante cuestión de fijar el momento en que la violencia, en cuanto medio típico de comisión, ha de desplegarse. No existe duda de que la anterior o simultánea a la conducta ejecutiva configura el delito. El problema presenta, a *prima face*, alguna perplejidad y espejismos en aquellos casos en que se pone en juego después de la aparente ocupación. Tal acontece, por ejemplo, cuando el sujeto activo que se encuentra dentro de un inmueble despliega la violencia para desalojar al pasivo.

La cuestión no debe resolverse con base en un estricto criterio cronológico que informan y presiden la *ratio* del delito. La estructura típica del delito de despojo exige que la violencia incida y matece la conducta finalísticamente orientada a ocupar o a hacer uso del inmueble ajeno o del propio o hacer actos de dominio sobre el inmueble propio cuando la ley no lo permite por hallarse en poder de otro. Por lo tanto, lo que en verdad, interesa destacar, es si la ocupación o el uso turbativo de la posesión se hizo con violencia. En buenos términos jurídicos, no es posible concluir que por el simple hecho de mantener un contacto físico con el inmueble, porque el sujeto activo lo ocupa o hace uso de él. La palabra "ocupar", en su acepción típica que matiza el delito de despojo, tanto significa como tomar posesión o apoderarse del inmueble. Y esta toma de posesión o apoderamiento no se integra con un simple contacto físico con el inmueble, sino con la realización de actos típicamente idóneos reveladores de que ese simple contacto físico se ha trocado en ocupación violenta, como en la ejecución de actos de fuerza encaminados a tomar posesión o de hacer uso del inmueble. Existe por lo tanto, delito de despojo si el sujeto activo que se encuentra físicamente dentro de un inmueble por cualquier causa o razón circunstancial, posteriormente arroja violentamente a su poseedor, pues con tales actos realiza la ocupación antijurídica que constituye al *quid* ontológico del delito en examen y consuma la ofensa a la posesión de los bienes inmuebles tipificada en el artículo 395 del Código Penal.

2) La furtividad en la ocupación se entiende la maniobra oculta, clandestina, del agente que se traduce en la toma de posesión del inmueble sin conocimiento de sus custodios o de sus anteriores poseedores materiales. La ocupación engañosa sería aquella lograda mediante el empleo de engaños o de mentiras que induzcan a error y que den por resultado la entrega pacífica del inmueble.

La furtividad constituye, en nuestro derecho penal positivo, un medio de comisión del delito de despojo de inmuebles, consistiendo en la realización de la conducta típica: "ocupa un inmueble ajeno, o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca" en la *clandestinidad*, a escondidas o a espaldas de quien pueda oponerse a tales actos. Referida la clandestinidad o *furtividad* al despojo, equivale a la ocupación o el uso oculto, a hurtadillas o con desconocimiento del titular del derecho, como lo sería ejecutar la conducta típica durante la noche o aprovechando la ausencia de aquél. Explica Jiménez Huerta que "La ocupación o el uso furtivo se efectúa, por lo general, cuando el poseedor se encuentra ausente y el sujeto activo se aprovecha o vale de dicha circunstancia. Puede realizarse mediante el empleo de ganzúas o de llaves falsa o de las auténticas en poder o alcance del agente por cualquier razón o causa, o escalando o saltando paredes, muros o zanjas. (...). Los comportamientos furtivos trascendentes para constituir el delito de despojo sólo son aquellos en que, como los anteriormente mencionados por vía de ejemplificación, es inequívoca la finalidad de enseñorearse mediante la ocupación o uso de los bienes inmuebles por otros poseídos, pues precisamente de propia índole de dichos comportamientos furtivos pone el relieve su finalidad específica de turbar de forma efectiva la posesión ajena (...)"¹⁰⁴

Despojo, FURTIVIDAD COMO ÚNICO ELEMENTO CONFIGURATIVO DEL DELITO DE. *No es necesario que los testigos señalaran la hora exacta del despojo y que el mismo se haya efectuado con violencia, si la ocupación se hizo furtivamente y, en esas condiciones, la hora y la violencia no son elementos configurativos del delito del despojo, pues el término furtivamente quiere decir: 'en ausencia o desconocimiento del que tiene derecho' o lo que es lo mismo, lo que se hace a escondidas como hurto, o sea todo lo*

¹⁰⁴ Jiménez Huerta, Mariano Derecho penal mexicano, pp. 333-334 Ed. Porrúa, México.

que se toma, de día o de noche, clandestinamente, con ánimo de apropiárselo contra la voluntad del dueño.

Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 508/82. Alejandro Reyes Bautista. 4 de febrero del 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Seminario Judicial de la Federación, Vols. 169-174, pág. 70, sexta parte.

La consumación en el delito de despojo. En la polémica sobre la cual es el momento consumativo del delito y si por ello se trata del despojo de un delito instantáneo o permanente, o eventualmente permanente, resulta difícil adoptar una postura que pueda calificarse como acertada en forma absoluta. La razón es que el despojo de inmueble, en las diversas hipótesis reguladas en la ley, puede adoptar una u otra de esas clasificaciones, según el resultado se consuma en un solo instante o su consumación sea duradera, al prolongarse en el tiempo. La fracción I. del artículo 395, recoge típicamente los siguientes hechos: a) *ocupación de un inmueble ajeno*, de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño; b) *uso de un bien inmueble ajeno*, de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño. Ahora bien, la ocupación misma del inmueble ajeno, mediante cualquiera de los medios señalados en la ley perfecciona el delito por darse todos sus elementos constitutivos, lo cual implica que se esta en presencia de un delito instantáneo, con independencia de la posesión usurpada se prolongue en el tiempo y siga siendo en el tiempo, y siga siendo objeto de la tutela de la ley penal hasta en tanto no se opere el fenómeno de la prescripción adquisitiva, si llegaren a reunirse los requisitos de ley. *El uso del inmueble ajeno*, que puede implicar posesión del usurpante, ordinariamente se realiza en un tiempo más o menos prolongado, lo que convierte en delito permanente por que su consumación es duradera. Lo mismo puede decirse del uso de un

derecho real que no le pertenece al usurpador del inmueble, como sería otorgar a un tercero el ilícito derecho de habitación: mientras se estuviera ejerciendo un derecho real ajeno sobre el inmueble, el delito se estaría consumando, en cuyo caso es adecuado hablar de que el despojo de esa índole es un delito permanente.

Lo anterior pone en evidencia que en nuestro derecho y según el caso particular la consumación del despojo puede ser instantáneo o permanente y que, por ello, tal vez la posición más acertada sería considerarlo como un delito eventualmente permanente. La cuestión es importante para establecer cuando empieza a correr el término de la prescripción de la acción penal, dado que en el delito permanente tal fenómeno se opera hasta que cesa el estado antijurídico creado con la acción delictiva. Por esta razón, el juzgador debe poner especial cuidado, en los casos dudosos, para precisar si se ha operado o no la prescripción de la acción persecutoria del delito.

3) En el engaño, constituye en el delito de despojo la ocupación o el uso engañoso de un inmueble, tanto en el Código Penal anterior en su art. 395, como en el Nuevo Código Penal en su art. 237, establecen que la pena del despojo es aplicable "al que...empleando...engaños..., ocupa un inmueble ajeno o haga uso de él...". De la anterior transcripción surge con claridad, que el *quid* de esta conducta típica consiste en la ocupación o en el uso del engañoso del objeto material sobre el que recae la conducta.

En el engaño, uno de los medios para consumir el despojo, consiste en el empleo de una conducta disimuladora de la verdad o de un ardid, que induce a otro a un error y que permite la ocupación o el uso del inmueble, o el ejercicio ilícito de un derecho real sobre el mismo. Y esto tiene una importancia extraordinaria para distinguir el delito de despojo cometido

mediante engaños y el delito de fraude que tiene por objeto un bien inmueble, no siempre deslindados en la bibliografía penal.

Subrayaba Soler que la admisión del medio engañoso en el delito del despojo, puede dar lugar a confusión con el delito de despojo, puede dar a confusión con el delito de estafa. La diferencia entre ambos delitos, nos afirma el maestro argentino, debe encontrarse en que el engaño lesiona aquí solamente a la posesión o técnica; es una medio para lograr el echo de apoderarse del inmueble, privado del goce del derecho; pero no del derecho mismo."¹⁰⁵

Sin embargo creo que en la anterior distinción la necesaria claridad y la sutileza en que se funda no están respaldadas por la autoridad de los conceptos y por la realidad de nuestro Derecho positivo; pues, si se contempla el problema desde el punto de vista del paciente, en el delito de despojo al unisono que se priva al sujeto pasivo del hecho de la posesión se inicia la pérdida de su derecho posesorio la cual se consuma, según la fracción V del artículo 828 del Código Civil, "si la posesión del despojante dura más de un año;" y si se contempla el problema desde el punto de vista del agente, la ocupación del inmueble ajeno es un hecho que engendra derechos posesorios desde el mismo instante en que se efectúa, no solamente por que quien ejerce sobre un inmueble un poder de hecho tiene la presunción de propiedad para todos los efectos legales (art. 790 y 798 del Código Civil), si no también por la posesión adquirida por medio de un delito se toma en cuenta para la prescripción positiva (art. 1151 del Código Civil).

Por otra parte, tampoco es rigurosamente exacto que el delito de fraude la entrega hecha del inmueble por el sujeto pasivo de la conducta engañosa o del delito, prive a este ultimo del derecho que tuviere sobre el mismo dado

¹⁰⁵ Derecho Penal, t.IV, p.486.

que el acto de disposición realizado carece de valor jurídico debido al error engañoso que vicia la voluntad.

Por otra parte se plantea el problema de si el engaño procesal es medio idóneo de comisión del delito de despojo. Consistiría este engaño en demandar, ante los tribunales la desocupación de un inmueble, con base en un contrato de arrendamiento falso en que se haga aparecer como inquilino a una persona supuesta, y lograr en ejecución de sentencia el lanzamiento del verdadero poseedor y que se ponga en posesión del inmueble al tramposo demandante. No se cree que los comportamientos en que se ponen en juego engaños procesales puedan constituir delito de despojo, pues aun en el caso en que el demandante lograre entrar en posesión del inmueble mediante las maniobras judiciales mencionadas, la ocupación no la hace o logra de propia autoridad sino a consecuencia de un mandamiento de ejecución de sentencia. Y como en todos los medios de comisión del delito de despojo ha de lograr el sujeto activo la ocupación o el uso, forzoso es concluir que no son medios engañosos idóneos aquellos en que la ocupación o el uso se logra por medio de un acto judicial.

4.- Propuestas de modificación de la descripción legal en cuanto se refiere al derecho real.

Atendiendo a la disuasión de algunos tratadistas, que se puede deducir razonablemente que la circunstancia de un determinado derecho real se encuentre entre los de un sistema positivo determinado no autoriza por sí solo por darlo por admitido en otro, a pesar que en éste no se hace mención especial del él. Como sabemos la numeración de los derechos reales es:

La posesión, la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres, etc.

En nuestra legislación queda indiferenciada la finalidad específica de la conducta de la gente, por el hecho de que, según el párrafo último del artículo 395, del delito de despojo existe aún cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudoso o este en disputa.

Si bien en termino generales, es el patrimonio el bien jurídico materia de tutela en despojo, salta a la vista que no es exclusivamente o precisamente el derecho de propiedad lo que la ley protege, si no los derechos reales que se ejercen sobre el inmueble procedan tales derechos del dominio que se tenga sobre él, derivados de la propiedad, o de un contrato, acción ilícita que permite la ocupación de una parte o de la totalidad del inmueble, esto es, en la usurpación de inmuebles se lesiona la posesión total o parcial que una persona tiene sobre un inmueble, sea cual fuere el derecho del cual emana, ya que la posesión protegida bajo el título unitivo de despojo, está vinculada a los derechos reales de carácter civil, sea que dicha posesión se ejerza como propietario o con título autónomo en forma directa o a través de otro, como lo puede ser el representante, un empleado a cualquier tenedor. Lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble, si no el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que ejerce sobre él, ya procedan del dominio de otras circunstancias o relaciones; Como la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permita la ocupación total o parcial del inmueble. Dice Carlos Creus, lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble si no el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él. También dice, que ejercen derechos reales sobre inmuebles todos lo que usan o gozan de un inmueble ajeno por título de aquel carácter; En este caso, como en los anteriores, es indispensable el efectivo ejercicio actual de

los derechos ".¹⁰⁶

La controversia sobre el cuál es el momento consumativo del delito y si por ello se trata el despojo de un delito instantáneo permanente, o eventualmente permanente, es difícil adoptar una postura que pueda calificarse como acertada en forma absoluta. La razón es que el despojo de inmuebles, puede adoptar una u otra de esas clasificaciones, según el resultado se consuma en un instante o su consumación sea duradera, al prolongarse en el tiempo. El artículo 395 del Código Penal, recoge clásicamente los siguientes hechos: 1) "ocupación de inmueble ajeno; de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño"; 2) "uso de un inmueble ajeno", de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño"; 3) "uso de un derecho real o ajeno", de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño. En el uso de un derecho real la ocupación misma del inmueble ajeno, mediante cualquiera de los medios señalados en la ley, perfecciona el delito por darse todos sus elementos constitutivos, lo que implica que está en presencia de un delito instantáneo, con independencia de la posesión usurpada se prolongue en el tiempo y siga siendo objeto de la tutela de la ley penal hasta en tanto no se opte el fenómeno de la prescripción adquisitiva, si llegaren a reunirse los requisitos de la ley. Dentro del derecho real, el uso del inmueble ajeno que pierde la posesión por el usurpante, regularmente se realiza en un tiempo más o menos prolongado que hace que se convierta en un delito permanente, porque su consumación es duradera.

Lo que se puede decir del derecho real, es que no pertenece al usurpador de un inmueble, como creemos que sería otorgar a un tercero el ilícito derecho de habitación; mientras estuviese ejerciendo un derecho real ajeno

¹⁰⁶ Derecho penal. Parte especial, I, p.585. ed. A.S.T.R.E.A., Tercera edición Buenos Aires, 1990.

sobre el inmueble, el delito se estaría consumando, en tal caso es adecuado hablar de que el despojo de esta naturaleza sea un delito permanente.

Con esta evidencia se puede decir que en nuestro derecho y según el caso particular la consumación del despojo puede ser instantáneo o permanente que por ello, tal vez la posesión mas acertada sería considerarlo como un delito evidentemente permanente. Esto es importante para establecer cuando empieza a correr el término de la prescripción penal, porque el delito permanente del fenómeno se opera hasta que cesa el estado antijurídico creado con la acción delictiva, por esta razón el juez debe poner mayor cuidado, en los casos dudosos, para saber si se ha operado o no la prescripción de la acción persecutoria del delito.

En la deducción típica de la fracción II del artículo 395 del Código Penal, o sea tratándose del despojo ejecutado por el propietario mediante la ocupación del inmueble propio o a través de dominio, cuando la ley no lo permita o se lesione derechos legítimos del ocupante, en uno o en otro caso, para tratarse de conductas que se consuman en forma instantánea aún cuando sus efectos puedan calificarse de permanente por prolongarse en el tiempo.

El carácter antijurídico del hecho en el despojo por ocupación o por el uso de un inmueble o de derechos reales ajenos, se destaca evidentemente en la ley por cuanto se trata de actos de usurpación de un derecho ajeno a través de decisión propia y mediante actos claramente ilícitos como viene siendo el empleo de violencia, furtividad, amenaza o engaño.

La diferencia entre el Código Penal de 1931 y el reciente Código Penal de julio de 2002 para el Distrito Federal, es que en la ley anterior, en el artículo 395, en la fracción I "Al que de propia autoridad y haciendo violencia

futivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca”.

En el Código de 1931, sanciona el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal, a los que promuevan el despojo en forma reiterada, a los que hayan sido condenados por su forma de participación en el delito de despojo.

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 237, en la fracción I, menciona lo mismo que el Código anterior, esta ley tipifica más severamente las sanciones, y también enumera y protege a más bienes inmuebles; tal y, como lo menciona el artículo 238 del mismo Nuevo Código Penal en donde dice que si el despojo se realice por grupo o grupos que en conjunto sean mayores de cinco personas, a los autores intelectuales y quienes dirijan la invasión “.

Esta nueva ley también protege a las personas mayores de sesenta años de edad o con discapacidad, lo cuál quiere decir el legislador que éstas personas no pueden ser despojadas de un derecho real que les pertenezca. El nuevo Código, habla del despojo por invasión a las áreas naturales protegidas, zonas sujetas a conservación ecológica, parques locales y urbanos establecidos en el Distrito Federal. “ Al que dirija o incite o realice la ocupación o invasión de predios con usos diferentes a los señalados en los programas de desarrollo urbano, en áreas protegidas, suelos de conservación ecológica, zonas forestales, bosques, parques, áreas verdes o barrancas.

Para este tipo de delitos cuando la ocupación o la invasión se realice con violencia, las sanciones aumentarán en una mitad más de las penas señaladas en los despojos señalados anteriormente.

El elemento subjetivo en el despojo de inmuebles, en cualquiera de los tipos descritos anteriormente, está identificado en el propósito de usar por un derecho ajeno sobre el inmueble, precisamente al ocuparlo el agente, de propia autoridad y mediante el empleo de la violencia, la amenaza, el engaño o la furtividad. Por lo consiguiente, es preciso el dolo directo que supone el conocimiento del agente respecto a lo impropio del derecho que usurpa al ocupar el inmueble o usar de él o inclusive de un derecho real que no le pertenece, o el ocupar el dueño el inmueble, cuando la ley lo a privado de ese derecho o realizar en él, actos de dominio con perjuicio o lesión de derechos legítimos del ocupante, con conocimiento de la ilicitud del hecho que precede o acompaña la voluntad de realización de los actos típicos mencionados. El maestro Jiménez Huerta señala como comportamientos trascendentes para constituir el delito de despojo, aquellos en que es inequívoca la finalidad de enseñorearse mediante ocupación o uso de los bienes inmuebles que son poseídos por otros, pues en tales procederés queda patente la finalidad específica de turbar en forma efectiva la posesión ajena, observación importante para distinguir el hecho delictivo de múltiples actos "que si bien desconocen abstractamente lesionan la posesión, no son constitutivos del delito de despojo, pues falta en ellos esa finalidad específica de desapoderar de la posesión mediante ocupación o uso y solo revelan un contacto físico habido con la cosa que condice con las modernas concepciones sociales y culturales. Así acontece, por ejemplo si en ocasión de no ser visto por nadie se entra a la heredad ajena para descansar o comer bajo los árboles, beber el agua de su fuente o bañarse en el río que atraviesa dicha heredad, pues conforme a la teología del tipo no puede concluirse en buenos términos jurídicos que exista aquí la ocupación de un inmueble o el uso de las aguas de otro que constituye el elemento fáctico en que descansa la total estructura de este tipo patrimonial."¹⁰⁷

¹⁰⁷ JIMENEZ HUERTA MARIANO, Ob. Cit., IV, pp.333-334.

En el delito de despojo de inmuebles urbanos, por decreto de 29 de Diciembre de 1984, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de Enero de 1985, se adicionó el artículo 395 del Código Penal como último párrafo; en donde se observa que establece una causa de agravación de la pena correspondiente al despojo de inmuebles urbanos, lo que se surte a virtud de la reiterada conducta de promover la ocupación ilícita de predios urbanos.

La acción típica agravadora es el de promover la ocupación de inmuebles urbanos su uso, etc., por ser estas las actividades integrantes del delito de despojo en inmuebles, siempre que aquella conducta sea reiterada, teniéndose por tal, según la ley, cuando el autor haya sido anteriormente condenado por esta forma de participación en el despojo o se le hubiere decretado en mas de dos ocasiones auto de formal prisión por éste último delito.

El despojo de inmuebles urbanos en el Nuevo Código Penal que por decreto de 16 de julio de 2002, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se reformo el artículo 395 y 396, quedando como artículos el 237 y 238 del precepto legal y en cuanto a las sanciones como el número de inmuebles protegidos son más claros, tanto como de que cuando el delito se cometa en contra de personas mayores de sesenta años de edad como el de discapacidad. Así como a quienes cometan en forma reiterada despojo de inmuebles urbanos en Distrito Federal, y si el despojo se lleva a cabo por invasión a las áreas naturales protegidas, zonas sujetas a conservación ecológica, parques locales y urbanos establecidos en el Distrito Federal; también para los que propicien, dirijan e inciten o realicen la ocupación o invasión de predios con usos diferentes a los señalados en los programas de desarrollo urbano, en áreas protegidas, suelos de conservación ecológica, zonas forestales así como bosques, parques, áreas verdes o

barrancas; tales como a los que instiguen y dirijan la ocupación o invasión con violencia. Estas sanciones, si son mas ejemplares que las que aplicaba el anterior artículo 395 del Código Penal anterior, con el cual no estaba de acuerdo, porque eran diferentes las circunstancias personales de los individuos cuyo número mínimo para que la agravante recibiera aplicación. Aún en el caso en que alguno o algunos de ellos estuvieren exentos de responsabilidad penal, por razones de edad o sanidad mental, aquí entra en juego la agravante pues lo que la ley toma es exclusivamente el número de personas y de bienes inmuebles protegidos que integran los grupos para que actúen en ejecución del plan de invasión con acción conjunta y unidad de propósito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La posesión y la propiedad son derechos reales que se encuentran regulados por nuestra legislación civil y que son derechos que pueden tener las personas, tanto físicas como morales; estos derechos también son protegidos por el derecho penal, pues dichos derechos pueden ser perjudicados en perjuicio del gobernado.

SEGUNDA.- Encontramos en nuestra legislación que existe el delito de despojo, sin embargo debido a las ideas liberales de la revolución mexicana, dicho delito no se encuentra con una punición adecuada al daño que causa.

TERCERA.- El tipo penal regulado por nuestra ley sustantiva, protege dos derechos fundamentales, uno de ellos que es la posesión y otro referente a la propiedad. Se afirma que el delito de despojo tutela la propiedad, en razón de que en su último párrafo habla de la frase "ocupe un derecho real que no le corresponda".

CUARTA.- Como se habló durante la elaboración del trabajo de tesis, la propiedad es el derecho real por excelencia y por consiguiente al señalar el tipo penal de un derecho real debemos de entender que se incluye a la propiedad.

QUINTA.- Al revisar la exposición de motivos de la elaboración del tipo penal del delito de despojo, se observa que lo que quisieron los legisladores proteger es el derecho real de "posesión", pues la propiedad de un inmueble debe de ser ventilada ante los propios tribunales civiles de la ciudad de México.

SEXTA.- Propongo que se modifique la actual descripción legal del tipo penal del delito de despojo, en lo referente al señalamiento de ocupar un derecho real, pues pienso que la ley penal únicamente debe de tutelar la posesión derivada de un inmueble y no su titularidad.

SÉPTIMA.- El Juez penal no debe ni tiene competencia para decidir sobre qué persona debe ser o no la propietaria de un inmueble, pues esa función es exclusiva de un Juez civil; sin embargo la autoridad penal debe de sancionar la ocupación arbitraria y por medio de la violencia o furtividad de un inmueble que no se posea y dejar a salvo las acciones de los gobernados para que la hagan valer ante la autoridad civil competente y de esta manera se pueda definir en definitiva quien será la persona que ejerza dominio sobre el mismo.

OCTAVA.- Es necesario adecuar a la realidad las penalidades al delito de despojo, pues como se observa en la mayoría de los casos existe impunidad en relación a los mismos, tanto porque en el Ministerio Público es difícil integrar la averiguación previa y otro tanto porque en el juzgado se logra en la mayoría de los casos desvirtuar la acusación que formula la institución del Ministerio Público lo que conlleva a que el Juez Penal absuelva al procesado.

NOVENA.- Porque el problema no debe resolverse con base en un estricto criterio cronológico, sino conforme a las normas ontológicas que informan y presiden la ratio del delito de despojo ya que incide la conducta del agente que finalmente orientada a ocupar o hacer el uso del inmueble ajeno o del propio cuando la ley no lo permita por hallarse en poder de otro. Por lo tanto me interesa destacar, que si la ocupación o el uso turbativo de la posesión se hizo con violencia. Por lo que considero que no es posible, en buenos términos jurídicos concluir, que por el simple hecho de mantener un

contacto físico con el inmueble, el sujeto activo lo ocupe o haga uso de él.

DÉCIMA.- A mi manera de ver, la penalidad del delito en este caso el despojo como se encuentra tipificado en nuestra ley penal, y para hacer referencia a una dualidad de sanciones como lo es, la de prisión y a las de multas, en este caso el Juez debe de tomar en cuenta que la esencia en el delito de despojo existen varias agravantes como: a) la violencia, b) la amenaza, c) el engaño, c) la furtividad, por parte del sujeto activo en ocupar un inmueble ajeno o hacer uso de un inmueble o de un derecho real que no le pertenezca.

DECIMO PRIMERA.- El despojo, más que un delito contra la propiedad, es un atentado voluntario de la posesión, por eso se admite también como delito la usurpación de inmuebles en caso de que el despojador tenga derechos dudosos o litigiosos con respecto del inmueble.

La realización del delito por grupo o grupos que en conjunto sean mayores de cinco personas, trae como consecuencia una agravación de la penalidad para los autores intelectuales y para quienes dirijan la invasión; con la penalidad para los autores intelectuales y también para quienes dirijan la invasión; y con la aprobación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el año de 2002, en su Artículo 237 y 238, fue en atención a los grandes riesgos que provocan las ocupaciones o invasiones de predios en áreas protegidas, suelos de conservación ecológica, zonas forestales, bosques, parques, áreas verdes o barrancas y también cuando el delito se cometa en contra de personas mayores de sesenta años de edad o con discapacidad, de las penas previstas se incrementarán en una tercera parte más.

Ahora bien, dentro del derecho civil se ha concebido al derecho real como la máxima protección jurídica, de manera que cuando los legisladores han pretendido al máximo un derecho, lo asimilan al derecho real como una especie de derechos absolutos, es decir que son oponibles a todo, y como consecuencia que tienen un sujeto pasivo múltiple e indeterminado que viene siendo un todo distinto al titular y que tiene una obligación de respeto.

Bibliografía

1. Abarca Landero Ricardo. *Titulo* Cooperación Interamericana en los Procedimientos Civiles y Mercantiles, *Imprim.* México UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas. 1982
2. Bauman, Jurgen *Titulo*, Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentos y Principios Procesales, *Imprim.* Buenos Aires Depalma. 1986.
3. Bernardo de Quiroz y Pérez, Constanancio, *Titulo* La Picota Crímenes y Castigos en el País Castellanos en los Tiempos Medios y Figuras Delincuentes, *imprim.* Madrid Tuner. 1975.
4. Castellanos Tena, Fernando, *Titulo*, Lineamiento Elementales de Derecho Penal, Parte General 39ª, Ed. México, 1998.
5. Carnelutti, Francesco, *Titulo*, Como se hace un proceso. *Imprim.* México Colofón, (19-¿)
6. Carrancá Y Trujillo, Raúl *Titulo*, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 11ª Ed. *Imprim.* México Porrúa, 1976.
7. Carrancá y Rivas, Raúl *Titulo*. El Drama Penal, *Imprim.* México Porrúa. 1982.
8. Cruz Agüero, Leopoldo del a. *Titulo*, El término Constitucional y la probable Responsabilidad Penal, 1ª Ed. 1999.
10. Cuello Calón, Eugenio, *Titulo*, Derecho Penal Conformé al Código Penal. Texto Refundido de 1944, 9ª Ed. *Imprim.* México Nacional. 1961-1999.
11. Fernández Doblado, Luis. Culpabilidad y Error, México. 1950. p. 49.
12. García Ramírez, Sergio. *Titulo*, La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano, Instrucción y Análisis Comparativo. *Imprim.*:México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1981
13. González del a Vega, Francisco. *Titulo*, Derecho Penal Mexicano, Los

- Delitos, 30ª Ed. *Imprim.* México Porrúa, 1998.
14. González Quintanilla, José Antonio. *Titulo, Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial.* 4ª Ed. 1997.
 15. Jiménez de Asúa Luis. *Titulo, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal* 2ª Ed. *Imprim.* México Hermes, 1954.
 16. Jiménez Huerta, Mariano. *Titulo, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio.* Porrúa México.
 17. Liszt, Franz. Von. *Titulo, La Idea del Fin en el Derecho Penal.* *Imprim.* México UNAM, 1984.
 18. López Betancurt, Eduardo. *Titulo, Imputabilidad y Culpabilidad* 2ª Ed. Porrúa, México 1999.
 19. López Betancurt, Eduardo. *Titulo, Delitos en Particular Tomo I,* 5ª Ed. 1998.
 20. Macedo Miguel S. *Titulo, Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano* *Imprim,* México Ed. Cultura, 1931.
 21. Malo Camacho, Gustavo. *Titulo. Derecho Penal Mexicano.* 2ª Ed. 1998.
 22. Mendoza José Rafael. *Titulo. Curso de Derecho Penal para el Venezolano.*
 23. Mezguer Edmundo, *Titulo. Derecho Penal.* *Imprim.* Tijuana B.C. Cárdenas, 1985-1999.
 24. Oneca, Antón. *Titulo. Derecho Penal, Tomo, I.* Madice, 1984.
 25. Orellana Warco, Octavio A. *Titulo. Teoría del Delito.* Ed. Porrúa, México. 1984.
 26. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Titulo. Imputabilidad e Inimputabilidad.* *Imprim,* México, Porrúa. 1983
 27. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Titulo. La Causalidad en el Derecho.* 4ª Ed. *Imprim.* México, Porrúa. 1993.
 28. Peniche López, Edgardo. *Titulo. Introducción al Derecho,* 23ª Ed.

- Porrúa, 1995.
29. Porte Petit Candaudap, Celestino. *Titulo*. Programa de Derecho Penal, Parte General, 3ª Ed. *Imprim*. México Trillas. 1990.
 30. Ricasens Siches, Luis. *Titulo*. Introducción al Estudio del Derecho, 5ª Ed. *Imprim*. México Porrúa. 1979.
 31. Vela Treviño, Sergio. *Titulo*. Culpabilidad e Inculpabilidad de la Teoría del Delito. *Imprim*. México Trillas, 1973.
 32. Ventura Silvia, Sabino *Titulo*, Derecho Romano, curso de Derecho Privado. 16ª Ed. *Imprim*. México Porrúa. 2000.
 33. Villalobos, Ignacio. *Titulo*, Dinámica del Delito. *Imprim*. México. Ed. Jus.1955.
 34. Villalobos, Ignacio. *Titulo*, Noción Jurídica del Delito. *Imprim*. México Ed. Jus, 1952.
 35. Villalobos, Ignacio. *Titulo*, Título Derecho Penal México. Parte General. 5ª Ed. Porrúa, México. 1990.
 36. Zsaffaroni, Eugenio Raúl. *Titulo*, Tratado de Derecho Penal. Parte General. *Imprim*. México Cárdenas. 1988-1999.

Legislación

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Actualizada hasta el año 2000.
2. Código Penal para el Distrito Federal.- Actualizado hasta el año de 2001.
3. Código Penal de 1870. Ob: Cit., Tomo IV.
4. Ley de Asistencia y Prevención Familiar.
5. Ley de Ejecución de Sanciones Penales para I Distrito Federal.
6. Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal.

7. Catalogo de Delito del Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y del Fuero Federal. Lics. Francisco Barradas, Ramón García Dorantes y Gloria Sánchez Licea.
8. Reglamento de la ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar.
9. Seminario Judicial de la Federación.

Otras Fuentes

1. Derecho Penal Parte Especial, l.p. 585, Ed. Buenos Aires. 1990.
2. Derecho Penal Argentino. 11ª Ed. Porrúa, 1994.
3. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal.
4. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo Num. I, Marzo de 1957.
5. Manual de Derecho Penal. 11ª Ed. Porrúa, 1994.
6. Programa Vol. I. Num.21.