

139
2j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 395 DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL”**



T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

CARLOS COUTIÑO WONG



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LE AGRADEZCO SINCERAMENTE AL HABERME
ALBERGADO DURANTE MUCHO TIEMPO EN -
SUS AULAS.

A MI MADRE:

ACIBER WONG MONTES

Por esos años de escases y
sufrimiento.

Como una flor para su tumba.

q.e.p.d.

A MIS HERMANOS:

GABRIEL SANTIAGO

JUAN GABRIEL

Que con su apoyo moral me dieron
fuerza para continuar adelante.

A MI PROTECTOR ESPIRITUAL:

Beato,
San Sebastian de Aparicio
Puebla, Pue.

A MIS AMORES:

KARLA BERENICE,

CARLITOS y

JESSICA

Como un ejemplo a seguir.

Que Dios los guarde y proteja.

A MIS PRIMAS:

EDALI,

ANA ISABEL

Por su apoyo incondicional

A MIS TIAS:

ANALI,

MABEL

Gracias por haber confiado en mí.

A MIS SOBRINAS:

DERLING,

ANA CAREN

Gracias por darme su cariño.

A MI CUÑADA:

MARLENE

Por su aprecio y cariño.

A IRVING Y CITLALI:

Por su respeto y cariño.

A FREDY:

Una ilusión truncada.

AL LIC. AMANCIO GUERRERO GARIBO

Por ser un gran amigo.

AL LIC. GUILLERMO SANCHEZ CASTILLO.

Por la amistad que nos une.

A TODOS MIS AMIGOS.

I N D I C E

	PAG.
CAPITULO I. EL DELITO	
A) CONCEPTOS	1
B) ELEMENTOS	5
B.1. CONDUCTA	5
B.2. TIPICIDAD	11
B.3. ANTIJURIDICIDAD	13
B.4. IMPUTABILIDAD	15
B.5. CULPABILIDAD	17
B.6. PUNIBILIDAD	19
C) ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO	24
C.1. AUSENCIA DE CONDUCTA	24
C.2. ATIPICIDAD	25
C.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION	26
C.4. INIMPUTABILIDAD	29
C.5. INCULPABILIDAD	31
C.6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	32
 CAPITULO II. DELITOS PATRIMONIALES	
A) ROBO	34
B) ABUSO DE CONFIANZA	38

	PAG.
C) FRAUDE	45
D) DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	54
CAPITULO III. EL DESPOJO	
A) CONCEPTO	66
B) DESARROLLO HISTORICO	67
C) ELEMENTOS ESTRUCTURALES	69
D) ANALISIS	71
CAPITULO IV. LA POSESION Y LA PROPIEDAD COMO - ELEMENTOS EN EL DELITO DE DESPOJO DE BIENES INMUEBLES	
A) CONCEPTO DE POSESION	81
B) TEORIAS ACERCA DE LA POSESION	87
C) EL TRATAMIENTO JURIDICO DEL DELITO DE DESPOJO, A LA LUZ DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	111
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFIA	116

C A P I T U L O I

EL DELITO

A) CONCEPTOS

En principio, el reconocido autor Don Celestino Porte Petit Candaudap, en su obra Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, en el apartado Teoría del Delito, capítulo I, lleva a cabo una serie de reflexiones muy interesantes tales como: "La Teoría del Delito comprende el estudio de sus Elementos, no estudia los elementos de cada tipo de los delitos sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible, ...". (1)

Sin embargo no da un concepto de lo que debemos entender como delito.

Para Ignacio Villalobos, "la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley - con una pena". (2)

-
- (1) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la -- Parte General del Derecho Penal. Tomo I, Editorial Porrúa, México 1994. 16a. Edición, p. 197 a 199.
 - (2) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1990. 5a. Edición, p. 201.

Fernando Castellanos Tena, en Lineamientos Elementales de Derecho Penal afirma: "Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando expresa, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito".

(3)

Por su parte, el Maestro Raúl Carrancá y Trujillo, en el capítulo referente al delito, apartado denominado La Noción del Delito, hace una muy extensa explicación respecto a dicha noción y teóricamente nos ofrece una noción sociológica, una noción jurídica formal, una noción jurídica esencial, trayéndonos a las páginas de tan trascendente obra jurídica penamientos de Ferri, Pessina, Mezger, Rossi, Maggiore, Garófalo, Durkheim, Florián, Jiménez de Asúa, Manzini, Mayer, etc. además de analizar los antecedentes de los Códigos Penales -- existentes en México, es decir desde 1871, 1929 hasta 1931 y obviamente como el Maestro Porte Petit, no ofrece una real definición del delito. (4)

-
- (3) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1988. 32a. Edición, p. 128.
- (4) Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1988. 16a. Edición, p. 291 a 260.

Quien nos ilustra ampliamente al respecto, es la Jurista Irma Griselda Amuchátegui Requena, en los siguientes términos:

"Existen tantas definiciones de delito, como corrientes disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etc., etc.

"En realidad, interesa fundamentalmente la noción jurídica del delito.

"Desde un ángulo jurídico, el delito atiende sólo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: Jurídico Formal y Jurídico Sustancial". (5)

La noción jurídico formal fue expresada líneas anteriores al ofrecer la definición de delito del Maestro Castellanos Tena, en cuanto hace a la definición jurídico-sustancial recurrimos al autor en comentario, quien explica que tales nociones

(5) Amuchátegui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. -- Editorial Porrúa. México 1990. p. 45.

no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una noción jurídico sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. (6)

Continuando con la Maestra Irma Griselda Amuchátegui - Requena, nos explica lo siguiente:

"Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito, de modo que existe corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o -- analítica.

A) UNITARIA O TOTALIZADORA

Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

B) ATOMIZADORA O ANALITICA

Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.

Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros

(6) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 129.

consideran que el delito se constituye con dos elementos, -- otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos". (7)

La definición personal que podemos dar de delito, es la siguiente: Delito es todo aquel acto u omisión humana voluntaria que al llevarse a cabo trae consigo una penalidad -- prevista por el Código Penal.

Al respecto consideramos que los elementos que constituyen el delito son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad.

B. ELEMENTOS

B.1. CONDUCTA

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

"La conducta es un comportamiento humano voluntario, -

(7) Amuchátegui Requena, Irma Griselda. Op. Cit. p. 46.

(a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante - el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado.

"Como antes se precisó, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; -- por tanto, se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: Acción u Omisión". (8)

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por - si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

"La conducta se puede realizar mediante un comporta--- miento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal,

(8) *Ibidem*, p. 48.

con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con la última le da a beber el brebaje mortal. - (9)

"Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado esto último también nexo causal.

"a) Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

"b) Actividad: Consiste en el 'hacer' o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir - el ilícito.

"c) Resultado: Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

"d) Nexo de causalidad: Es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. - Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el --- cual este último no puede atribuirse a la causa.

(9) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 202.

"Se insiste en que el nexo causal debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal. Quien desea matar debe actuar de forma que el medio o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos y, por tanto, idóneos se requiere que los materiales para atribuir el resultado típico.

Invocar espíritus o rezar para que el sujeto pierda la vida no constituyen medios idóneos de tipo material para causar su muerte. Aún ante la hipótesis de que sobreviniera la muerte, ésta no podría imputarse al "presunto sujeto activo", porque fácticamente no realizó ningún acto material idóneo para producir el resultado. Puede haber voluntad y resultado, pero no nexo causal que debe ser material". (10)

Resulta lógico suponer que la simple invocación de espíritus o el llevar a cabo determinadas oraciones, no ha lugar a suponer la existencia de una acción, fundamentalmente porque no hay un movimiento corporal evidente que dé lugar a establecer que hubo un comportamiento humano susceptible de catalogarse como acción de tipo delictivo.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. ---

(10) Castellanos, Tena. Op. Cit. p. 152.

Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

"OMISION SIMPLE. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

"COMISION POR OMISION. También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringen una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.

"Los elementos de la omisión son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal.

En la Comisión por Omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobár el nexo causal, por ejemplo, la madre que con el fin de procurar su aborto, deja de tomar el alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, de manera que causa la muerte del producto, comete el delito

de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue el no alimentar o la no administración del suero o medicamento". -- (11)

En la omisión simple lo que ocurre es la no observancia determinada prohibición, por ejemplo: no portar arma es la prohibición, quien la porte omite cumplir con ello y no hay sin embargo un resultado real y si un peligro de daño.

En la comisión por omisión en cambio si hay un efecto real y a todas luces evidente, cabe otro ejemplo además de los señalados, donde se puede hablar de un delito cometido bajo esta forma especial de omisión, el abandono del cónyuge e hijos, habrá comisión por omisión si alguno de ellos fallece a causa de dicho abandono, pues se presenta cuando hay incumplimiento de obligaciones alimentarias.

En nuestro particular punto de vista, el requisito fundamental de la conducta, es la voluntad en el actuar del hombre para que se origine el delito.

B.2. TIPICIDAD.

Con el objeto de entender cabalmente lo que es la tipicidad, consideramos imprescindible definir el concepto tipo, mismo que debe ser entendido como lo que crea el legislador y lo plasma en la ley, en el presente caso, tipo es lo que el Código Penal dispone.

La citada Maestra Irma Griselda Amuchátegui Requena, nos explica lo siguiente:

"La Ley Penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

"De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es y, --- sobre todo no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros". (12)

(12) Amuchátegui. Op. Cit. p. 60.

Por lo antes explicado, bien podría decirse que el Código Penal contiene tipos y por ello es incorrecto hablar de los delitos que contiene el Código Penal.

Sergio García Ramírez en su obra Derecho Penal, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, festejando su 50 Aniversario de Autonomía, nos manifiesta en relación -- con la tipicidad lo siguiente:

"La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

"Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la aclaración de que no existen -- dos figuras iguales.

"Cada tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 395, fracción I, del Código Penal para el -- Distrito Federal señala, entre otros elementos del delito de

despojo, que el medio con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquier de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno solo de ellos". (13)

Dicho de otra forma, la tipicidad es la concretización en el terreno de la vida real de aquello que en abstracto plasma el legislador en un Código Penal.

B.3. ANTIJURIDICIDAD

Hace aproximadamente 25 años, en las aulas de la H. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el recordado Maestro Eduardo Villarreal Moro, en su Cátedra de Derecho Penal Primer Curso, ya consideraba indebido e incorrecto, utilizar la denominación Elementos Positivos -- del Delito, pues afirmaba con razón, que resultaba absurdo referirse a un elemento positivo; con el prefijo anti, razón -- por la cual sostenemos que la antijuridicidad es un elemento estructural muy importante del delito y además proponemos que para evitar confusiones y malos manejos del lenguaje técnico jurídico, que este elemento sea denominado antijuridicidad y

(13) García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Edit. UNAM. México 1979. pág. 56 y 57.

no antijuricidad, pues lo contrario a Derecho es antijurídico y no antijurífico. (14)

Una vez explicado lo anterior, cabe decir en consecuencia, que la conducta será antijurídica por ir en contra de -- los bienes que protege o tutela el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en -- tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho". (15)

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

Ignacio Villalobos nos manifiesta: "Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal.

(14) Cfr. Apuntes tomados durante el curso de Derecho Penal I. Facultad de Derecho UNAM. México 1971.
(15) Citado por Amuchátegui. Op. Cit. pág. 75.

"a) Material. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

"b) Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que no tiene caso -- esta distinción.

"La tipicidad opera como un inicio de la antijuridicidad, como un valor provisorio, que debe de ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación, por ello, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa; se acepta como antijurídico lo contrario al derecho que no esté protegido -- por una causa de justificación.

Lo antijurídico implica un desvalor; es la negación -- del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre debe ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal". (16)

B.4. IMPUTABILIDAD

Para Sergio García Ramírez el concepto que comúnmente

(16) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pág. 284 a 285.

ofrece al penalismo mexicano respecto a la imputabilidad, proviene del segundo párrafo del artículo 85 del Código Penal -- Italiano de Rocco, cuya noción es la siguiente: "Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer". (17)

El Doctor Eduardo López Betancourt nos recuerda que: "La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si -- previamente no se es imputable". (18)

Por cuanto hace a las acciones libres en su causa el Doctor señala: "Las acciones liberales in causa son aquellas libres en su causa y consiste en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa - que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto". (19)

(17) García Ramírez, Sergio. Op. Cit. pág. 63.

(18) López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. Editorial Porrúa. México 1993. pág. 78.

(19) Ibidem. pág. 89.

Para el suscrito, el elemento conocido como imputabilidad, es la capacidad de entender las consecuencias jurídicas de nuestra conducta dentro del campo del Derecho Penal.

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; ahora se estudiará el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

B.5. CULPABILIDAD

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del --- acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta". (20)

De acuerdo con los lineamientos del Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo y culpa.

DOLO

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado

(20) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad y Causas de Justificación. Edit. Trillas. México 1988. pág. 134.

do típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

CULPA

La culpa es la segunda especie de este elemento, hay culpa cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable.

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. (21)

En opinión de Ignacio Villalobos, la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones, que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. (22)

(21) Citado por Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 233 y 234.

(22) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pág. 283.

B.6. PUNIBILIDAD.

Este es el elemento que genera un alto índice de polémica, pues para algunos estudiosos del Derecho Penal, es elemento del delito y para otros es una consecuencia del ilícito, nosotros sostenemos que sí es un elemento del delito, por contener el mismo la coercibilidad del Derecho, como una característica sine qua non de la Ciencia Jurídica.

Celestino Porte Petit Candaudap, se inclina a establecer que la punibilidad es un elemento del delito, Raúl Carranca y Trujillo e Ignacio Villalobos no la consideran a la punibilidad como elemento del delito. (23)

El ya referido Maestro, Fernando Castellanos Tena, define a la punibilidad como: "El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Agregando que: - "Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal comportamiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción". (24)

Por cuanto se refiere a la punibilidad, el Doctor Sergio García Ramírez, ubicándose en una posición ecléctica, nos

(23) Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 276.

(24) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pág. 275.

explica que: "La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma nulla poena sine lege, consignado en el artículo 14 Constitucional e implícitamente en el artículo 7 del Cp. (sic). El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio nullum crimen sine poena". (25)

Recapitulando y conforme a lo que señala el artículo 70. del Código Penal para el Distrito Federal: "Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales".

"Acto u omisión... es la conducta.

"...Que sancionan las leyes penales". Solo aquella conducta que se adecúa a lo que dispone el tipo penal será sancionable; toda acción u omisión contra lo que tutela el Derecho Penal merece una pena, solo aquel que entienda los efectos de su conducta es susceptible de recibir un castigo por la ley penal, quien intencionalmente o por falta de precaución actúa o deja de hacerlo cometiendo un delito, merece la sanción de las leyes penales.

Respecto a la punibilidad, es menester considerar las -
diferencias reales entre punición, pena y sanción en los términos
siguientes:

"PUNICION.

"La punición consiste en determinar la pena exacta al -
sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

"PENA.

"Pena es la restricción o privación de derechos que se
impone al autor de un delito. Implica un castigo para el de-
lincuente y una protección para la sociedad.

"SANCION.

"De manera genérica, el término sanción se usa como si
nónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ra
mas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace
merecedor quien quebranta una disposición no penal.

La sanción es propiamente impuesta por una autoridad ad
ministrativa, por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse
presente que no se podrá imponer una pena si previamente no --

existe una ley que la establezca (Nulla poena sine lege)". (26)

Asimismo hablaremos de la variación de la pena, el arbitrio judicial y las circunstancias modificadoras sean agravantes o atenuantes, Rafael Márquez Piñero es quien analiza tales tópicos en esta forma:

"VARIACION DE LA PENA.

"En principio puede decirse, a manera de fórmula, que a delito igual pena igual. Si A mata, la pena imponible será -- igual a la que se impondrá a B, quien también mató; sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad; arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

"Arbitrio Judicial.

"El arbitrio judicial es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta -- tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo, dentro -- del cual el juez podrá imponer la que estime más justa.

"Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considera más adecuada. Para ello, tendrá - en cuenta lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código - Penal para el Distrito Federal.

"Circunstancias atenuantes o privilegiadas.

"Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las - consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir, por -- ejemplo, homicidio en riña o duelo.

"Circunstancias agravantes.

"Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y - agravarla, por ejemplo, homicidio con premeditación, alevosía, ventaja o traición.

Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con lo cual trata que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa". (27)

(27) Márquez Piñero, Rafael. Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Porrúa. Tomo P-Z. México 1992. 5a. Edición. pág. 2313

C. ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

C.1. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Fernando Castellano Tena, en cuanto a la ausencia de -- conducta: "...si falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias... Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal". (28)

Las principales causas que motivaron la ausencia de conducta, son la vis maior y la vis absoluta.

"La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

"Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, o sea hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del su puesto "agente", ni conducta, propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

"La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exteg

(28) Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 162.

rior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, - quien en apariencia comete la conducta delictiva.

"Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

"Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el - jurídico, puede ser responsable quien es "usado" como medio pa-
ra cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de al-
guien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra
persona". (29)

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Fede--
ral, actualmente dispone: "El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin la voluntad del agente:..."

C.2. ATIPICIDAD.

Según García Ramírez, para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la con-
ducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la -
conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay de

lito; no hay sanción. (30)

En opinión de Castellanos Tena, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. (31)

El artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, dispone:

"El delito se excluye cuando:

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;..."

Para nosotros, la atipicidad es el no encuadramiento de la conducta con lo previsto por el Código Penal.

C.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Estas son el aspecto negativo de la antijuridicidad, -- consisten en aquellas que eliminan lo antijurídico a la conducta, es decir, que en las causas de justificación no hay delito.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, mientras

(30) García Ramírez. Op. Cit. pág. 56.

(31) Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 174.

que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna -- causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que - la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica -- (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

El artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en sus fracciones IIIa VI nos señalan las causas de justificación las cuales se ubican de la siguiente forma: con sentimiento (III), legítima defensa (IV), estado de necesidad (V), cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho (VI).

Las fracciones en mención, señalan lo siguiente:

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

- a). Que el bien jurídico sea disponible;
- b). Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c). Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin -- que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamentalmente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

"IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a -- quien se defiende.

"Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en -- contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma -- obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una --- agresión;

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

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

C.4. INIMPUTABILIDAD.

Significa la falta de capacidad para entender los efectos de nuestra conducta, en el campo del Derecho Penal.

Conforme a lo que señala Castellanos Tena; "Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede -- configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la inimputabilidad constituye al aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabi-

lidad, son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (32)

El fundamento jurídico de la inimputabilidad, lo encontraremos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

"El delito se excluye cuando:

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

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuída, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código."

(32) Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 223.

C.5. INculpABILIDAD.

"La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene -- una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable". (33)

Según Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en: -- "La absolución del sujeto en el juicio de reproche". (34)

Castellanos Tena dice que: "La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad". (35)

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción VIII dispone:

"El delito se excluye cuando:

"VIII. Se realice la acción a la omisión bajo un error

(33) Amuchátegui. Op.Cit. pág. 100.

(34) Citado por Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 257.

(35) Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 258.

invencible;

- A). Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B). Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código".

Después de transcrita la fracción VIII del numeral de referencia, concluimos que el error invencible es la única causa de inculpabilidad en el Derecho Penal Mexicano.

C.6 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Debemos entender por excusas absolutorias aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El Derecho Penal, habla en la actualidad únicamente de dos especies de excusas absolutorias, la nueva edición del libro del reconocido maestro Don Fernando Castellanos Tena, nos

menciona entre otras, las siguientes excusas absolutorias:

a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo -- que no excede de 10 veces el salario mínimo y sea restituido por el sujeto activo el bien robado y pague los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público.

b) Excusa en razón de la maternidad consciente, por -- ejemplo; el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de -- una violación. (36)

(36) Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit. págs. 271, 272 y 273.

C A P I T U L O I I

DELITOS PATRIMONIALES

A).- ROBO.

El Código penal vigente, dentro del Título XXII del Libro Segundo, bajo la denominación genérica de "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", describe el delito de robo, así como los delitos de abuso de confianza, fraude y daño en propiedad ajena que serán objeto de la presente obra, a diferencia de los Códigos de 1871 y 1929 que los comprendían bajo el rubro "Delitos contra la propiedad", denominación esta equívoca, al decir que González de la Vega por dar a entender que el único derecho protegido por las normas represivas es el de "propiedad", cuando que estos delitos pueden lesionar algunos otros derechos patrimoniales, tales como "los derechos sobre los bienes en que recaiga el delito". (1).

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

(1) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos, - 5ª Edición, editorial Porrúa, S.A. México 1958. pág. 147.

En el Derecho comparado se han utilizado las más variadas denominaciones para expresar la acción material constitutiva del robo.

El Código francés usa la frase "sustraer fraudulentamente" una cosa; y así dice el mencionado código: "Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol". El Código italiano de 1889, en su artículo 402, utilizó el término "apoderarse" de la cosa "sacándola" del lugar donde se halla, y el vigente de 1931, en su artículo 624 sustituye la frase "sacándola del lugar donde se halla" por la de "sustrayéndola a quien la tiene". El Código español utiliza el verbo "apoderarse". Este Código tipifica el robo y el hurto como dos infracciones distintas, en razón de los diferentes procedimientos para cometerlos, esta distinción proviene de las Partidas, en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la substracción por medio de la astucia. El Artículo 493 del citado ordenamiento dice: "Son reos los del delito de robo los que con el ánimo de lucrar se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerzas en las cosas".

Dice SOLER: "... el hurto se caracteriza por "lesionar la propiedad por medio de una lesión a la posesión". Se-

gún las palabras de BINDING, el que se apodera de la cosa, - quiere llegar a ser, de hecho, lo que el propietario es, de derecho (2). Para MAGGIORE, el objeto de la tutela es el interés público por mantener inviolable la propiedad, "entendi da ésta en sentido penal -no estrictamente civil-, de modo que comprenda, fuera del derecho de propiedad en sentido estricto, todo derecho real y hasta la posesión del derecho.

La posesión de las cosas muebles como objeto de la tutela jurídica en este delito, es la opinión dominante, la - cual se remonta al pensamiento de los juristas de antaño. Pero surge el problema de determinar, cuál es la posesión que - en este delito se protege, pues han habido confusiones entre la posesión en sentido penal y la posesión que el Código ci--vil protege, y su solución tiene trascendencia, porque de - la misma dependerá la aplicabilidad o no, de las normas civiles, para resolver los problemas referentes al deslinde entre los diversos momentos que integran el proceso ejecutivo - del delito de robo.

El artículo 367 de nuestro Código Penal dice; "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mue--

(2) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. -- Tipográfica. Argentina 1956. p. 194.

ble, sin derecho y sin consentimiento," implica una violación a los derechos que todo individuo tiene sobre los bienes que de alguna manera detenta (sea como propietario, como poseedor legítimo o de hecho) y que le dan la posibilidad de disponer de ellos. Consideramos por tanto, que el objeto específico de la tutela penal en este delito, radica en ese derecho subjetivo que la persona tiene al respecto de la inviolabilidad del vínculo (jurídico o de hecho), entre ella y los bienes muebles que así detenta, frente a la ilegítima intromisión de terceros.

Pero el artículo 367 agrega: sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. De esta última parte del citado precepto deducimos que, nuestra ley, no ampara la detentación de hecho, pues el ladrón no puede disponer de la cosa robada con arreglo a la ley. De modo que, si un ladrón, roba a otro ladrón, no obstante haber robado, su actividad debe quedar impune; o sea que, de acuerdo con la ley, no es un ladrón.

El momento consumativo del delito de robo es, sin duda alguna, uno de los problemas más discutidos por los penalistas de todos los países, a grado tal que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hasta el presente momento, no han logrado llegar a un acuerdo en cuanto a su determinación.

Esto reviste una gran importancia porque de ella depende la delimitación del proceso ejecutivo en este delito y además, -- por la estrecha vinculación que guarda con otros aspectos, no menos importantes como son, la prescripción, la inimputabilidad y la competencia; importancia también atribuible a los demás delitos patrimoniales que serán objeto de esta obra.

B).- ABUSO DE CONFIANZA.

El artículo 382 de nuestro Código Penal vigente dice: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio..."

En el Derecho penal, a la frase abuso de confianza se le puede referir bajo dos conceptos: como una circunstancia agravadora concurrente con cualquier delito y como un delito típico especial o abuso de confianza propiamente dicho.

Como circunstancia agravadora, el abuso de confianza consiste en la deslealtad que el abusario manifiesta contra su víctima en ocasión de cualquier delito. Ejemplos de esta conducta desleal pueden ser: la falsificación documentaria que consiste en el aprovechamiento indebido de una firma o ru

brica en blanco otorgada para fines específicos; el homicidio a traición y el robo cometido por huéspedes, patronos o asalariados que aprovechan el fácil acceso a las cosas con el -- fin de apropiárselas.

En su segunda acepción, el abuso de confianza es un - delito patrimonial típico, caracterizado por la disposición (o apropiación, según otras legislaciones) indebida de una cosa ajena recibida en convenio o a virtud de un contrato que no transfieren el dominio. Es a esta segunda forma de abuso de confianza, como delito patrimonial típico, a la que nos vamos a referir en el presente capítulo, y en relación a -- ella habremos de determinar el momento consumativo y por tanto, el proceso ejecutivo del delito.

El Código Penal de 1871 se refirió al abuso de confianza en el Capítulo correspondiente al Título Primero del Libro Tercero denominado "Delitos contra la propiedad". El artículo 407 del citado ordenamiento decía: "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga de todo o en parte de - una cantidad de dinero en monetario, en billetes de Banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comoda-

to u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichas cosas un robo sin violencia".

PAVON VASCONCELOS, en relación al artículo 407 arriba transcrito, nos informa que en la Exposición de Motivos de los trabajos de Revisión del Código de 1871, se dice lo siguiente: ...La Comisión estuvo conforme, en principio, con la reforma de 1896; pero considerándolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no sólo los -- contratos, sino también los simples actos, como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles sin transferir su dominio, - es de opinión de que en vez de decir; "cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio", expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: "cosa ajena mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio", expresión más genérica que comprende no sólo -- los contratos sino también cualquier acto". (3)

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. México 1960. 2a. Edición. pág. 83.

GONZALEZ DE LA VEGA nos informa que los Códigos de -- 1929 y 1931 aceptaron la reforma propuesta en los trabajos de revisión, aunque con determinadas variantes. "El texto vi-- gente dice: ...al que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que im-- porte obligación o transmisión de derecho, o de cualquiera -- otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio". (4)

El artículo 382 fue reformado por Decreto de 31 de Di-- ciembre de 1945 y nuevamente reformado por Decreto de 29 de -- Diciembre de 1950, siendo ésta última la que determinó el -- texto definitivo del citado artículo.

En el abuso de confianza se han utilizado diversas de-- nominaciones para designar el elemento fundamental consumati vo del delito, y así, el Código francés utiliza la frase -- "distraer o disipar" (Art. 408 reformado); la legislación -- italiana llama al delito "apropiación indebida" bajo el "Tí tulo X. Dei Delitti contro la proprietá, Capo IV (Arts. 417- 420); la española usa la frase "se apropiaren o distrajerén" (Párrafo 5o. del artículo 548); el Código argentino se incli na por la frase "se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo" (Art. 173, inciso 2o.). la legislación ale-

(4) González De la Vega. op. cit. p. 226.

mana distingue, dentro de lo que podríamos llamar abuso genérico de confianza, dos figuras fundamentales; la Unterschlagung, consiste en la "apropiación" de una cosa mueble que se tiene en posesión o custodia; y la Untreue, "infidelidad" que castiga a los tutores, curadores, apoderados; la legislación sueca se refiere a las operaciones de cambiar, separar o de cualquiera otra manera destruir la propiedad de que se es detentador; y el de Hungría, se contrae a la infidelidad del poseedor o detentador.

El artículo 382 de nuestro Código penal vigente dice: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio..." De acuerdo con el anterior precepto, el abuso de confianza se integra con la disposición (núcleo del tipo) para sí o para otro, y, consiguientemente el delito se perfecciona cuando el agente dispone del bien que sólo en calidad de tenencia le ha sido transmitido por el titular del derecho a la restitución.

Por otra parte, el artículo 383 de nuestro Código vigente prescribe: "Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena: I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada, y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial..." II. El he

cho de disponer de la cosa depositada o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades, ad ministrativas o del trabajo; III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional del procesado del cual no le corresponda la - propiedad.

El precepto arriba transcrito, nos da tres casos del llamado abuso de confianza impropio. Pues bien, opinamos -- que sí es factible la tentativa en las fracciones I y II. La fracción I dice: El hecho de disponer o sustraer..., y la II dice: El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla... En virtud de esta acción de sustraer que usa el precepto (además de la de disponer ya analizada), consideramos -- una posibilidad de tentativa en los dos casos arriba mencionados. Pongamos el siguiente ejemplo: Si el dueño de una cosa embargada la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial e inicia la sustracción para llevarla a lugar distinto de aquel en que se encuentra depositada y es descubierto - antes de consumar el delito de abuso de confianza bajo la forma de sustracción de que se habla la indicada fracción, esta actividad de sustracción imperfecta, no puede ser considerada bajo otro rubro delictivo, sino como tentativa de abuso - de confianza. Ya sabemos cuál sería la objeción a nuestro - punto de vista: que desde el momento en que el supuesto abu-

sario inicia la sustracción, ya se la ha apropiado, y, consecuentemente, ha consumado el delito. Tal objeción estaría muy conforme con la tesis que sostiene la integración del delito mediante la apropiación de la cosa; pero en el presente caso en que analizamos la teoría de la disposición, no creemos configurado el abuso de confianza, sino hasta que el -- agente, habiendo logrado la total sustracción, se encuentre en la posibilidad de disponer de ella; antes, no se podrá - hablar sino de tentativa en el referido caso. Lo mismo podemos decir con relación a la fracción II, y son otras dos situaciones que en opinión nuestra, pueden dar cabida a una -- tentativa en el delito que se examina. Por lo demás, es inútil buscar la regla general y uniforme para la tesis que se - comenta.

Para concluir el presente tema, sólo nos resta determinar, cuál de las teorías, si la que considera integrado - el delito mediante la apropiación o aquella de la disposición de la cosa ajena, es la correcta.

Hemos demostrado en el cuerpo de esta obra, que el -- abuso de confianza es factible de integrarse con la sola apropiación de la cosa ajena, con independencia de la disposi---ción del bien apropiado. Por tanto, nos adherimos a la primera de las citadas teorías por considerarla en sí misma sufi

ciente para integrar el abuso, pues la disposición del bien apropiado, no constituye sino una actividad que agota el delito.

C).- FRAUDE

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

Nuestro ordenamiento positivo en materia de fraude, - se aparta del sistema empleado en los delitos de robo y abuso de confianza ya estudiados, así como de la mayor parte de -- los demás delitos de carácter no patrimonial, pues, a diferencia de otras legislaciones, no nos proporciona una definición genérica del delito dentro del cual puedan quedar comprendidas todas las situaciones fraudulentas, sino que, adoptando un sistema, más bien ecléctico por una parte nos da un concepto de este delito (Artículo 386) y por otra, señala los casos específicos del mismo; de esta manera desaparece toda distinción entre fraude genérico y los específicos, los cuales están enumerados diferente e independientemente en las fracciones del artículo 387, a los que hay que agregar el --

fraude calificado de maquinaciones y artificios enunciados en el último párrafo de la fracción II del artículo 386 y la forma que se equipara el mismo prescrita en el artículo 389. Por tanto, cada uno de los tipos legales así enumerados, se integra de acuerdo con el enunciado de cada fracción o párrafo en que queda comprendido, sin que sea necesario recurrir a una definición general que comprenda a todos.

No obstante tal irregularidad en la reglamentación del fraude en nuestra legislación, es posible, mediante un análisis de los elementos constitutivos del tipo del artículo -- 386, encontrar un elemento material constante y aplicable a todos los casos de fraude, que determine el momento consumativo, básico y esencial en el estudio del proceso ejecutivo del delito.

PAVON VASCONCELOS nos presenta gráficamente los elementos de este delito en la forma que a continuación transcribimos: (5)

		a') Elemento físico	a") Acción (engaño o aprov. del error)
	a) Conducta	b') Elemento Psíquico	b") Comisión por omisión (aprov. del error).
El hecho en el fraude.	NEXO CAUSAL.		Voluntad de realizar la acción o la omisión comisiva).
	b) Resultado	a') Hacerse ilícitamente de una cosa.	
		b') Obtener un lucro indebido.	

Para GONZALEZ DE LA VEGA, los elementos del fraude -- son los siguientes: "a) un engaño o el aprovechamiento de un error; b) que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido; y c) relación de causalidad entre el primer elemento, actitud engañosa, y el segundo, o sea que el elemento 'hacerse de la cosa o alcanzar un lucro' sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o -- del aprovechamiento del error en que se encuentra la víctima" (6)

Los Códigos de 1871 y 1929 definían el delito genérico de fraude. GONZALEZ DE LA VEGA (7) nos informa que con posterioridad se llegaron a especificar algunos casos concretos de fraude, provistos de penalidades especiales. Y nos dice --

(6) Op. cit. p. 247.

(7) Ibidem. p. 244.

el autor: "De estos sistemas resultaba que todo fraude, especificado o no expresamente, debía participar necesariamente de las constitutivas marcadas en la descripción legal. Además, las citadas legislaciones definían por separado un especial delito, la antigua estafa, consiste en el fraude calificado de "maquinaciones o artificios". Esas reglamentaciones complicadas, de laboriosa técnica y de exagerada casuística, dificultaban enormemente la interpretación de los casos previstos".

El artículo 413 del Código de 1871 prescribía: "Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél". (Esta frase fue justamente suprimida por nuestro Código vigente, porque su empleo implicaba que quien resentía el perjuicio patrimonial, era únicamente el engañado, cuando es frecuente que con el fraude se perjudique a un tercero y no precisamente al engañado).

El propio Código en su artículo 414 consignó un delito especial semejante a la escroquerie francesa. Así decía el citado artículo. "El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento -

que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad".

El Código de 1929 en cambio, llamó al delito en estudio estafa aun cuando su reglamentación, en términos generales, conservó la estructura del anterior Código de 1871. El artículo 1151 del mencionado ordenamiento preceptuaba: "Hay estafa: I. Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél;

II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento de cualquiera cosa ajena mueble, logre que se le entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios.

Nuestro Código vigente, con miras a superar los sistemas de los Códigos anteriores, los cuales ocasionaban conflictos de clasificación, cambió radicalmente la forma de reglamentación del delito, y ante lo arduo de encontrar una definición que comprendiera íntegramente en términos reducidos

la complejidad del fraude, ha preferido describir sus especies y sancionarlas en una lista detallada, pero comprendiendo, a todas ellas bajo la denominación común de fraude; estableciendo, además, un concepto básico que sirve de guía para fijar la integración del delito.

Eusebio Gómez nos informa que los Códigos Italianos de 1889 y 1930 definían la estafa en la siguiente forma: El empleo de artificios o engaños para inducir en error a fin de procurar para sí o para terceros un provecho injusto en perjuicio ajeno. El Código francés ha adoptado para el fraude y la estafa, el término escroquerie, que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien a error por medio de engaños y artificios con el propósito de obtener un provecho injusto. Este Código (de 12 de Febrero de 1810), en su artículo 405 -como lo establece el Decreto Ley de 16 de Julio de 1935-, dice los siguiente: "Cualquiera que haciendo uso de falso nombre o falsas cualidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o cualquier otro evento -- quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacer se remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, descargos, y que por cualquiera de esos medios estafa, o intenta estafar, la totali-

dad o parte de la fortuna de otro, será castigado..." El CÓ digo italiano usa la palabra truffa. Respecto de este término, MAGGIORE nos dice: "La etimología del nombre de estafa en italiano, truffa, es incierta. Unos la hacen derivar -- del francés truffe, tartufo, o trufle, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de -- burla; otras la hacen derivar del alemán treffen, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada..." (8) Sea cual fuere el origen de la palabra, es la que le da individualidad al delito de estafa en el Derecho italiano, y que consiste, según el propio autor, en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto con perjuicio ajeno.

La conducta es un comportamiento voluntario que se puede manifestar en forma de acción u omisión, es decir, en un hacer o en un no hacer.

El fraude se comete por acción, la cual consta de dos elementos: uno de carácter interno o psíquico: el querer, - la voluntad de actuar y otro externo u objetivo: la actividad, el actuar corporal del sujeto. En el fraude, esta conducta consiste en engañar a la víctima o aprovecharse del ---

(8) Derecho Penal. op. cit. p. 122 (nota 162)

error en que se halla con el querer, la voluntad de realizar los actos necesarios para provocar en ella un estado subjetivo de error, o bien en callar u ocultar ese conocimiento del error para aprovecharse de él con lo cual se integran los dos elementos: el psíquico y el físico de la actividad delictiva.

El engaño.- Es un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio por la característica de -- ser siempre positivo, o sea, por consistir en una acción.

El artificio y el engaño pueden estar constituidos por hechos que concretan delitos propiamente dichos (falsedad, - simulación de influencias, etc.), por hechos lícitos que - se convierten, con todo, en medios aptos para inducir a engaño".

GONZALEZ DE LA VEGA nos dice; "Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia al sujeto pasivo de la infracción; el engaño -mutación o alteración de la verdad-, supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva". (9) Por último, el Diccionario de la Lengua Española nos ilustra sobre el significado de este término:

(9) Gonzalez de la Vega.Op. Cit. Pág. 321

"...falta de verdad en lo que se dice, hace, cree o piensa"
Por ello podemos afirmar que por engaño debe entenderse el --
medio de que el agente se vale para inducir a otro a creer lo
que no es.

Para SOLER, "La figura de la estafa es subjetivamente
compleja, porque no solamente requiere un elemento psíquico
objetivo, consistente en el error del cual es víctima una --
persona dotada de poder tomar una disposición patrimonial vi-
ciada.

Sin error, no hay estafa, así como no la hay sin --
ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un bene-
ficio indebido". (10).

Agrega el autor, que la situación del error podría --
considerarse central de la estafa, ocupando un lugar interme-
dio entre el ardid y la disposición patrimonial y que con am-
bas ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente.
El ardid debe determinar el error y éste a su vez, la presta-
ción. Y nos pone el ejemplo del sujeto que mediante ardid lo-
gra distraer al empleado de ventanilla apoderándose así del -

(10) Soler Sebastián. Op.Cit. Pág. 186

dinero de la caja, en cuyo caso hay hurto y no estafa porque, aun habiendo ardid y error, éste no es determinante de la -- prestación, pues la cadena causal se ha interrumpido.

D).- DAÑO EN PROPIEDAD AJENA.

Nuestro Código Penal reglamenta el delito de daño, ba jo el Título "Daño en propiedad ajena". Es importantísimo - hacer referencia a esta denominación bajo la cual se reglamen ta el daño, en virtud de que, como oportunamente veremos, - en la doctrina (y en nuestro propio ordenamiento punitivo) - el daño en propiedad ajena también se comete por daño, des-- trucción, deterioro o menoscabo de cosa propia.

El artículo 399 dice: "Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de co sa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sancio-- nes del robo simple". Y el artículo 397 preceptúa: "...a - los que causen incendio, inundación o explosión con daño o pe ligro..."

De acuerdo con los anteriores preceptos, podemos divi- dir las reglas establecidas para este delito en la siguiente forma: a) el delito genérico de daño (la destrucción o de-

terioro se causan por cualquier medio), (Artículo 399); ---
b) el delito específico de daño (determinado por el peligro
que acarrea a las personas en relación con su patrimonio, o -
por la mayor importancia de los bienes jurídicos lesionados),
(Artículo 397).

El tipo del artículo 399 contiene los elementos esen--
ciales consumativos del daño, y por tanto, las bases que ri
gen su proceso ejecutivo que relacionaremos con las formas --
agravadas establecidas en el artículo 397.

Para GONZALEZ DE LA VEGA, las condiciones de la regla
genérica son: a) un hecho material de daño, destrucción o
deterioro; b) que el perjuicio recaiga en cosa ajena o en -
cosa propia con perjuicio de tercero; y c) cualquier medio
de ejecución. (11).

El Código de 1871, en diversos capítulos habla de: la
destrucción o deterioro causados por inundación, y de la des-
trucción, deterioro y daño causados en propiedad ajena por -
otros medios.

Para la legislación argentina, la acción material y -

(11) Op. cit. p. 290.

por tanto, consumativa del delito de daño, es designada con la frase "destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier dañare" (Artículo 183); la legislación española, no contiene una verdadera definición de este delito, y simplemente dice: "son reos de daños y están sujetos a las penas de este capítulo, los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el anterior", (Artículo 557); por lo tanto, constituyen este delito, de acuerdo con la redacción del anterior precepto, todos los daños que no sean causados por incendio; excepción hecha de los incendios a que se refiere el artículo 553 que son sancionados como delitos de daño. Sin embargo, CUELLO CALON (12) nos habla de la destrucción, deterioro o menoscabo; la legislación italiana designa la acción consumativa con los términos destruir, desperdiciar, deteriorar o hacer en todo o en parte inservibles cosas muebles o inmuebles ajenas", (Artículo 635); la alemana únicamente se refiere al daño y a la destrucción.

En general, puesto que el delito de daño recae sobre las cosas, muebles o inmuebles, bien sean ajenas o propias (como ya vimos), los autores se inclinan por el concepto de propiedad para designar el objeto de la tutela jurídica de es

(12) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona, España 1952. Tomo II. p. 905.

te delito. SOLER por ejemplo, nos dice: "El objeto tutelado es la propiedad, en general, el derecho del propietario con respecto a las cosas que están en su patrimonio para realizar sobre ellas, con exclusividad, actos que importen alteración o destrucción. Por el hecho de un tercero, el propietario se encuentra con que la cosa o bien ha sido destruída, o bien, que no puede ser ya empleada conforme a su destino o que, siendolo todavía, su utilidad es menor o menor la satisfacción que proporcionaba en su anterior estado".

Y más adelante indica: "Sea cual sea la forma en que una cosa ha sido alterada, esa alteración debe representar - un daño en la cosa. Este daño debe ser medido desde el punto de vista de un valor de uso y no de su valor de cambio, porque el objeto de tutela es el derecho de propiedad del dueño, independientemente de las razones que puedan determinar una - falta total de valor en el segundo sentido (13).

De la esposición doctrinaria expuesta, y de la denominación de este delito en nuestro derecho positivo, hemos de concluir -aun cuando nuestro punto de vista personal difiere por las razones ya expuestas en páginas anteriores que el objeto específico penalmente tutelado con la incriminación del daño, es la propiedad.

(13) Op. cit. Tomo IV. pp. 501 y 504.

Ahora bien, no obstante denominarse el delito "daño en propiedad ajena", nuestro artículo 399 se refiere a la -causación de un daño, destrucción o deterioro de cosa ajena. Cosa ajena, a nuestro juicio, no implica necesariamente de recho de propiedad; cosa ajena quiere simplemente decir que la cosa dañada sea de persona distinta de aquella que ha causado el daño y, consecuentemente, la cosa ajena puede ser, el propietario o poseedor, o de un simple tenedor.

La determinación del objeto de tutela en este delito, se complica si tomamos en cuenta lo preceptuado por el artículo 399 cuando agrega: "... se causen daño, destrucción o -deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de --tercero..." Para el citado ordenamiento (el cual admite, --además, la forma que nosotros hemos llamado reflexiva de in-criminación por imputar criminalmente un daño, destrucción o deterioro de cosa propia cuando con ello se perjudica a tercero), creemos que el objeto de tutela penal en estas circunstancias, ya no es la propiedad, sino la persona misma del -tercero perjudicado por daño, destrucción o deterioro de co-sa propia; o sea que, la tutela penal trasciende al indivi-duo mismo, a la inviolabilidad de la persona humana en sí --misma considerada o en relación con el vínculo jurídico entre ella y los bienes que forman parte de su patrimonio. Por ejem

plo para poner de manifiesto la necesidad de una represión especial para estos daños que ponen en peligro a un número de individuos. Por eso creemos que en estos casos, el objeto de la tutela jurídica, ya no se limita a una sola propiedad, ni a la inviolabilidad de la persona individualmente considerada, sino al interés social. Ya a este respecto Maggiore nos ha dicho que este delito puede concurrir materialmente con -- otros, comprende el de daños mediante incendio, que tiene -- diversa objetividad jurídica, como es la defensa de la incolumidad pública.

EL ELEMENTO OBJETIVO.

A) El daño

El daño consiste en la inhabilitación total o parcial de una cosa corporal para el uso a que está destinada o que es propio de su naturaleza.

El daño o destrucción de una cosa dentro del patrimonio de la misma víctima, sin la transferencia y el ánimo de lucro característica de los demás contra las personas en su patrimonio, no tiene otro propósito que el de perjudicar al derecho. De ahí la clásica frase consignada en la Ley Aquila

de Damnum injuria data, o sea, el daño inferido con injuria.

a) Daño civil y daño penal.- CUELLO CALON nos dice - que el daño es una variedad del daño civil y que tienen, por consiguiente, daño civil y daño penal, grandes semejanzas. - "Este, sin embargo, puede distinguirse por dos notas características: 1o., que el hecho ha de encajar en alguna de -- las figuras de delito contenidas en este Capítulo; 2a., con forme a la jurisprudencia establecida, que el hecho concorra ánimo específico de dañar". (14). "Sabemos ya -dice SOLER-, que el concepto de propiedad está empleado por la ley penal - en un sentido muy genérico, correspondiente a la noción constitucional de ese derecho. En este aspecto el delito de daño es, tal vez, el que más aproxima esa noción a la idea civil de dominio. Sin embargo, ni aun aquí la superposición de la noción penal a la civil es perfecta, porque en el delito de daño el derecho vulnerado inmediatamente puede no ser sino un jus in re no derivado precisamente del dominio, sino de otro derecho que incluso puede no ser real, con tal que se concrete en el uso y disposición material de la cosa dañada, como ocurre con las cosas que alguien tiene en la locación". (15) Finalmente, MAGGIORE opina que el delito de daño difiere de los otros delitos contra el patrimonio, en cuanto falta en -

(14) Op. cit. Tomo II. Barcelona 1952. p. 905.

(15) Op. cit. Tomo IV. p. 498.

él el elemento del lucro (lucri fasciendi causa). "Y difiere objetivamente del daño puramente civil, en cuanto no es - inculminado cualquier daño contra el patrimonio, sino única-- mente el que por efecto la destrucción total de la cosa o una deterioración de ella, que le quite o disminuya su valor, -- sea como valor de cambio, sea como valor de uso; pero no di fiere subjetivamente, pues siempre supone dolo o la voluntad de realizar sobre cosas ajenas una actividad a la que no se - tiene derecho".

Y concluye: "En otras palabras: el daño, en sentido penal, es solamente una especie de género de daño civil; no indica el *lucrum cessans*, sino que se limita al *damnum datum*, como daño natural, material y físico, y, como quiera que - sea, exclusivamente económico". (16)

b) El daño culposo.- El elemento interno en el delito de daño, requiere la voluntad de ejecutar el hecho daño so: pero además la conciencia de su ilegitimidad y el ánimo de perjudicar, es decir, la intención de dañar. Sin tal intención o ánimo de perjudicar intereses de terceros, no hay delito de daño; por lo tanto, ha de determinarse el propósi to doloso de causar un daño en la propiedad ajena, y siendo

(16) Derecho Penal. Op. cit. p.p. 113-114.

el ánimo específico de dañar el elemento integrante de este -delito, no es posible su comisión por imprudencia o negligencia. El daño culposo no puede dar lugar sino a una acción de resarcimiento civil porque la imputabilidad del delito de daño es a título de dolo; este dolo consiste en la voluntad de destruir, deteriorar o arruinar la propiedad ajena, independientemente del móvil que haya orillado al agente a cometer la infracción. "Hasta que se cause algún daño a sabiendas -nos dice MAGGIORE-. El móvil... es extraño al dolo; no importa, pues, que se demuestren en el agente fines de odio, de venganza o de justicia, o una intención general de causar perjuicios (animus nocendi)". Y agrega que se pueden causar daños por odio o por venganza, pero también por "estúpido -espíritu de vandalismo". "Si el daño se considera fin de lucro, se tendría hurto; y si el móvil fuera el fin de ejercer un derecho, se tendría, según los casos, el delito de autojusticia". (17). CARRARA, principal sostenedor de la teoría que rechaza la imputabilidad delictiva en el daño culposo, nos dice; "Siendo criterio esencial de este delito el ánimo de causar injuria, pienso que no debe admitirse entre las acciones perseguibles criminalmente el daño culposo, como no puede admitirse, en general, la imputabilidad del hecho culposo en todos aquellos delitos que exigen como condición esencial una especial tendencia dirigida a satisfa-

(17) Ibidem. pp. 116.

cer una determinada pasión. Pero, más especialmente en los delitos que tienen solamente el derecho de propiedad, no puede admitir la imputabilidad política de la culpa (excepto el caso de medios por sí mismos lesivos de otros derechos), desde que bastan las reparaciones civiles para proveer a la seguridad privada. La opinión de la seguridad tampoco se conmueve, en el público, por esas lesiones del derecho, cuando proceden de mera imprudencia". (18).

Entre nosotros, GONZALEZ DE LA VEGA sostiene la tesis contraria y dice: "Precisamente porque el daño en propiedad ajena no supone especial propósito subjetivo de beneficiarse; precisamente porque, ... se define exclusivamente por el perjuicio de la cosa, sin considerar si el agente obtiene en ello alguna ventaja; precisamente porque el daño es delito de simple injuria, por lo que es la infracción patrimonial que puede admitir la forma de comisión por imprudencia". (19)

Creemos que existe una confusión entre hechos culposos o imprudenciales con actividades imputables criminalmente por delictivas a virtud de la intención criminal de llevarlas a cabo. Ciertamente en el delito de daño, no se persigue ven-

(18) Op. cit. p. 160.

(19) Op. cit. p. 162.

taja alguna por ser uno de los presupuestos necesarios del delito; tampoco en los hechos culposos o imprudenciales, se persigue una ventaja porque, en definitiva, en estos casos no se persigue nada; pero, a diferencia del delito de daño en el que no se sigue ningún fin de lucro en una empresa dolosamente llevada a cabo con fines ilícitos, en los hechos culposos no se persigue esa ventaja por su naturaleza misma de imprudenciales, y por ello, carentes de toda intención criminal. Por último, es precisamente la injuria la que marca el sello delictivo a la conducta; es el dolo, la finalidad injuriosa; en tanto que, en los casos imprudenciales, los fines de dañar, de perjudicar, de injuriar, son ajenos a la conducta en sí porque hemos dicho que en tales casos, no se persigue ninguna finalidad. Que la víctima de un hecho imprudente se sienta agraviada o injuriada, ello no implica imputabilidad delictiva al causante quien jamás tuvo, ni por breves instantes, la intención de injuriar.

Por último, interpretando el artículo 399 del Código penal, deducimos que nuestro ordenamiento positivo, si admite la forma culposa de comisión del daño, porque si por daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se integra el delito, sin la exigencia de dolo específico de dañar o perjudicar, la sola causación del daño o del perjuicio consuma el delito, sea que el

agente haya tenido o no la intención de cometerlo. Yo puedo causar imprudentemente un daño en cosa ajena, o un perjuicio a tercero por destrucción o deterioro de una cosa que es de mi propiedad; y si no se exige dolo específico o intención de dañar o perjudicar, sino tan sólo la causación del daño o del perjuicio, incurri en delito de daño en propiedad ajena.

Hace falta en la redacción del artículo 399, esa nota especial que le dé al hecho un carácter incriminable, por delictivo en sí: la finalidad ilícita en el agente, el dolo específico de dañar de que nos habla la doctrina y no la sola causación de un daño o un perjuicio que también se pueden cometer imprudentemente o por cualquiera otra causa ajena a toda intención criminal.

CAPITULO III

EL DESPOJO

A).- CONCEPTO.

El Diccionario Jurídico Mexicano, define al Despojo de la siguiente manera:

"De despojar (del latín despoliare: acción y efecto de despojar o despojarse). Privar a uno de lo que goza y tiene desposeerlo de ello con violencia. Quitar jurídicamente la posesión de los bienes o habitación que uno tenía, para dársela a su legítimo dueño. Es el acto violento, clandestino o de abuso de confianza para efecto del cual un poseedor o tenedor es totalmente excluido de su poder." (1)

El Diccionario de Derecho, explica el despojo como la privación ilegal y violenta de cosa o derecho, que puede llegar a revestir figura delictiva en los casos de despojo de inmuebles y de aguas. (2)

Para el Diccionario Jurídico del Lic. Roberto Adwood,

-
- (1) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Editorial UNAM. México 1985. p. 264.
(2) Cfr. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1984. p. 233.

se debe entender despojar como el privar a uno de lo que goza y tiene, desposeerlo de ello con violencia. Usurpar a uno la posesión de los derechos que tuviere en la cosa. (3)

B).- DESARROLLO HISTORICO

"Es necesario tener presentes las leyes españolas , como un antecedente en lo concerniente al delito de despojo -- que nos ocupa. Lo trascendente de estas leyes es que existía una idea clara de lo que era el objeto de protección en esta figura delictiva, tan es así que en el Fuero Juzgo, en la ley II, título I, libro VIII se castigaba al que echaba por fuerza a otro de lo suyo, antes de resuelto el juicio. Además -- que se perdía la demanda aunque se tuviera la razón; la violencia era un aspecto de relevancia para poder hablar de este delito. También existió en el Fuero Real, en la ley IV, - título IV, del libro IV, lo siguiente: "Que si algún hombre tomaba por la fuerza alguna cosa que otro tuviere en su poder y en paz o por juramento, perdía su derecho a la cosa, si lo tuviere; y que si no lo tiene entregue otro tanto de lo suyo". (4)

La Partida VII, ley XII, título X, contemplaba también lo relativo al delito de despojo, teniendo como elemento constitutivo la fuerza, que se utiliza; o sea la violencia, para cometer el ilícito.

(3) Op. Cit. pág. 146.

(4) Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Cárdenas Distribuidor. México 1976. 3ª Edic. p. 196.

"Posteriormente en el Código Penal español de 1850, esta característica de violencia, se diluye; restaurándose nuevamente en los años de 1870; es decir, que para que exista -- una sanción era necesario el empleo de la violencia física o moral; de igual manera se manifiesta el Código Penal italiano; además de que era una circunstancia de agravación el -- empleo de la violencia.

En México, en el Código Penal de 1871, en su artículo 442 se sancionaba el despojo de inmueble. Considerándose como medio consumativo de este delito a la violencia física o -- moral; también en el precepto citado se habla de la amenaza. En el Código Penal de 1929, se consideraba como medios consumativos del delito de despojo a la "violencia física o moral a las personas, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno, o haga uso de él o de un derecho real que no le -- pertenezca". Posteriormente, y desde 1929, se rompió de alguna manera con la tradición hispánica, ya que se consideró al engaño como otro medio consumativo en el citado delito. Pero esto trajo aparejada cierta crítica, en virtud de que al hablar de amenaza, ésta no es otra cosa que una manera de violencia moral. Toca, por último, hacer referencia al Código Penal de 1931, que en su artículo 395, reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, se refiere al "Despojo de cosas -- inmuebles o de agua". (5)

(5) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo IV. México 1977. 3a. Edición p. 240.

"El texto original señalaba como medios de consumación a la violencia, la furtividad y al empleo de amenaza o engaño, elementos que se mantienen aún en el vigente Código Penal.

Se ha considerado que la regulación del delito de despojo, en las codificaciones de los años de 1871, 1929 y 1931, tiene una gran influencia de las leyes hispánicas y francesas, orientadas todas sobre la protección de la propiedad inmueble. En el Código Napoleón, era de verdadera trascendencia la protección de la propiedad privada. Anteriormente se hablaba de la propiedad raíz, que la ley penal ordinariamente confiaba al derecho civil. Pero el delito de despojo de inmuebles no sólo es un ataque al derecho de posesión que desde las épocas romanas se protegía, sino que el ataque trasciende al orden social y público, convirtiéndose en una verdadera necesidad su regulación.

En el campo del derecho civil, se discutirá sobre si el tenedor tiene o no una acción que debe ejercitar, en sentido contrario, en materia penal, no cabe duda de que quien despoja un inmueble del simple tenedor comete un delito."(6)

C).- ELEMENTOS ESTRUCTURALES.

El artículo 395 del Código Penal para el Distrito Fede

(6) Moreno de P. Antonio. Curso de Derecho Penal. Editorial - Porrúa. México 1968. 2a. Edición. p. 217.

ral dispone: "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 ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le perte-
nezca;

II.- 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 permite por ha-
llarse en poder de otra persona, o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante y

III.- Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas.

La pena será aplicable, aun 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.

A quienes se dediquen en forma reiterada a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal, se les -aplicará una sanción de dos a nueve años de prisión. Se con-

sidera que se dedican a promover el despojo de inmuebles urbanos en forma reiterada, a quienes hayan sido anteriormente condenados por esta forma de participación en el despojo, o bien se le hubiere decretado en más de dos ocasiones auto de formal prisión por este mismo delito, salvo cuando en el proceso correspondiente se hubiese resuelto el desvanecimiento de datos, el sobreseimiento o la absolución del inculpado".

De lo señalado en el artículo en estudio, se desprenden los siguientes elementos estructurales del delito de despojo de inmuebles o de aguas:

- 1° Violencia
- 2° Amenaza
- 3° Engaño
- 4° Ocupación de inmueble

Los factores enunciados con anterioridad, se analizarán en el siguiente apartado.

D).- ANALISIS.

El despojo como figura delictiva, se encuentra regulado en el capítulo V del título vigésimo segundo del Código Penal vigente, que se refiere a los "Delitos en contra de las personas en su patrimonio". El capítulo V se intitula "Despojo de cosas inmuebles o de aguas".

Del contenido del artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal se desprenden diversas hipótesis de despojo en cuanto a la cosa objeto de la acción, una relativa a inmuebles ajenos, otra a inmuebles propios y la tercera a -- aguas, habiendo de común en que las acciones han de desarrollarse "de propia autoridad" y con los medios: violencia, -- furtividad, amenazas o engaño, y en ambos casos lo que se -- trata de proteger es fundamentalmente el derecho de posesión, el cual puede ser la "manifestación del jus possessionis" (ar-- tículos 830 y 831 del Código Civil para el Distrito Federal), del jus possidendi (artículo 798 del Código Civil para el Dis-- trito Federal), o de una simple posesión derivada (artículos-- 790. 791 y 792 del Código Civil para el Distrito Federal). -- Realizar la conducta "de propia autoridad" quiere decir reali-- zarla según el exclusivo arbitrio del sujeto, o sea, "sin que su decisión esté amparada por el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber".

1. En relación a la primera hipótesis, que se refiere a un inmueble ajeno como objeto de la acción (objeto material) la conducta a su vez puede consistir en ocupar o en hacer -- uso de él (artículo 395, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal) Por ocupar, dice González de la Vega, "debe entenderse entra en posesión del bien inmueble, invadirlo, -- introducirse en él, etc. Es esencia de este delito su natura

leza permanente, y por tanto, la ocupación debe hacerse por - un tiempo más o menos prolongado" (7) dicha ocupación, en este caso, debe ser de un inmueble ajeno, que está en posesión de otra persona, y puede tratarse de un terreno sin construcción o construido, rústico o urbano, etc., y, de acuerdo con la última parte del artículo 295 del Código Penal para el Distrito Federal., aun cuando el derecho a la posesión del inmueble ajeno "sea dudoso o esté en disputa". El "hacer uso" del inmueble ajeno, a su vez, quiere decir servirse de él; ese -- servirse de él, que en principio es en forma transitoria, puede ser en provecho propio o, incluso, de tercero.

Aunque la ley no hace distinción alguna en el artículo 395, en el sentido de que el "despojo de uso" pueda ser menos sancionado que el despojo propio, o sea el de ocupación, resulta recomendable hacer valer aquí la situación que se plantea respecto del robo de uso.

Respecto del "derecho real" de que habla la fracción I del artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal., - debe entenderse que lo que se sanciona es el "uso de él", mismo que ha de lograrse, igualmente, "de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenazas o engaño". No puede hablarse de la "ocupación" del derecho real, -

(7) González de la Vega, op. cit. p. 507.

pues se ocupa la cosa inmueble sobre la cual se tiene o no el derecho, y, como dice González de la Vega, "el artículo protege la posesión ejercida, esto es, el poder de hecho que virtualmente se tiene sobre el bien, y por tanto, esta última hipótesis resulta superflua, pues no todos los derechos reales caben en ella, sólo el de posesión, y éste se vulnera - dado su carácter fáctico - por la ocupación o uso del bien en sí, - no del derecho. Hacer uso del derecho de posesión- pasar por terreno afecto a una servidumbre-, es en realidad ocupar el - bien, por lo que cabe en la primera hipótesis." (8)

Por lo que respecta a la segunda hipótesis, que se refiere a un inmueble propio que se encuentra en poder de otra persona, como objeto material, la conducta puede consistir en "ocupar" el inmueble propio o en "ejercer actos de dominio", - y, por supuesto para constituir una conducta típica de despojo, deben ser realizadas "de propia autoridad", además de la utilización de los medios exigidos por el tipo: violencia, --furtividad, amenaza o engaño (artículo 395, fracción II del --Código Penal para el Distrito Federal). Para que la conducta consistente en ocupar el inmueble propio sea típica, además de los medios señalados, se requiere que su realización no -caiga en los casos en que la ley lo permita; así, por ejem--plo., si la propiedad sobre el bien se encuentra gravada, al

(8) ~~González~~ de la Vega, op. cit. p. 507.

haberse transferido la posesión (derivada) a un tercero, el nudo propietario no puede "de propia autoridad" y menos por los anteriores medios, desposeer a su legítimo detentador sin concretar la acción descrita en el tipo del delito del despojo. Conforme a esto, González de la Vega señala como sujetos pasivos de este caso de ocupación al usufructuario, al arrendatario, al usuario, al depositario, al que ejerce el derecho de habitación, etc., y como sujeto pasivo al propietario del bien gravado en los términos del contrato o acto respectivo. - (9)

Por otra parte, el "ejercer actos de dominio", como -- otra forma en que se puede cometer el despojo sobre los bienes inmuebles propios, tiene que llevar aparejada la "lesión de derechos legítimos del ocupante", señalándose como ejemplo el caso del arrendador que obstaculiza el acceso del local o vivienda al arrendatario colocando candado u otras cerraduras.

Finalmente, el despojo de aguas (artículo 395, fracción III del Código Penal.), cuya regulación ha sido criticada por una parte de la doctrina, por su amplitud y falta de precisión en su redacción, es calificado incluso de inconstitucional. En efecto, la fracción III del artículo 395 se refiere "al que en los términos de las fracciones anteriores, -

(9) González de la Vega. op. cit. p. 508.

cometa despojo de aguas". En términos generales, las exigencias del principio de legalidad contenido en el artículo 14 - constitucional se cumplen, toda vez que el despojo de aguas, - en términos de las fracciones I y II del artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal, puede realizarse a través de una conducta consistente en "ocupar. las aguas o en -- "hacer uso" de ellas, con los medios y en la forma señalados ya en la primera de las mencionadas fracciones. Es decir, el legislador no ha omitido la descripción de la conducta desde el momento en que remite a los términos de las "fracciones anteriores". Por lo que hace al no señalamiento preciso de las aguas que pueden ser objeto de la acción de despojo, es claro que dichas aguas pueden ser propias o ajenas. De manera más-objetiva, se considerarán como tales aguas, que pueden ser objeto de despojo, las contenidas en los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de aguas, al igual que el agua de los - acueductos y de las cañerías de cualquier especie que conduzcan líquidos. En tratándose de las "aguas propias", tomando en cuenta el contenido de las fracciones I y II del artículo 395, la ocupación dará origen a una conducta típica cuando dicho - acto sea permitido por la ley, debiéndose determinar en lo -- concreto en qué casos la ley no permite la ocupación; o bien- cuando se ejerzan sobre las aguas actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante.

El hacer uso de las aguas puede traducir en el aprove-

chamamiento de que de las mismas se haga, sin desviar su cause, se puede hacer uso de ellas comportándose como dueño. Respecto de las aguas también puede hacerse uso de un derecho real-que exista sobre ellas, lo que consistiría en la realizacion-de actos propios del dueño o del titular de la servidumbre.

El Código Penal de Veracruz (1980) tiene una regula---ción más precisa respecto del despojo de aguas, al establecer en su artículo 194 fracción III: "Al que desviare, derivare- o hiciese uso de las aguas propias o ajenas, en los casos en- que la ley no lo permita, así como el uso de un derecho real- de aguas que no le pertenezcan". Redaccion que viene a sub-- sanar todos los problemas que plantea el Código Penal.

Por lo que respecta a los medios de realizacion, en -- las diversas hipótesis que se han mencionado, el tipo exige - la concurrencia de especiales medios o forma de realizacion - de la accion, que son: violencia, furtividad, amenaza o enga- ño.

En relacion a la "violencia", en los códigos penales - de 1929 y 1931 no se advierte una especificacion clara de ío- que ella es o en lo que ella consiste, reduciéndose únicamen- te a señalar que la violencia recae sobre las personas. Con- forme a las reformas de diciembre de 1945, no se hace ninguna especificacion de si la violencia es únicamente sobre las pero

sonas o también sobre las cosas, por lo que se ha considerado que puede recaer tanto sobre las personas como sobre las cosas. Por otra parte, al hablar el artículo 395 de la violencia, no especifica si se trata únicamente de la violencia física o también de la moral; pero se entiende que se refiere sólo a la violencia física (vis absoluta), según el sentido de la reforma de 1945, con lo que la violencia se amplía a las cosas. Sin embargo, no queda del todo excluida la violencia moral, si se admite que el despojo también puede realizarse "empleando amenaza" como lo dice el propio precepto en cuestión. La violencia física sobre el inmueble, consiste en el despliegue de una fuerza que transforme, altere o incluso destruya el objeto de la acción con el fin de hacer posible la ocupación o uso, por lo que ella debe preceder o ser simultánea a dicha ocupación o uso. El empleo de amenazas, a su vez, consiste en la realización de actos o de palabras sobre la persona, con las que se le da a entender que se le hará un mal si se opone a que se ocupe o se haga uso del inmueble o de las aguas. El empleo de engaño, supone la realización de una actividad falaz que tiende a producir una situación de error en el sujeto pasivo, y debe ser el medio idóneo para lograr la ocupación del inmueble o su uso y la ocupación de las aguas o de los derechos reales. Plantea consideraciones importantes, para distinguir entre el delito de despojo cometido mediante engaño y el delito de fraude que tiene por objeto un bien inmueble. La furtividad, finalmente, consiste en una

maniobra clandestina, es decir, a escondidas, para ocupar o usar el inmueble o las aguas. La ocupación o el uso furtivo del inmueble o de las aguas se realiza, por lo general, cuando el poseedor se encuentra ausente y el sujeto activo se -- aprovecha o vale de dicha circunstancia. De todos los me--- dios señalados, se consideran como auténticos del despojo, - la violencia y las amenazas, por lo que hay opiniones en el sentido de considerar absurda la inclusión de la furtividad y el engaño.

El artículo 395 señala en su parte penúltima que cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en su conjunto sean mayores de cinco personas, la pena se aumentará - para los "autores intelectuales" y para "quienes dirijan la invasión". La razón es fundamentalmente política.

Para estructurar adecuadamente el presente apartado,-- citamos los oportunos comentarios que lleva a cabo el ilus-- tre maestro Raúl Carrancá y Rivas al respecto:

"El engaño idóneo es el que induce a error al poseee-- dor para, así, poder realizar el agente la ocupación (por -- ejemplo obtener las llaves de una casa a pretexto de reco--- rrerla para alquilarla e instalarse en ella). No constituye engaño el empleado ante los tribunales cuando, por tenerse - aparentemente la condición de propietario, se demande a quien

en verdad lo es, en en juicio de desahucio.

...Las aguas objeto del delito son las que forman parte del inmueble: arroyos, cauces, canales, presas, depósitos, aguajes, etc. estando destinadas al servicio de dicho inmueble; y no lo son las que están entubadas, las que pudieran ser objeto del delito de robo. Pueden ser corrientes o estancadas, continuas o intermitentes, perennes o temporales, superficiales o subterráneas.

Es un delito de lesión y doloso. Es configurable la tentativa El dolo consiste en la voluntad y conciencia del agente de preparar la ocupación, cualquiera que sea la intención ulterior. El delito es instantáneo. El objeto del delito es la posesión del inmueble, careciéndose de derecho para ella; y es poseedor de una cosa, el que ejerce sobre ella un poder de hecho. Posee un derecho el que goza de él". (10)

(10) Carrancá y Trujillo Radl. Carrancá y Rivas Radl. Código Penal anotado. Editorial Porrúa. México 1991. 16a. Edición. p. 916 y 917.

CAPITULO IV

LA POSESION Y LA PROPIEDAD COMO ELEMENTOS EN EL DELITO DE
DESPOJO DE BIENES INMUEBLES

A).- CONCEPTO DE POSESION .

La posesión, es un tema harto escabroso y diferentes - autores así lo han señalado, para darnos cuenta de ello basta nos la opinión de Brugi que dice: "La doctrina referente a - la posesión es una de las más difíciles de explicar teórica- mente, aunque en la práctica la intuyan hasta los ignorantes en derecho. (1)

El origen de la posesión según algunos autores, se en cuenta en la cuna de la sociedad y debe haber precedido a la sociedad misma, en este caso la posesión sería antigua y la - propiedad moderna, el hecho se habría anticipado al derecho, el que vendría a quedar relegado a las creaciones de los pri- meros jurisconsultos, pero, ya sea que la posesión haya prece- dido a la propiedad, o ésta áquella como sostienen otros auto- res lo cierto es, que lo que nadie puede dejar de reconocer - es que la institución de la posesión es necesaria, y además reclamada por el interés de todos, aunque nos parece más lógi

(1) Citado por De Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano.- Editorial Porrúa, México 1962, 2a. Edición, pág. 38.

co que originalmente la propiedad debió comenzar por la ocupación o la toma de posesión. Según las Partidas, la palabra - posesión, equivale a "ponimiento de pies".

Dicha palabra denotada en la opinión antigua insistencia, permanencia, y representaba una relación puramente material del hombre con las cosas derivándose bien de POSITIO-PEDIUM, o bien de PO-SEDERE, Posteriormente, cambiando algo el sentido de la frase, se sostuvo que la posesión no significael hecho mismo del ponimiento de pies a que se refería las -- Partidas, sino la facultad de realizar esa relación. POTESUM SEDERE (fórmula que substituyó a la anterior significando -- "tengo facultad de sentarme") También se ha derivado la palabra posesión de POSSE, poder, tener facultad o fuerza en alguna cosa siendo esta explicación la mas razonable.

En el Derecho antiguo de Roma, la posesión revestía un marcado carácter materialista; así que solo se aplicaba a los objetos físicos y requería una aprehensión u ocupación actual y corporal; al mismo tiempo significaba un poder absoluto análogo de la propiedad, más tarde se extendió la misma idea de - las cosas a los derechos reales, inventándose para explicar esta extensión considerada como anómala, la llamada CUASIPOSE--- SION y distinguiendo siempre entre la mera detentación de las cosas, no considerada como posesión, y la posesión verdadera -

que requería el ánimo o la posesión de la cosa a la cuasi posesión de los derechos, ha tenido gran influencia en el moderno concepto de la posesión, admitiéndose en los Códigos la -- distinción, entre la posesión de las cosas y la posesión de los derechos.

NATURALEZA.- Respecto de esta cuestión los tratadistas no se han puesto de acuerdo, pues mientras unos sostienen la tesis de que es un hecho, otros no menos comentados nos dicen que es un derecho, sin que falten los eclécticos que reconocen en ella un elemento de derecho sin que se trate de un mismo objeto con dos naturalezas distintas, sino de los objetos de naturaleza distinta; el hecho y el derecho de posesión.

Los Juristas Romanos la concebían como una IMAGEN-DOMINI pero la interpretación de sus textos aparece bastante confusa.

Savigny, decía que la posesión es originalmente un hecho que con posterioridad se convierte en derecho en virtud de las consecuencias jurídicas que lleva consigo y entre las cuales la más importante es el derecho personal del poseedor de invocar la tutela de los interdictos cuando se molestara su posesión.

José Gomiz y Muñoz, nos dicen que "las opiniones se dividen

en dos bandos extremos; el primero encabezado por Windscheid - entiende que la posesión, vocablo derivado de la "posesión romana y la de la germánica "besitz", indica un hecho, un mero - hecho; el segundo, dirigido por Ihering atribuye a la posesión una cualidad indeclinable de derecho en virtud de que es un -- evidente interés amparado jurídicamente". (2)

La mayoría de los autores modernos se inclinan por entender que la posesión es un derecho; ya que, según Ihering es un interés protegido y por tanto un derecho.

En un sentido literal, tomada en sí misma la palabra posesión quiere significar, la potestad o el poder ejercido sobre una cosa.

Etimológicamente, la voz posesión deriva de la latina - posesión de pos sedere, que se compone de posse y sedere, --- equivaliendo a poder sentarse o fijarse, y significando un poder de hecho que ejercitamos sobre las cosas de la naturaleza exterior uniéndolas a nosotros de un modo estable, al menos en la intención."(3)

En este sentido se nos presenta la posesión, como una relación exterior consistente en el establecimiento y ocupación -

- (2).- Gómez José y Muñoz Luis. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, México 1943. Tomo 11.1a. Edición - pág. 327.
- (3).- Enciclopedia Universal Europea Americana. Ediciones J. Es pasa Barcelona, España 1922. Tomo XLVI. 2a. Edición pág. 780.

de una cosa por lo que en un concepto amplísimo o muy general, se le debe entender como la tenencia general de las cosas que nos brinda la posibilidad de usar de ellas incluyendo a los demás.

Siempre y cuando esa tenencia material de las cosas, se dé no de manera momentánea sino con la intención permanente o por lo menos estable y queriendo que exista una relación también permanente y estable que excluya a los demás de su uso y disfrute, se tenga o no título jurídico para ello. Solo en este caso se presenta la posesión como institución jurídica con existencia separada e independiente, como productora de una serie de efectos jurídicos propios, por lo que cuando nos referimos a ellas debemos entender que aludimos, no a la simple tenencia material de las cosas, ni a la que es efecto del derecho de propiedad, sino a la que es causa de derechos y que el ordenamiento jurídico protege y reconoce, independientemente de la existencia o legitimidad objetiva del título que la haya originado.

Planiol y Ripert la definen: "La posesión es un ESTADO-DE HECHO, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y realiza en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute como si fuera propietario de ella. (4)

(4) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editorial Paría, Francia. 1952. 2a. -- Edición pág. 145.

EL TRATADISTA mexicano Rafael Rojina Villegas dice que la posesión puede definirse como un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho. (5)

De ahí se infiere que:

1°.- La posesión es un poder físico; no poder jurídico, aunque puede serlo, pero no necesita esa calificación.

2°.- Por virtud de ese poder físico, la persona retiene exclusivamente en su poder la cosa;

3°.- El poder supone la existencia de una intención que se traduce en actos materiales para aprovechar la cosa;

4°.- Los actos materiales (poder físico) pueden originarse de un derecho personal o bien de una situación contraria a derecho.

La posesión, tal como la entendían los romanos, puede -

(5).- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa México, 1988, Tomo III, 3a. Edición. pág. 260.

ser dividida: el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario. (6)

B). TEORIAS ACERCA DE LA POSESION.

Diversos han sido los criterios adoptados por los autores para realizar la clasificación de la posesión inclusive muchos de ellos hablan indistintamente de las especies o de los "grados" de la posesión como si se tratara de una misma cosa.- Actualmente se ha puesto de manifiesto que en Derecho Romano - sólo se conocieron tres especies de posesión: la. LA POSSESSIO NATURALES, mera detentación que carecía de efectos jurídicos; 2a. La posesión propia y verdadera , la POSSFSSIO AD INTERDICTA. PROTEGIDA por el pretor mediante los interdictos; y 3a. La posesión cuyo dominio se adquiría de un título idóneo, basada en una justa causa LA POSSESSIO CIVILES AD USUCAPIONEM, que ha cía posible la usucapión y estaba protegida por los interdictos y por la acción publiciana.

El Código Civil, en el Estado de Tamaulipas al igual -- que el Código Civil para el Distrito Federal, por seguir la -- doctrina objetiva, hace abstracción de la división bipartita -

(6).- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México 1952. 9a. Edición pág. 238.

de la posesión en NATURAL Y CIVIL y nos habla de posesión ori-
ginaria, derivada, indivisa, de buena y mala fe, con título,-
delictuosa, pacífica, continua, pública y prescriptiva, dando
lugar a clasificar la posesión en: 1°. GENERICA que constitu-
ye el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o el goce
de un derecho, sin que el poseedor esté en relación de depen-
dencia con el dueño de la cosa; 2°. TENENCIA, posesión naci-
da por acto delictuoso o por la dependencia en que se haya el
poseedor respecto del dueño de la cosa 3°. ORIGINARIA. Cuan-
do el que posee lo hace a título de propietario (en concepto
de dueño), o bien cuando por un acto jurídico el dueño entre-
ga la cosa para que la retenga temporalmente el poseedor; ---
5°. INDIVISA, cuando se ejercitan actos posesorios sobre la -
cosa común que no admite división por varios coposedores sin-
excluirse; 6°. CON TITULO, es decir con causa generadora de-
la posesión es mejor la que la tiene y tratándose de inmueble
la inscrita; 7°. DE BUENA FE cuando se entra a poseer con ti-
tulo suficiente o se ignoren los vicios de éste; 8°. DE MALA
FE, cuando se entra en la posesión sin título alguno o se co-
nocen los vicios que impiden poseer un derecho; 9°. PACIFICA,
la que se adquiere sin violencia; 10°. PUBLICA, la que se --
disfruta de manera que pueda ser conocida de todos a la que -
está inscrita en el Registro de la propiedad; 12°. PRESCRIP-
TIVA, la que puede producir la prescripción y se adquiere y -
disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída.

En su obra "elementos de Derecho Civil Mexicano", el -- licenciado Rafael de Pina hace una clasificación de las espe-- cies de posesión con arreglo a los siguientes criterios: A.-- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA INTENCION, es de buena fe, de ma la fe, y delictuosa; B.-POR LA PROCEDENCIA, en originaria y - derivativa, y C.- POR LA FORMA DE ADQUISICION Y DISFRUTE, en- pacífica, continua y pública. (7)

Siguiendo el orden del autor citado, a continuación da- remos una síntesis de las diferentes especies de posesión con el contenido de los artículos los correspondientes al Código Civil en vigor para el Distrito Federal con el que es coinci- dente el Código Civil vigente en el Estado de Tamaulipas.

A).- CLASIFICACION POR RAZON DE LA INTENCION:

I.- POSESION DE BUENA FE.- "Es poseedor de buena fe, - el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente- para darle derecho de poseer. También lo es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho" (artícu lo 806 del Código Civil para el Distrito Federal).

La buena fe se presume; al que afirme la mala fe del -- poseedor le corresponde probarla (artículo 807 del Código Ci--

(7).- De Pina, Rafael.Elementos de Derecho Civil Mexicano, Edi torial Porrúa.México,1962. Volumen 11.2a. Edición pág.38

vil para el Distrito Federal).

II.- POSESION DE MALA FE.- "Es poseedor de mala fe, el que entra en la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer en derecho". (artículo 806 2o. párrafo del Código Civil para el Distrito Federal).

III.- POSESION DELICTUOSA.- "El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir todos los frutos que haya producido la cosa y los que haya dejado de producir por omisión culpable. Tiene la obligación impuesta por la fracción II del artículo 812 del Código Civil". La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal considerándose la posesión de mala fe" Art. 1149 a responder de pérdida o deterioro de la cosa sobrevenida por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que estos se habrían causado aunque la cosa hubiese estado poseída por su dueño. No responde de la pérdida sobrevenida natural e inevitablemente por el solo transcurso del tiempo (fracción II del Artículo 872 del Código en Mención).

CLASIFICACION DE LA PROCEDENCIA.

I.- POSESION ORIGINARIA.- "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega temporalmente, en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario y otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro tiene una posesión derivada (artículo 791 del Código Civil para el Distrito Federal).-- "En caso de despojo el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada, y si éste no puede o no quiere recogerla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo (artículo 792 del Código Civil para el Distrito Federal). "Solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción" (Artículo 826 del Código Civil para el Distrito Federal).

II.- POSESION DERIVADA.- Es la que como en el caso anterior tiene el que recibe la cosa con el derecho de tenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario y otro análogo" (Artículo 791 del Código Civil para el Distrito Federal).

CLASIFICACION POR LA FORMA DE ADQUISICION Y DISFRUTE.

I.- POSESION PACIFICA.- "Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia" (artículo 823 del Código Civil para el Distrito Federal).

II.- LA POSESION CONTINUA.- Posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumerados en el capítulo y Título VIII de este libro.- Artículo 823 del Código Civil para el Distrito Federal. Capítulo y Título VII del Código en comento. se refiere en los artículos 1145 y 1151 inclusive 1168, 1175, a la interrupción de la prescripción adquisitiva o usucapión.

III.- POSESION PUBLICA.- Posesión pública es lo que se disfruta de manera que puede ser conocida por todos. También es la que está inscrita en el Registro de la propiedad. Artículos 802 y 825 del mismo Código.

EL CONCEPTO DE LA POSESION
EN LA LEGISLACION MEXICANA

Sistema adoptado por los códigos de 1870 y 1884.- En este apartado haremos el estudio de los Códigos de 1870 y 1884, - por ser sus artículos de igual contenido aún cuando no coincidan en su numeración, el comentario y la interpretación de uno-

de ellos, es sin lugar a dudas aplicable al otro; por otra parte, ambos códigos siguen la teoría de Savigny, a la que algunos autores llaman francesa por oposición a la llamada también, doctrina alemana de Ihering; y a la que otros juristas denominan clásica, la que resumiremos en la forma siguiente: por basarse en el elemento espiritual, se le da el nombre de teoría subjetiva o de la voluntad. En ella, Savigny afirma, que la posesión se encuentra integrada por dos elementos que son el corpus y el animus; para él, el animus es el propósito o intención del poseedor de servirse de la cosa como propia para atender a sus necesidades y el corpus es la exteriorización de ese propósito (ánimo). El elemento característico de la posesión en esta teoría, viene a estar constituido por el animus que es la intención de tener el poseedor la cosa como suya.

Con respecto al corpus posesorio, debe entender no precisamente como el hecho de que sobre la cosa se esté ejerciendo un poder físico inmediato por estar al alcance del que la posee, sino bastando de que exista la posibilidad de realizarlo, por lo que para Savigny, el corpus posesorio no es el poder material sobre la cosa misma, sino el hecho de que esta se halle bajo la guarda o custodia del poseedor, por que estando así, la tiene en su poder y ésta en posibilidad de ejercer, excluyéndolo de la aprehensión de los demás.

Savigny estimaba al elemento intencional de la posesión como un ANIMUS DOMINI, consistente en la voluntad del poseedor de tener la cosa para sí, a título de propietario y aspirando a la propiedad; por lo que para ser considerado como poseedor, no bastaba con tener la cosa, sino que había que ejercer esa tenencia a título de dueño como lo haría el propietario.

El Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, en el título cuarto del libro segundo, en su artículo 919, define a la posesión como la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre. Esta definición se tomó del concepto que el jurista español García Goyena formuló en su proyecto del Código Español, suprimiendo la frase "En concepto de dueño" de dicho precepto que decía "La posesión es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho, por nosotros mismos EN CONCEPTO DE DUEÑO", probablemente la comisión redactora de ese nuestro Código la suprimió al considerar que el animus domini no está implícito en toda forma de posesión y que la interpretación de los textos romanos no es dicho ánimo, sino el remsibi habendie que se persigue, significando el tener la cosa para sí, tenerla en nombre propio, o como señala dicho Código"por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre, en dicha definición que es igual a la que se expresa en el artículo 822 del Código Civil de 1884, contra--

mos los elementos de la doctrina tradicional cuyos orígenes - se remontan al derecho romano: EL CORPUS Y EL ANIMUS.

El primero, el elemento de carácter material consiste en la relación material entre el poseedor y el elemento de la relación posesoria está constituido por la tenencia de una cosa o por el goce de un derecho.

El segundo, de carácter psicológico con origen en la - voluntad del poseedor, consistente en la intención de llevar a cabo esa tenencia o goce por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre. De la definición se infiere, que para poseer es necesaria la tenencia de la cosa con ánimo de adquirirla - para sí, que es lo que hacían entender los autores cuando definían la posesión "detentio rei alicujus cum animo deomini", - y la ley la, tít. 30, partida tercera en las siguientes palabras : Tenencia derecha que home ha en las cosas corporales -- con ayuda del cuerpo del entendimiento.

Sin ese ánimo dice Mateos Alarcón no es más que una -- simple detentación, sin ninguna consecuencias jurídicas tales por ejemplo el hecho de aquel que en un viaje levanta un - abrigo para guarecerse durante la noche, el cual abandona al día siguiente para continuar su camino. (8)

(8) Mateos Alarcón, Manuel, Estudio sobre el Código Civil del - Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 1987, Tomo III.-- 2a. Edición. pág. 99.

También inferimos de las definiciones de ambos Códigos, que cuando un individuo tiene una cosa en nombre de otro, éste en quien realmente posee y no aquél, que sólo tiene la simple detención de la cosa sin ánimo de adquirirla para sí. -- De aquí provino el principio jurídico del artículo 923 del -- Código del 70, del que es copia fiel el 826 del de 1884 que dice: "El que posee en nombre de otro no es poseedor en derecho", es decir que solamente es poseedor en derecho el que posee en nombre propio.

Esta es la concepción tradicional del derecho romano -- por lo que para poseer bastaba tener la cosa para sí en nombre propio, por esto decían los Jurisconsultos que los que tenían una cosa en nombre de otro no poseían, y en sus textos nunca -- hablaron del animus domini sino del animus entendido como posidendi.

De aquí provino la división de la posesión en Civil y -- natural origen de intrincadas controversias entre los jurisconsultos pues unos pretenden que la posesión civil es la que se retiene solo con el ánimo; y natural la que se retiene por posesión natural, la ocupación material de la cosa y por posesión civil la tenencia de la cosa con ánimo de adquirirla para sí.

Además, nuestros Códigos admiten una presunción juris --

tantum, para considerar que todo poseedor es propietario de - la cosa (art. 925 del Código de 1870 y 828 del de 1884). "La posesión da al que la tiene, presunción de propietario para - todos los efectos legales". Por lo tanto quien impugne la po sesión en caso de litigio, tendrá que demostrar que hay una - causa que la excluye, es decir el que impugna la posesión ten drá que justificar que por un acto jurídico, de un contrato, - el que se ostenta como poseedor, está detentando que la cosa - en nombre de otro. El tratadista Rojina Villegas dice que "Nuestro Código de 1884 sigue la teoría que se considera tra - dicional, pues por una doble presunción basta justificar la - tenencia para llegar a la posesión, y de ésta a la propiedad. Dice el artículo 825 que "el poseedor tiene a su favor la pre sunción de poseer por sí mismo".

La Ley presume o infiere del corpus el animus, Sería - más correcto decir que el detentador tiene a su favor la pre - sunción de poseer por sí mismo". (9)

En el siguiente párrafo agrega el autor antes citado - "por virtud de esa presunción legal, relacionamos el caso con otra presunción para inferir el animus domini, reconocido en -

(9).- Rojina Villegas, Rafael. op. cit.-pág. 229.

el artículo 828 "La posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos legales".

Todo lo expresado en los dos párrafos que anteceden, - tiene aplicación a los artículos relativos del código 1870, - pues el artículo 825 del código de 1884 está tomado textualmente del 922 de aquél, que a la letra dice: "El poseedor -- tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo" y el -- 828 del 925 que dice: "la posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos legales".

ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1928.- El autor Rojina Villagas, en su obra de Derecho Civil Mexicano, apunta que nuetra legislación vigente en materia de posesión se encuentra - directamente inspirada en las disposiciones de los Códigos -- Alemán y Suizo y como éstos a su vez se guían por la doctrina llamada alemana o de Ihering, a continuación haremos una breve síntesis de ella.

Ihering, llama a su teoría: Objetiva para oponerla a la de Savigny a la que dió el nombre de subjetiva. Para Ihering la posesión "no es en sí misma más que una relación desprovista de importancia jurídica la de propiedad". (10) Se coloca - en posesión distinta a la adoptada por Savigny. Para Ihering-

(10).- Ihering, Rodolfo. Teoría de la Posesión y la Voluntad - en la Posesión. Editorial Reus, Madrid, España, 1926.-- 2a. Edición. pág. 85.

el elemento primordial de la posesión es el CORPUS y por ello niega la importancia del ANIMUS pues éste elemento intencional se encuentra incluido en el corporal; para él el corpus no consiste en el poder físico que se ejerce sobre las cosas, ni en la posibilidad de realizarlo, sino en el ejercicio de actos que son la manifestación del derecho de propiedad.

CODIGO ALEMAN.- Este ordenamiento, ha adoptado la postura doctrinal elaborada por Ihering, establece que existe posesión, "cuando se ejerce poder de hecho sobre una cosa" (11) - por lo que será poseedor todo detentador que lo ejerza, haciendo abstracción de cualquier intención personal que éste exceda a la voluntad de ejercer un poder efectivo sobre ella. En este código es innecesaria para la existencia de la posesión, la presencia de una voluntad especialmente calificada (animus domini), como quería Savigny

Ha de advertirse como lo hace el autor Rojina Villegas que al emplear el Código Aleman la expresión poder de hecho ya califica a la relación material del hombre con las cosas "con la circunstancia de un dominio o señorío" que se ejerce a través de ese poder, y que este último "puede ser de distintos grados, según sea jurídico, cuando se tenga la posesión por virtud de un derecho, o por poder económico, cuando se tenga por virtud de un hecho." (12)

(11) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pág. 235.

(12) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pág. 235.

El Código Alemán, admite la existencia de dos clases - de posesión: la inmediata y la mediata. La primera surge --- cuando se está en relación directa con las cosas, cuando se - ejerce el poder afectivo de hecho que constituye el corpus -- posesorio, sin recurrir a intermediarios; en tanto que la posesión mediata es la que tiene por mediación de otro el poseedor mediato posee por otro o mediante otro, ya que teniendo - la posesión originaria en nombre propio, la delega mediante - un acto jurídico al mediador posesorio o subposeedor, que es quien está en relación material directa de la cosa.

CODIGO SUIZO.- El Código Suizo en términos generales da el concepto de posesión consagrado por el Alemán, apartándose de éste último en dos puntos importantes, admite expresamente la posesión de los derechos, y suprime la noción de detención subordinada que establece el código Alemán.

La posesión, para el código Suizo, se caracteriza por el ejercicio de un poder efectivo para las cosas corporales, - y en materia de derechos, por el ejercicio efectivo de los -- mismos, Distingue también dos clases de posesión: la originaria y la derivada. "Tienen posesión originaria los que poseen en concepto de dueño. Tienen la posesión derivada quienes por virtud de un acto jurídico reciben temporalmente una cosa, bien

sea en derecho propio o bien en provecho del poseedor origina-
rio" (13)

Se aprecia a simple vista, que el concepto de posesión derivada del Código Suizo, corresponde al de posesión inmedia-
ta del Código Alemán, pero como el ordenamiento que nos ocupa el hecho de que el poseedor derivado tenga las cosas en provecho propio o en provecho ajeno carece de importancia, ha suprimido las distinciones que en atención a esas circunstancias hace el Alemán entre posesión mediata y posesión inme-
diata. Esta característica del Código Suizo, así como la ter-
minología que emplea, tiene para nosotros mayor interés que la
que consagra el Código Alemán, porque como veremos a continuación, es la que nuestro Código en vigor adopta.

SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO VIGENTE.- La comisión -
redactora del proyecto de Código, declara expresamente en -
su exposición de motivos, que estudió la posesión independi-
zándola del derecho de propiedad y de cualquier otro acto ju-
rídico que le sirviera de título, por eso se estableció que
cuando la posesión no era más que la manifestación del dere-
cho de propiedad, el poseedor gozaba de los derechos de pro-
pietario, y que cuando la posesión se adquiría del dueño, en
virtud de un acto jurídico que transmitiera el poder de hecho

(13) Rojina. Op. cit. pág. 244.

sobre una cosa, el poseedor tenía los derechos que le confería al título constitutivo de la posesión, y ésta se regía por las disposiciones legales que reglamentaban el acto jurídico que le dió nacimiento, ya fuera usufructo, arrendamiento, prenda, etc. pero independientemente de esas posesiones se reglamenta la posesión sin título, es decir el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño. Esa posesión fue garantizada cuando el poseedor hacía producir la cosa poseída pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita que se reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos.

Consecuentemente con este criterio, se estableció la posesión útil, es decir la de aquel que hace producir la cosa, rodeando a esta posesión de más garantías y reconociéndole los mayores efectos jurídicos, porque merece mayor protección el individuo que, aunque sin ser el propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa la propiedad, la abandona o impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama.

La legislación vigente para el Distrito Federal reglamenta la posesión en el libro Segundo Título Tercero, Capítu-

lo Unico del código de la materia, entendiéndola en términos semejantes a los que apuntamos con respecto al Alemán y al - Suizo.

Ninguno de nuestros códigos, ni el de 1870 (artículo -- 919) ni el de 1884 (artículo 822) ni el vigente artículo 790 nos dan un concepto acerca de la posesión, sino solamente explican con palabras distintas a que personas se consideran - poseedores.

En los códigos de 1870 y 1884 se dice: "Posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mis mos o por otro en nuestro nombre".

Por ello como atinadamente indica el tratadista Rojina Villegas "propriadamente el código no define la posesión sino al poseedor", circunstancia que carece de importancia porque con en esas condiciones, queda precisada una idea bastante clara para desprender de ella el concepto de posesión que nuestra - ley acepta. Al establecer el artículo 790 del código en vi-- gor:

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

Puede apreciarse con relativa facilidad, que nuestra - legislación adopta la teoría objetiva de la posesión, pues - de conformidad en tesis general con la opinión de Iering, - no exige para su existencia ninguna calificación especial del elemento psicológico y basta con el ejercicio de un poder de hecho para las cosas, o con el goce efectivo de los derechos, para que quede configurada jurídicamente.

El legislador mexicano, por seguir la teoría objetiva de Iering, considera que la existencia del elemento material de la posesión, hace suponer la del elemento intencional; y - que entiende a este último como la simple voluntad del poseedor encaminada a ejercer un poder efectivo sobre las cosas, o a gozar de los derechos.

El artículo que comentamos, coincide esencialmente con las correspondientes disposiciones de los códigos en que se inspira, pues es indudable que tanto el poder efectivo que - se ejerce sobre aquéllas o el goce efectivo de éstos.

Respecto de la posesión de derechos, en principio, puede afirmarse que solo los derechos patrimoniales, sean reales o personales, pueden ser poseídos de acuerdo con lo que dispone el artículo 794, al establecer que:

"Solo pueden ser objeto de posesión las - cosas y derechos que sean susceptibles -

de apropiación".

y ésta excluyendo la posibilidad de que los derechos que no tienen carácter pecuniario (como los del estado civil), puedan ser poseídos. Pero como en algunos artículos (341,352, 353) el código habla de posesión de derechos como los del padre, o los de hijo nacido de matrimonio y por ello pudiera estimarse que los derechos no patrimoniales, como estos del estado civil, pueden ser objeto de posesión, señalamos, con objeto de desvirtuar esa idea que no ha sido esa la intención del legislador, pues la defensa de esos derechos en caso de perturbación, no está encomendada a los medios de protección específica de toda posesión que son los interdictos, sino al ejercicio de acciones que el código de procedimientos civiles clasifica como el estado civil en su artículo 24.

Por lo que hace a las cosas, hay que eliminar como objeto de posesión particular, las que teniendo un valor pecuniario no son susceptibles de apropiación, ya que de acuerdo con la ley son inalienables, tales como los bienes del dominio público de uso común o los destinados a un servicio público --- mientras no se desafecten.

Adoptando la terminología de la legislación Suiza, nuestro Código distingue dos clases de posesión: la originaria y la derivada; ambas formas están reglamentadas por el artículo

791 que a la letra dice:

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

El que posee a título de propietario (posesión animus domini) tiene posesión originaria; y posesión derivada el -- que sin poseer en ese concepto, ejerce directamente un poder de hecho sobre las cosas que el primero, para que temporalmente las retenga en su poder. Inferimos que la posesión derivada para su existencia supone la celebración de un acto jurídico entre el poseedor originario y el poseedor derivado, dando en este último lugar la existencia de un derecho real o personal que la faculta a tener temporalmente las cosas en su poder aprovechándolas por si o en provecho ajeno, lo que -- para nuestra ley, carece de importancia no dando lugar a distinción entre los poseedores derivados.

De las consideraciones expuestas concluimos que nuestra legislación consagra en términos generales la teoría de --

Ihering aunque a nuestro juicio por lo que hace la protección posesoria nuestro código no siga la opinión de dicho tratadista, y al inspirarse en las disposiciones de los códigos Alemán y Suizo, rechaza la noción del "animus domini" como elemento esencial de la posesión.

PROPIEDAD

La propiedad es una importante institución que constituye una de las bases fundamentales del orden jurídico, económico y social de una nación.

De acuerdo con el diccionario, etimológicamente, la -- voz propiedad procede de la latina "propietas", deriva de proprium, lo que pertenece a una persona o es propio de ella, y se define como el derecho o facultad de gozar y disponer de -- una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar su de volución si está en poder de otro. (14)

Si tratamos de precisar el derecho de propiedad, podemos decir que es el derecho real más completo que se puede te ner sobre una cosa u objeto corporal, entendiendo por derecho real, según la escuela clásica, el sometimiento completo o -- parcial de una cosa, el poder de una persona en virtud de -- una relación inmediata que puede ser invocada contra cual---

(14) Diccionario Enciclopédico Salvat. Editorial Salvat. Buenos Aires, Argentina, 1979. pág. 778.

quier otra (15) , o según Planiol y Ripert, como el derecho - que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada para retirar de los bienes exteriores todo o parte de las ventajas que confiere la posesión de ellos, o si se prefiere el derecho que, dando a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejecutado no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo (16)

Haciendo una breve referencia histórica, nos dice Eugenio Petit en su "Tratado de Derecho Romano", que los Jurisconsultos Romanos no lo definieron, sino que sólo se limitaron a estudiar los beneficios que procura la propiedad. Estos beneficios fueron conocidos por ellos como el Jus utendi, el Jus fruendi y el Jus abutendi, o sea que el derecho de propiedad era un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo ya que el propietario podía obtener de su cosa todas las ventajas que le fueran posibles; era el único que podía obtenerlas y no cesaban por el tiempo, aunque ya en el propio derecho romano a pesar de esa concepción de este derecho de propiedad se aceptaban ciertas restricciones. (17)

(15) Planiol. Marcel y Ripert Georges. Op. cit. pág. 43.

(16) Planiol. y Ripert. Op. cit. pág. 47.

(17) Petit, Eugene. Op. cit. pág. 229 y 230.

La enciclopedia nos expresa que el derecho de propiedad no es sino la actuación del derecho a la propiedad. Es por tanto, un derecho adquirido y su concepto clásico es el de: - "derecho de usar, disfrutar y disponer de los bienes materiales externos" (18) concepto que está modelado en el dado por los romanos y cuyos atributos han ido siendo restringidos por el derecho moderno.

La voz propiedad, procede de la latina *propietas*, derivada de *proprium prope*; denota cierta unión o adherencia moral de las cosas a una persona. En sentido vulgar, la propiedad es el conjunto de cosas que pertenecen a una persona, los bienes propios de un individuo determinado.

En sentido jurídico, la voz propiedad designa un derecho que en su consideración subjetiva tiene dos acepciones: - DERECHO A LA PROPIEDAD (derecho innato o esencial que tiene todo hombre, la propiedad *in potentia*) y el DERECHO DE PROPIEDAD, que no es sino la realización del derecho a la propiedad.

Los jurisconsultos alemanes Savigny y Puchta, la definen como el derecho completo de dominación que comprende todas las facultades relativas de las cosas; como el derecho de domi

(18) Enciclopedia Universal. Espasa Calpe. Tomo 47. Edición.- pág. 901.

nación sobre las cosas (corporales). (19)

Alberto H. Post, dice que la característica de ésta no es en sentido económico, sino jurídico; es el aspecto negativo, o sea el derecho de excluir a todas de la dominación de la cosa de que somos propietarios. (20)

(19) Citados por Planiol. Op. cit. pág. 46
(20) Citado por De Pina. Op. cit. pág. 40.

C. EL TRATAMIENTO JURIDICO DEL DELITO DE DESPOJO, A LA LUZ DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Derecho por su característica esencial, es fundamentalmente evolutivo, razón por la cual el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 399 bis sufrió una adición -- del párrafo cuarto y en el mismo se determinó lo siguiente: Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 389, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395".

La anterior adición del párrafo cuarto del artículo aludido, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1991, nos ubica perfectamente en nuestra hipótesis de donde emana el trabajo recepcional, toda vez que el primer párrafo del artículo 395 del Código Penal para el Distrito Federal que establece: "I al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o de un derecho real que no le pertenece"; es el aspecto fundamental y central de la tesis.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción que es la base toral del presente trabajo recepcional, es evidente en conse--

cuencia, que el requisito de procedibilidad necesario es la -- querrela.

El artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en su parte conducente explica"... la acción penal que naz ca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del -- ofendido o algún otro acto equivalente prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la quere-- lla, o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y - del delincuente..."

Para nadie es un secreto que el problema habitacional - en el Distrito Federal es de proporciones verdaderamente fuera de toda realidad, de ahí que al escasear el sitio o los sitios donde vivir, el ciudadano común cuyo salario no le permite ni siquiera sobrevivir, aprovecha cualquier posibilidad a efecto de hacerse de un terreno y muchas veces motivado por sus espe-- ciales y graves condiciones económicas se instala como se cono ce en calidad de "paracaidista" y empieza a vivir en un si-- tío utilizándolo como propio durante años y ahí le llegan docu-- mentos de índole diversa y se comporta como propietario, reu-- niendo los requisitos necesarios de tiempo para que prescriba la acción penal y pueda darse lugar a la prescripción en mate-- ría civil y en consecuencia nos parece inequitativo que el pro pietario del inmueble que por negligencia lo dejó abandonado y hasta que se entera de que le han invadido su terreno lo recla

ma, tenga un plazo de un año para ejercer la acción penal, pues bien se nos ocurre pensar que la ley le permite al propietario del inmueble invadido actuar en forma dolosa y "permitir" durante años, que puedan ser 5 ó más el hecho de que una persona construya y una vez hecho esto se "de por enterado" y ocurra ante la Agencia Investigadora del Ministerio Público a denunciar el hecho, por ello nosotros propondríamos en principio que el delito de despojo prescribiera al año de haberse cometido el hecho delictivo, a efecto de hacer más equitativa la ley sin beneficiar a nadie en especial.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En el delito que nos ocupa, debemos considerar -- que el propietario del bien inmueble que se transforma en sujeto pasivo del delito, es generalmente una víctima propiciatoria del ilícito, toda vez -- que por su negligencia da lugar a que su inmueble sea invadido y despojado en consecuencia de dicho bien, tomando en consideración que el problema habitacional en nuestro país es de difícil solución, por ello proponemos que haciendo eco de la prevención del delito, quien tenga un bien inmueble debe cuidarlo, haciendo caso omiso de lo que las leyes en general otorguen a su favor, en calidad de poseedor o propietario.

SEGUNDA. La anterior conclusión no es con el fin de fomentar el delito o en su caso hacer una apología del mismo, estrictamente lo que queremos establecer es la necesidad de que las personas en general cuiden más de sus bienes y más aún de los inmuebles que -- en muchos de los casos constituyen un importante -- aporte al patrimonio familiar y fundamentándonos -- en la imperiosa necesidad que se tiene de contar -- con un espacio para vivir, es impostergable el -- otorgar el más amplio de los cuidados a los inmuebles que se tienen en posesión, bajo cuidado o en-

calidad de propietario, a fin de evitar en lo posi
ble la comisión del delito de despojo de bienes in
muebles.

TERCERA. El tratamiento jurídico que actualmente se le otorga al despojo de bienes inmuebles, resulta tendencioso hacia el sujeto pasivo del delito, tomando en consideración que de acuerdo al artículo 107 -- del Código Penal para el Distrito Federal la -- acción penal del delito que nos ocupa, prescribirá en un año contado desde el día que tengan conocimiento del delito y del delincuente y tomando en cuenta que la posesión aún de mala fe da lugar a -- que los inmuebles prescriban a favor de quien los posea, pensamos inequitativo el plazo antes mencionado, ya que resulta de difícil comprobación el demostrar la manera en que se enteró el ofendido -- de que ha sido despojado de un bien inmueble y en cambio el poseedor del bien, sí puede demostrar -- con documentales públicas o privadas el tiempo -- que tiene de poseer el inmueble objeto del delito, por lo que proponemos que la acción penal que nazca del delito de despojo de bienes inmuebles, prescriba en un año contado a partir del día en que se cometa dicho delito.

B I B L I O G R A F I A

- Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Cárdenas Distribuidor. México 1976. 3ª Edición.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1991. 11ª Edición.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1991. 16ª Edición.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1995. 33ª Edición.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch, -- Barcelona, España 1952.
- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México 1962. Volumen II. 2ª Edición.
- Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1984.
- Diccionario Enciclopédico Salvat. Editorial Salvat. Buenos Aires, Argentina 1979.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. Editorial UNAM. México 1985.

- Enciclopedia Espasa-Calpe. Tomo XLVII. Barcelona España, - 1970.
- Enciclopedia Universal Europea Americana. Ediciones Espasa Calpe. Tomo LXVI. Barcelona España, 1922.
- Gomiz, José y Muñoz, Luis. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1943.
- González De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. - Los Delitos. Editorial Porrúa. México 1994. 22ª Edición.
- Ihering, Rodolfo. Teoría de la Posesión y la Voluntad en la Posesión. Editorial Reus. Madrid España 1926.
- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y El Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1978.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. Editorial Porrúa. México 1977. 3ª Edición.
- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. México 1990. Editorial Trillas. 2ª Edición.
- Mateos Alarcón, Manuel. Estudio sobre el Código Civil del Distrito Federal. Editorial Porrúa. Tomo III. México 1987. 2ª Edición.

- Moreno de P., Antonio. Curso de Derecho Penal. Editorial-Porrúa. México 1968. 2ª Edición.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. México 1960. 2ª Edición.
- Petit, Eugene. Tratado de Derecho Romano. Editora Nacional. México 1952. 9ª Edición.
- Planiol, Marcel. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción Pans Francia, 1952.
- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo III. México 1988. 3ª Edición.
- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Editorial Tipográfica. Argentina, 1956.
- Vallado Berrón, Fausto E. Introducción al Estudio del Derecho. Edición del Autor. México 1961.
- Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial Trillas. México 1968. 2ª Edición.

L E G I S L A C I O N

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Para el Distrito Federal.
- Código Penal Para el Distrito Federal.