

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DELITO DE DESPOJO

T E S I S

GASPAR RIVERA TORRES

MEXICO, 1955



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.

2011000000

III-56

Con inmensa gratitud
a mis queridos Padres

12130

A mis Maestros

A mis condiscipulos

A México

Es uno de los errores más fecundos en consecuencias, y de los más fatales que se han cometido en la teoría posesoria, el haber fundado la seguridad de la posesión y con ella la posesión misma en el punto de vista de la seguridad mecánica del poder físico. La seguridad de la posesión descansa esencialmente en la protección jurídica concedida a la relación de derecho del hombre sobre la cosa... Los pocos artículos del Código Penal sobre el robo, el pillaje, la defensa privada pesan más que todas esas medidas de seguridad mecánica; que se suponga por un momento esos artículos borrados... y se verá que poca importancia tienen esas últimas.

R. VON IHERING

CAPÍTULO I

**ANTECEDENTES HISTORICOS
DEL TEMA**

TEMARIO: 1.—Abolengo del delito de despojo. 2.—El despojo en el Derecho Romano. 3.—Edad Media. El despojo en el antiguo Derecho Español. 4.—El despojo en el Código de Napoleón. 5.—El despojo en los Códigos Penales Mexicanos de 1871 y 1929.

Ubi societas ubi jus, decían los romanos para afirmar que el Derecho es tan antiguo como la sociedad. Sin embargo, aunque la norma jurídica es tan vieja como la convivencia organizada, los ordenamientos normativos no han logrado en todas las épocas la perfección técnica que, a veces, alcanzan en la actualidad. Cuando los intereses se transforman en bienes jurídicos por alcanzar la protección de la ley, se observa, en efecto, la diferenciación de dichos bienes, nacida de la descomposición del género en especies. Tal cosa sucedió con el delito de despojo que solamente alcanzó categoría jurídica propia cuando el desarrollo del Derecho Civil advirtió la diversidad naturalística existente entre los bienes muebles y los inmuebles.

2. Dentro de los Ordenamientos Penales de Roma, encontramos, en un principio, como única figura de delito patrimonial, el *furtum*, cuyo nombre deriva, según Labeón, de *furvum*, que quiere decir negro, llamado así por ejecutarse en la oscuridad. Se distinguían varias clases de *furtum*: a) hurto en general y sobre todo de bienes privados, b) hurto entre cónyuges, c) hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (pe-

culatus) d) hurto de cosechas, c) hurto calificado en la época imperial, f) hurto de herencias.

El *furtum* comprendía el hurto propiamente dicho, el abuso de confianza, el fraude y la ocultación. El hurto violento, o robo de acuerdo con la tradición jurídica española, no era considerado como delito autónomo, sino que, sin ser excluído del concepto de *furtum*, entre los delitos de coacción, era considerado como un *crimen de vi* concediéndose para su persecución la acción de homicidio en caso de asalto.

Teodoro Mommsen dice que, por haberse desconocido en un principio los derechos dominicales sobre los inmuebles, estos no estuvieron comprendidos en el primitivo delito de *furtum*. Por el mismo autor sabemos que, con anterioridad a la época de Justiniano, solamente se castigó el despojo ejecutado a mano armada, aunque posteriormente la acción persecutoria del mismo se desdobló en dos: una grave, para el despojo realizado con armas; y otra leve, para el efectuado sin ellas. Según Mommsen, la pena asignada al despojo era, "... lo mismo según la Ley Plotia, que según la más severa Ley Julia, la de interdicción del agua y el fuego, la cual hubo de cambiarse más tarde, cuando el derecho penal se exacerbó; en la deportación si el reo era persona de alto rango y en la muerte si se trataba de persona de rango inferior; según la más suave de las Leyes Julias, la pena correspondiente al caso que tratamos, era la de confiscación de la tercera parte del patrimonio y además, la pérdida de los derechos honoríficos del ciudadano; en tiempos posteriores se adjuntaba la relegación tratándose de individuos de rango superior y en el trabajo forzoso si el reo pertenecía a la clase inferior..."¹

3. Durante la Edad Media, la idea de la posesión adquirió un desarrollo extraordinario, mereciendo el despojo de ella la

¹ Derecho Penal Romano, traducción española de P. Dorado, Tomo II.

atención especialísima de los legisladores, quienes le dieron, a veces, una tónica más civil que penal, de acuerdo con el principio del Derecho Canónico de que "el despojado sea, ante todo, restituido".

En España, el Fuero Juzgo, traducción al romance del *Liber Iudiciorum*, castiga a "Quien echa a otro hombre por fuerza de lo suio, ante que el juicio sea dado, pierde toda demanda, magüer que haya buena razón, E aquel que fué forzado reciba su posesión, et todo lo suyo que tenía entréguelo en paz; e quien toma la cosa que no puede vencer por juicio, pierda lo que demanda y entregue el tanto a aquel que fué forzado". (Ley II, Título I, Libro VIII). Como se advierte fácilmente, el texto transcrito sanciona, en su segunda parte, un acto de despojo lesivo a la administración de justicia.

El Fuero Real, en la Ley IV, Título IV, Libro IV, dice lo siguiente: "Si algún home entrare o tomare por "fuerza" alguna cosa que otro tenía en juro, o en poder, y en paz si el forzador algún derecho y habie, piérdalo: o si derecho y no habie, entréguelo con otro de lo suyo, o con la valía de aquel a quien forzó; mas si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere, en juro de paz demándelo por el fuero". Este precepto obliga al usurpador a restituir la cosa materia del despojo, y lo condena a la pérdida de su derecho si tuviere alguno.

En la Ley, Título X, Libro II, del propio Fuero, quedó establecido que la persona despojada no permitiría al despojante continuar el juicio en su contra, si no se le ha restituido de su cosa. Ordenando, que las personas que tuvieran derechos sobre algún inmueble usurpado, recurrieran a la autoridad y no obraran por propia justicia.

En la VII Partida, Ley X, Título X, se establece que: "Entrando o tomando alguno por la fuerza por sí mismo, sin mandato del Juzgador, cosa ajena, quier mueble, quier raya, dezimos que sin derecho o señorío auia en aquella cosa assi tomó, que lo deue pechar; e si derecho o señorío auia en aquella cosa, deue pechar

aquel la tomó, o la entro quento valia la cosa forcada, o demas deuelos entregar dello, con todos los frutos, e esquilmos que don-de lleuo. . .”

En esta misma Ley, Título X, se describen varias modalidades del delito de despojo, caracterizadas principalmente por el empleo de la fuerza o la violencia.

La Ley I, Título XXIV, Libro XI, de la Novísima Recopilación, dice: “Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho allí había, piérdalo y si derecho allí no había, entréguelo con otro tanto de suyo o con valia, a aquel a quien forzó; mas si alguno entiende, que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en paz, demándelo”.

Según se desprende de la lectura de los cuerpos legales mencionados anteriormente, el delito de despojo, pese a su elaboración netamente española, se confunde, a veces, con la realización arbitraria del propio derecho. Su concepto estricto se define únicamente a partir del Código Penal de 1822, cuyo artículo 811 establece: “El despojo violento de la posesión de una finca, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole a la fuerza la entrada a la misma, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de arresto de uno a cuatro meses y con multa de cincuenta a doscientos duros”.

Este concepto de despojo se extendió notablemente gracias al Código de 1848, el cual admitió, por primera vez, la desposesión furtiva, pues exigía para la existencia del despojo, únicamente que éste se realizara contra la voluntad del despojado. Su artículo 440 sanciona “al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia”, y el 441 reza “en el caso del artículo anterior si el delito se cometiere *sin violencia en las personas*. . .”

El Código Penal de 1870, modelo de nuestro Código de 1871, en oposición al anterior de 1848, solamente aceptaba el despojo consumado por medio de la violencia. Esta noción del delito

a estudio, que en el Derecho Español recibe el nombre de usurpación, pasa a los Códigos de 1932 y 1944.

4. El Código Penal Francés de 1810, denominado Código de Napoleón, de gran resonancia en las legislaciones contemporáneas, circunscribió el delito de despojo, que denominó usurpación, a la ocupación de bienes inmuebles y consideró como elementos constitutivos, además del citado, el ánimo de lucro y la ausencia de voluntad del propietario, no el poseedor, del inmueble ocupado. Su artículo 426 dice: "La usurpación es la ocupación de una cosa inmueble con ánimo de lucrarse y contra la voluntad de su dueño. De acuerdo con el artículo 427, la usurpación puede calificarse por la concurrencia de las circunstancias calificativas del robo, descritas en el artículo 408.

5. Por lo que respecta a México, el Código Penal de 1871, en su Título, I del Libro Tercero, trata de los llamados "Delitos contra la propiedad", denominación equívoca, y en su artículo 442, que es una copia del artículo 440 del Código Penal Español de 1870, dice: "El que haciendo violencia física a las personas, o empleando la amenaza ocupare una cosa ajena inmueble, o hiciera uso de ella o de un derecho real que no le pertenezca, será castigado con la pena que corresponda a la violencia o a la amenaza, aplicándose respecto a ésta las reglas establecidas en los artículos 446 a 456 y una multa igual al provecho que le haya resultado de su delito. Si el provecho no fuere estimable, la multa será de segunda clase". El artículo 443 sanciona el despojo cometido por el propietario y el 445, la usurpación de aguas.

La H. Suprema Corte en diversas ejecutorias en relación del Código de 1871, exigió como elementos constitutivos del delito de despojo, que el agente, haciendo violencia física a las personas, o empleando la amenaza, ocupe una cosa ajena inmueble, o haga uso de ella. (Tomo XIV, pág. 1,471); en otra, indica que existe tal delito "aún cuando el que ejerce la violencia, tenga derecho a la propiedad o la posesión, pues de admitirse la tesis de

que quien tuviere tales derechos, tendría el de arebatar por la violencia la cosa, de una tercera persona, se vendría a la conclusión de que el Art. 17 Constitucional fué letra muerta; y este artículo estatuye: que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Tomo XV Pág 1,294). En otra ejecutoria exige, para comprobar el delito de despojo, que es preciso se pruebe la posesión o tenencia material de la cosa despojada, la ocupación material y de propia autoridad del inmueble, verificado por el acusado, sin derecho; el uso de la amenaza o violencia al consumarse la ocupación y los demás requisitos que la ley previene, e indudablemente no hay ocupación de propia autoridad, cuando la posesión se obtiene por virtud de la aplicación de la Ley Agraria. (Tomo XXI Pág. 75).

El Código de 1929 describía el delito de despojo en sus artículos 1180, 1181, 1182 y 1183. Sus disposiciones coinciden substancialmente con las contenidas en el Código de 1931, a las cuales nos referiremos oportunamente.

CAPÍTULO II

LA POSESION COMO OBJETO DE TUTELA PENAL

TEMARIO: 1.—La posesión como bien jurídico tutelado por la figura del despojo. 2.—Concepto de posesión. 3.—Doctrina de Savigny. 4.—Doctrina de Von Ihering. 5.—Doctrina de Saleilles. 6.—Derecho Mexicano.

1. La posesión es un concepto de Derecho Civil, cuya dilucidación interesa sobremanera al objeto de nuestra tesis, pues siendo el bien jurídico tutelado por la ley al describir el delito de despojo, su exacta comprensión permitirá, en definitiva, resolver los diferentes problemas que surjan al tratar de estudiarlo. Nadie desconoce, en efecto, la trascendencia que para la interpretación teleológica de las figuras de delito, tiene la naturaleza del bien jurídico protegido.

2. Héctor Lafaille nos ofrece un análisis íntegro de la posesión.²

Posesión deriva de *possidere*, palabra que proviene de *sedere* y de *por*, prefijo de refuerzo; de suerte que, significando aquélla "sentarse o estar sentado, *possidere* tanto quiere decir como *establecerse* o *hallarse establecido*. Las diferentes versiones que nos han llegado de la ley romana, dieron apoyo desde muy antiguo, a la tesis de que el sentido primario del término era el de "afirmarse con los pies".

Existen algunas acepciones sobre la posesión, al significar, tanto el acto de *tener* una cosa corporal para sí o para otro, con

² Derecho Civil, Tomo III, Volumen I.

voluntad de conservarla, como el objeto mismo, que de ese modo, guardamos en nuestro poder. Por eso como lo enseña la Academia, no hay impropiedad en decir "*Antonio tiene muchas posesiones*. Sin embargo, en la lengua castellana, no se confunde *posesión* con *propiedad*; de suerte que ambos vocablos no son en rigor sinónimos. No obstante, es común emplear ambos términos como equivalentes.

La posesión presenta distintos aspectos. Para Ihering, "La posesión es, o bien objeto de un derecho, o condición del nacimiento de un derecho, o fundamento de un derecho".³

La posesión es objeto de un derecho, cuando comprende uno de los aspectos del dominio; porque es el medio necesario para realizar todos los fines de aquél. El *ius possidendi*, es en rigor, la posibilidad de ejercer el *ius fruendi*, el *ius utendi* y el *ius abutendi*. El propietario podrá despojarse en parte, de tales atributos, como por el usufructo o el arrendamiento, pero aún entonces, si bien no ejerce directamente los de usar y de gozar, se vale para ello de otra persona, conservando en principio, la potestad de disponer. Por ello, lo primero que se busca por medio de la acción reivindicatoria, es recuperar la posesión y si el demandante tiene ya su título, integra así el ejercicio de un derecho. Los romanos llamaban nuda propiedad al dominio sin posesión, porque se hallaba privado de toda utilidad. En este papel de la posesión, encuentra Ihering el fundamento de la defensa que la ley le presta, por amparar en forma indirecta al propietario.⁴

La posesión es fuente o factor obligado para la existencia de un derecho. Se presenta como una etapa previa e indispensable, cuando se obtiene la propiedad por modo originario, como lo es en la ocupación que permite alcanzar ese resultado; también, cuando en la transmisión se exige la entrega, en la usucapión aparece como un requisito permanente, de tracto sucesivo, porque quien posee con justo título y buena fe durante cinco años, en nuestro

³ Lafaille, Pág. 64, obra citada.

⁴ Lafaille, ob. cit., página 64.

derecho, llega a ser propietario, por prescripción adquisitiva. Lo anterior, nos indica que la posesión no es el contenido de un derecho, sino que es punto de partida para adquirirlo, o bien como extremo que lo integra o lo completa.

Por último, la posesión es fundamento de un derecho en sí misma, con independencia del dominio o de otro factor extraño, merece el amparo de la ley, cualquiera que sea su naturaleza y nadie puede turbarla arbitrariamente. Contra quien atenta, existen acciones ante los tribunales, adquiriendo las características de un derecho autónomo.

Hay que diferenciar la posesión, de la tenencia y del dominio, término que Lafaille limita en la forma siguiente: la posesión comprende la idea del poder efectivo sobre la cosa (*corpus*), acompañado de un propósito íntimo por parte del sujeto, de someterla al ejercicio de propiedad (*animus domini*). En la tenencia el ocupante reconoce a favor de otro dicha posesión y se constituye en agente suyo. Así, mientras el usurpador *posee*, porque usa y goza para sí, como si fuera dueño, el arrendatario *detenta*, por cuanto según su título, admite que otro le confiere la posesión y lo ratifica cada vez que paga, consolidando el derecho del arrendador, quien puede adquirir por prescripción, por aprovechar la ocupación que alguno ejerce por su cuenta y en su nombre. Para Savigny, el distingo entre posesión y tenencia, lo es el *animus domini*, que existe en la primera y del cual carece la segunda. En cuanto al dominio, es frecuente que el propietario es poseedor al mismo tiempo, y es cuando normalmente ejerce el dominio, por sí o por medio de otro.

Las denominaciones de dominio y posesión, difieren por distintos conceptos:

a) La semejanza aparente en el ejercicio de ambos derechos, uso y goce, no subsiste para los actos jurídicos de disposición, privativos del dueño.

b) En el dominio pueden emplearse en su defensa, las ac-

ciones reales o petitorias, sin perjuicio de las posesorias, cuando ejerce su derecho; en la posesión únicamente estas últimas.

c) Para convertirse en poseedor, basta la simple aprehensión o la ocupación; para obtener el dominio respecto de inmuebles, es necesario un contrato privado o escritura pública; en caso de muebles, se confunde título y posesión, si hay buena fe.

d) El dominio es perpetuo y no se pierde por el transcurso del tiempo, ni por falta de ejercicio; la posesión cesa instantáneamente si hay desapoderamiento violento.

Estas dos figuras se encuentran estrechamente vinculadas, por cuanto que la posesión es indispensable para obtener los beneficios jurídicos y económicos derivados del dominio, y a la inversa, la importancia de la posesión en la doctrina y la ley, surge de que, al protegerla, se ampara la propiedad.

La independencia de la posesión frente al dominio, también se revela al considerar, que la primera presenta mayor amplitud y aún cuando ambas se refieren a cosas, la posesión se extendió a los derechos, a las relaciones familiares y al estado civil de las personas, límites que no alcanzó el dominio.

3. De acuerdo con la doctrina tardicional romana, la posesión se integra con dos elementos: uno material, llamado *corpus*, y otro espiritual o psicológico, denominado *ánimus*. Savigny fué quien vino a ocuparse, en forma especial, sobre la institución de la posesión y desde luego critica la teoría de la Edad Media, en el sentido de que se imponía un contacto personal, salvo cuando se trataba de excepciones o de actos simbólicos; niega que en las fuentes exista la *aprehensión ficta*, y estima que todos los supuesto en ellas contenidas, deban referirse a un solo y único acto físico. Quien tiene una moneda de plata en la mano, dice, es sin disputa, poseedor de ella, de lo que ha surgido la idea, de la necesidad del contacto personal para adquirir la posesión; pero en tal ejemplo ocurre otra circunstancia adminiculada, o sea, la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiere, impidiendo

toda ingerencia extraña. De ésto se colige, que esa facultad de disponer, puede concebirse sin el contacto físico y éste no supone por fuerza dicha facultad. En efecto, quien puede en todo momento tomar una cosa colocada frente a él, es tan completamente señor de ella, como si la hubiese en realidad tomado. Por eso decide, que no es menester el contacto físico, ya que basta con la simple presencia de la cosa. Indudablemente que la *posibilidad física de asir una cosa*, es el medio más corriente para lograr la posesión de ella, sobre todo cuando es de un volumen o de un peso tales, que pueda trasladarse fácilmente. Enseña sobre este particular, que la tradición valiéndose de las llaves, no es por cierto simbólica; la finalidad de aquellas es abrir lo que está cerrado y mientras el adquirente no disponga de ese medio, no podrá tener la intención de poseer la cosa. El más conocido arbitrio técnico de este tratadista, es su *teoría de la custodia*; si compro un objeto y conforme mi deseo el vendedor lo deposita en mi casa, adquiero por tal hecho la posesión y como de nada se es más dueño que de su propia casa, por lo mismo, tenemos la custodia de cuanto allí se encuentra. Este sistema presentaba a la concepción estrecha del *contacto personal* la más elástica de la *posibilidad física*, de ejercer el señorío.

Por eso para Savigny, la posesión es un estado de hecho, que da a una persona la posibilidad física actual, inmediata y exclusiva, para ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el *animus domini*. De acuerdo con tal definición, encontramos los siguientes elementos: el ejercicio de un conjunto de actos materiales sobre la cosa que viene a constituir el *corpus*, debiéndose considerar el ejercicio de tales actos, como una simple posibilidad de ejercer un poder físico, aún cuando dicho autor, no caracteriza necesariamente tal ejercicio de actos materiales a la posesión, pues considera que ésta también existe, cuando se tenga la posibilidad de ejercer ese poder físico, requiriendo los requisitos siguientes:

1. Debe haber una disponibilidad absoluta de la cosa, para que en cualquier momento el poseedor pueda ejercer actos materiales sobre ésta.

2. Esta disponibilidad debe ser exclusiva del poseedor, para que ningún tercero pueda interponerse entre él y la cosa, y disputarle la posesión, o bien concurra con él en el ejercicio de los actos posesorios.

El elemento psicológico para Savigny, es fundamental, pues considera que el elemento material, o sea el *corpus*, puede ejercerse o no, ya que para él, basta con que exista posibilidad de ejercicio de actos materiales sobre la cosa; y no obstante, hace la distinción entre posesión y la simple detentación, precisamente en el *animus domini*. Nos dice que hay infinidad de fenómenos de detentación, porque hay *corpus*, pero no son casos de posesión porque falta el *animus*, tal es la situación del arrendatario, del depositario, del usufructuario, etc.

Por último, para este juriconsulto, la voluntad de conducirse como propietario no debe ser arbitraria, sino una voluntad legal; si un arrendatario por capricho pretende ostentarse como propietario, no es bastante para fundar su posesión en el contrato indicado, pues para acreditar ésta, tendría que cambiar de título, como por ejemplo, adquiriendo el bien arrendado para así convertirse en poseedor. A esta doctrina se le ha llamado subjetiva, porque en ella, el elemento esencial es el *animus*, pues el objetivo *corpus*, no es indispensable, sino que basta como hemos dicho, una posibilidad física actual, inmediata y exclusiva de su ejercicio.

4. Von Ihering al hacer el estudio del por qué de la protección jurídica a la posesión, principia diciéndonos que: "La posesión es la exteriorización de la propiedad y como la ley debe proteger a la propiedad, debe proteger a aquella que es su elemento externo", en otras palabras, para Ihering la protección jurídica a la posesión, no viene a ser sino protección al derecho de propiedad.

Ihering elabora su teoría sosteniendo una crítica a la doctrina de Savigny desde dos puntos de vista: a) por lo que se refiere a la teoría de la posibilidad; y b) por lo que toca al *animus domini*.

a) Crítica a la teoría de la posibilidad: Savigny haciendo una interpretación de los textos romanos, llegaba a la conclusión, de que para que hubiera posesión, era suficiente que existiera la *posibilidad de ejercer un poder físico en forma inmediata, presente y exclusiva*.

Ihering sostiene que hay casos en donde existe la posibilidad y sin embargo, no hay posesión y otros casos en donde hay posesión sin haber posibilidad de ejercer actos materiales de posesión.

Crítica a la teoría del *animus domini*: Ihering critica esta teoría desde tres puntos de vista, uno denominado lógico o legislativo, otro interno y por último, una crítica práctica o de carácter procesal.

Crítica lógica: Ihering sostiene que hay casos como en el de la prenda, en el que el derecho romano les reconocía la posesión sin que hubiera *animus domini*, en donde Savigny se ve obligado a reconocer una posesión derivada, imaginando una 'rasmisión del *animus domini* del propietario al detentador, pero reconociendo que ésta sólo tenía el *animus detenendi*.

Crítica interna: Savigny establece una serie de reglas en sus llamados postulados fundamentales derivados del concepto *animus domini*. 1ª regla.—El *animus possidendi* debe definirse como *animus rem sibi habendi*. Ihering nos dice que esta regla es falsa, porque implica la voluntad de tener la cosa para sí en toda posesión, no admitiendo la posesión derivada que admitía el derecho romano; con esto considera Ihering echar por tierra toda la teoría subjetiva.

2ª Regla: Savigny sostiene que el detentador puede poseer en beneficio propio, que toda detentación nunca puede ser interesada, que el interés siempre radicará en el poseedor, Ihering

encuentra casos de detentación interesada como en el arrendatario, quien usa y goza de la cosa en su propio provecho.

3ª Regla: Savigny nos dice, que la voluntad del poseedor se caracteriza como permanente, en tanto que la del detentador es temporal, afirma al mismo tiempo que hay poseedores temporales como ocurre precisamente en la posesión derivada.

4ª Regla: Para Savigny todo poseedor aspira a la propiedad, en cambio la detentación no la implica. Ihering, vuelve a criticar esta regla, fundándose en la posesión derivada en donde no hay pretensión de propiedad y sin embargo, hay posesión.

Según la teoría de Savigny, cuando surgiera una controversia con relación a la posesión, habría que probar la intención del poseedor, sin embargo, este autor encuentra imposible demostrar objetivamente este elemento subjetivo, por lo que recurre a una presunción *juris tantum*, investigando la causa de la posesión; para Ihering este desplazamiento del *animus* a la causa implica una insuficiencia de la doctrina subjetiva.

En resumen, Ihering critica la doctrina de Savigny, aduciendo que el criterio de la *posibilidad física*, en Roma, era lícito adquirir la posesión desde lejos, sobre las cosas inaccesibles o siempre que el enajenante las dejase abandonadas. Entonces faltaba, tanto el contacto personal, como el simple poder de utilizar el objeto. Por eso los romanos, a despecho del poder material, sabían que la posesión no es posible donde no existe la propiedad, porque es un mero reflejo de esta última. Por eso, el concepto de la *posibilidad física*, no es característica de la posesión, ni siquiera cuando se le completa con la *custodia*; el cultivo de las tierras o su ocupación no se realizaban mas que en determinados períodos del año, fuera de los cuales el dueño dejaba de mantener contacto directo con ellos y hasta la mera posibilidad física, y sin embargo, conservaba la posesión. Es el caso de quien tiene una finca en las afueras de una ciudad, para pasar el verano; durante la estación invernal puede dejarla desocupada, sin establecer un cuidador, lo cual no le impide poseerla. Este juriscon-

sulto, expone su opinión, en su obra "La voluntad en la posesión", que se puede sintetizar como sigue: Por exterioridad del dominio entiendo, el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres; ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia; el labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., todo mundo los encierra en su casa; de todo lo anterior se infiere, que para las primeras cosas es normal y para las segundas anormal, en relación con un estado en el cual, la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas, de donde resulta, que la posesión debe continuar para las primeras y cesar para las segundas, cuando tal exterioridad no es manifiesta. En efecto, la posesión como la no posesión, es visible y precisamente para su seguridad es de la más alta importancia; la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerlas, sino también en el elemento moral y jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley; si yo paso cerca del lazo puesto por otro en el bosque, sin apoderarme de lo en él cogido, el motivo que me retiene, no es la naturaleza física, sino puramente moral: el respeto a la propiedad de otro. El buen sentido popular ha resuelto el *corpus*, con un criterio más acertado que el de los sabios. Así por ejemplo, donde se practica enviar por los ríos las cargas de carbón, sacadas de las minas, aunque aquellas tan sólo se confían a la corriente, sin conductor alguno, no hay peligro de que nadie se apodere de ellas, porque incurre en delito; no es pues la relación exterior, sino el *sentido económico*, lo que hace inclinar la balanza. Para Ihering, ni la aprehensión, ni la posibi-

lidad física, el contacto material, la presencia o la custodia son los elementos decisivos; debemos preguntarnos en cada supuesto, cómo se conduciría el propietario, es decir, quien no gozara simplemente de una situación material, sino que contase con un título en regla.

5. Saleilles se aparta de Savigny y no acepta íntegramente la teoría de Ihering. Después de hacer algunas consideraciones históricas, hace notar que no es posible adoptar la propiedad como base o modelo para la posesión, cuando en el orden de los tiempos, ésta precedió a la primera. Según su criterio, el "corpus", es la manifestación de un vínculo económico entre el hombre y la cosa y a Ihering en cambio, le preocupa el aspecto jurídico, denominando a la de este jurisconsulto, *relación de apropiación jurídica* y a la de él, *relación de apropiación económica*. Indica este tratadista, que salvo la *res nullius*, por la cual entiende las cosas abandonadas, toda cosa está afectada a la satisfacción de las necesidades de un individuo o de una colectividad... Siguese de ésto que, respecto a todo objeto del mundo físico, hay alguien que debe ser considerado como que la tiene sujeta a su servicio; entre toda cosa y el que se sirve de ella, hay un vínculo de subordinación económica, de disfrute económico. Ahora bien, esta subordinación y explotación económica, no supone necesariamente que haya realizado un acto de señorío sobre la cosa suponiendo que lo haya habido alguna vez..." Luego define el *corpus* como: un conjunto de hechos, susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo, entre aquel a quien dichos hechos se refieren y la cosa que éstos tienen por objeto. Con éste se obtiene cuando se considera la posesión, no en un instante dado, sino a través de su desarrollo, porque se trata de un fenómeno continuado.

Saleilles con respecto a la posesión, acepta el *corpus*, puesto que el *animus* no es más que la voluntad encaminada a la detención; por eso admite el punto inicial de Ihering, esto es, reco-

noce que el *animus* consiste en el propósito de realizar el *corpus*. Por eso dice que tal intención "...consistirá en el propósito de realizar esta apropiación económica de la cosa, el propósito de obrar como dueño material de ella.

La posesión es la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas. . ." De ser así, los fenómenos reveladores del dueño del objeto, son aquellos que lo presentan como sirviéndose de él y utilizándolo en interés propio. "Esto excluye, como es natural a todos aquellos que explotan la cosa en beneficio ajeno, como por ejemplo, el obrero que tiene cosas ajenas en su casa para repararlas; el gestor de negocios o el administrador que vive y explota una propiedad por cuenta del dueño.

"En derecho romano puede decirse del esclavo y del hijo de familia, que sirven de instrumento de adquisición para el dueño". Agrega: "basta, por consiguiente, el concepto que he dado del *corpus*, sin necesidad de acudir a la falta de *animus domini*, ni hablar de *precario*, para que quede excluida toda esa clase de detentadores". . .

Todo lo anterior no quiere decir, que dichas personas se deban considerar como dueños y por lo tanto como poseedores, porque lleguen a beneficiarse de la cosa en interés propio, por ejemplo el arrendatario la explota en su provecho, y sin embargo, no es poseedor. Tal goce no implica siempre que se obre como dueño, porque si la persona que lo ejerce reconoce que paga un estipendio a otro, que se reserva disponer del bien y el cual deberá restituirlo al propietario, éste y no el primero, es el que conserva un vínculo económico permanente con el objeto. En una palabra, obrar como dueño, no es únicamente realizar actos de dominio, pretender el señorío de la cosa; no es solamente disfrutar, sino serlo de un modo independiente. . . Resumiendo dice luego "obrar como dueño es querer ser dueño. Para tal objeto establece tres principios: 1º—"El saber si hay posesión, o detención, depende de la *causa posesionis*, 2º—El factor decisivo pa-

ra averiguar si el usurpador clandestino de un inmueble ha adquirido la posesión, es la conducta del poseedor anterior; y para esto, hay que acudir a la toma de posesión; conocer si de esto tuvo conocimiento el poseedor ausente y si lo tuvo, si trató de repeler al usurpador. De modo que el acto presente de detentación no basta para convertir en usurpador al poseedor" y 3º— "Lo que decide si hay o no posesión, es el estado espiritual del detentador en el momento de la toma de posesión; una vez adquirida, perdura a pesar de que el poseedor se vuelva loco".

Saleilles, por lo antes expuesto, coincide con Ihering acerca de que la posesión implica un elemento voluntario, que recae sobre el hecho y no sobre el derecho, indicando como divergencia, que el acto en que consiste el *animus*, no es un simple acto de tenencia y disfrute de la cosa; es el acto señorial, que debe ser tal que implique que no hay renuncia a este señorial y por lo consiguiente, existe un *animus possidendi*, distinto de la voluntad de retener y gozar de la cosa y distinto del *animus detinendi*, de que habla Ihering. Por último, indica que "basta modelar el *corpus* en un concepto económico, en vez de hacerlo sobre la forma jurídica, en cierto modo, a que Ihering lo adaptaba, para que surja nuevamente la necesidad de un *animus possidendi* especial, de acuerdo simultáneamente con los textos y las exigencias jurídicas.

6. El Código Civil, en su artículo 790 dice: "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". Se observa que nuestra ley acepta la teoría del *corpus*, de Savigny, con las particularidades que ese autor, al referirse al *animus*, indica sobre la clasificación de la posesión originaria y de la derivada, que en los artículos 791 y 793 señala al propio Código Civil; por otra parte, toma en cuenta las objeciones que a la doctrina de Savigny hace Ihering, estableciendo las presunciones siguientes: el artículo 792 otorga la protección posesoria a favor, tanto de la posesión derivada como de la posesión originaria: la posibilidad de adquirir por la posesión la propiedad,

conforme a los artículos 1135 a 1157, 3023 a 3028; la presunción legal de que se posee con el carácter de propietario y justo título; la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe, la cual además siempre se presume (artículos 707 y 810); la presunción de la posesión en el tiempo intermedio, artículo 801 y por lo que se refiere a los muebles, la posesión de ellos hace presumir la propiedad. Artículo 798 ya citado.

Nuestro Derecho Positivo no define la propiedad, y únicamente el artículo 830 del Código Civil establece que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes". De ahí que, aprovechando los elementos legales transcritos, la propiedad puede ser definida como el derecho de gozar y disponer de una cosa con las limitaciones y modalidades señaladas por el propio ordenamiento positivo. Este concepto tiene evidentes resonancias jurídicopenales, pues desde el momento en que los derechos de goce y disposición se condicionan a la observancia de ciertas limitaciones y modalidades legales, se concibe fácilmente que determinados delitos patrimoniales, entre ellos el despojo, puedan ser cometidos por el propietario de la cosa.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DEL DELITO DE DESPOJO

TEMARIO: 1. El artículo 395 del Código Penal. 2. Concepto genérico del delito de despojo. 3. Presupuesto del delito de despojo. 4. Elemento objetivo: A) Ocupación de un inmueble, B) Uso de un inmueble, C) Uso de un derecho real. 5. Elemento normativo. 6. Elemento subjetivo. 7. Medios de ejecución del despojo: A) Violencia, B) Furtividad, C) Amenaza, D) Engaño. 8. Momento consumativo del despojo. 9. Participación en el delito de despojo. 10. Despojo de cosa propia. 11. Despojo de aguas. 12. Acumulación especial ordenada por el artículo 396 del Código Penal.

1. El artículo 395 del Código Penal, que gira bajo el capítulo V, del Título XXII, que describe los delitos contra las personas en su patrimonio, reza:

"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 pertenezca; 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 hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesione derechos legítimos del ocupante; y III. Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas. La pena será aplicable, aún cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayo-

res 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".

La observación del precepto legal transcrito, plantea diversos problemas relativos a las diversas modalidades de despojo que describe en sus diferentes fracciones, a saber: A) Despojo genérico, B) Despojo específico de cosa propia y C) Despojo de aguas. A todos ellos nos referiremos seguidamente, previa fijación del concepto general del despojo.

2. El Código Penal, como se ve, no define propiamente el delito de despojo, limitándose únicamente a enunciar sus elementos. Sin embargo, mediante la sistematización de éstos, podemos decir de él que es la ocupación o uso de un inmueble o el uso de un derecho real, desposeyendo a sus poseedores, y ejecutados de propia autoridad, mediante violencia, furtividad, amenaza o engaño. Este concepto del despojo, resulta, a nuestro juicio, aplicable por su carácter genérico a las diversas modalidades del mismo. El sujeto activo que despoja al pasivo, ya sea ocupando un inmueble propio o ajeno del despojador, ha realizado, en ambos casos, un acto desposesorio.

La especial naturaleza del delito de despojo dimana de las características propias de los bienes inmuebles. El robo es, por definición, el apoderamiento de cosa mueble ajena, pero como el inmueble no puede ser objeto de apoderamiento, en cuanto este implica el desplazamiento material o naturalístico de la cosa mueble, surge la necesidad de dotarlo de lineamientos especiales. Los bienes inmuebles pertenecen, desde la época de los romanos, a la categoría de *non contrectantur sed invaduntur*. Por tal motivo ha podido decir Carrara, con sobrada razón, que como la *contrectatio* es el extremo material o preliminar del hurto (robo en nuestro derecho positivo), así la invasión será el extremo común de todos los delitos con los cuales se ofende la propiedad inmobiliaria.⁵

⁵ Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial. Número 2413.

Con la salvedad de que el despojo no priva de la propiedad inmobiliaria, sino de la posesión, aceptamos plenamente el criterio del Maestro de Pisa.

El Código Civil tampoco define el despojo. Únicamente, en sus preceptos sobre la posesión, establece el derecho a recuperarla, mediante la acción interdictal que otorga al poseedor despojado. Y en su artículo 828 señala, como una de las causas por las cuales se pierde la posesión, el despojo siempre y cuando ésta dure más de un año.

El artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles dispone que "la acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo". Mediante la sistematización de los elementos legales proporcionados por este precepto, podemos definir el despojo como la pérdida de la posesión por actos violentos o vías de hecho. Obsérvese que para el derecho civil, solamente existe despojo cuando la desposesión es violenta o lograda por vías de hecho, las cuales no vienen a ser sino la propia violencia material, en tanto que el Código Penal acepta, como medios desposesorios, junto a la violencia, el engaño, la furtividad y la amenaza. ¿Ha querido pues la ley penal describir un despojo distinto del que menciona la ley civil? Creemos que el problema carece de relevancia, ya que la antijuricidad penal, creada por la figura de delito, nace de la simple ejecución de la conducta desposesoria, realizada por cualquiera de los medios descritos en el artículo 395 del Código Penal.

3. El presupuesto del delito de despojo es la existencia de una posesión o tenencia o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis. Al Derecho Penal no le interesa averiguar el origen de estos derechos, para él lo importante es proteger una situación de hecho, tocando al derecho civil resolver el problema de derecho.

El presupuesto del despojo no se destruye porque la posesión de la cosa sea dudosa o esté en disputa. Siendo la función del tipo descrito en la fracción I del artículo 395 del Código Penal,

tutelar, como ya hemos dicho, una situación de hecho, y no proteger un derecho civil, no se requiere la legalidad de la posesión. En cambio la legislación italiana, que hace referencia a la posesión pacífica, diferencia el simple hecho de tener el inmueble, del hecho de tenerlo legítimamente.

No hay que confundir la posesión con el patrimonio. Lo contrario identificaría el presupuesto del delito con el bien jurídico tutelado. Existe entre patrimonio y posesión una relación de género a especie, en cuanto la última viene a ser un derecho patrimonial.

El despojo no puede, en ningún caso, privar de la propiedad del inmueble. El acto consumativo radica en la ocupación, es decir, en la invasión de aquel, y la simple ocupación no hace propietario al ocupante. Aun en el supuesto de que el ocupante pudiera adquirir dicho inmueble por prescripción, la propiedad la adquiriría por el transcurso de un prolongado espacio de tiempo posterior a dicha ocupación, pero no por la realización de ésta.

4. El elemento objetivo del delito de despojo está constituido por tres hipótesis: A) Ocupación de un inmueble, B) Uso de un inmueble y C) Uso de un derecho real. Examinemos por separado cada una de ellas.

A) La ocupación del inmueble, solamente puede ejecutarse mediante la invasión, es decir, penetrando a él desde fuera. Es indiferente que el propietario o el poseedor de la cosa se hallen presentes y se les expulse, o se expulse a sus representantes, o se impida el libre acceso a unos u otros. Como dice certeramente Sebastián Soler, "ya que no es posible sacarle al propietario la cosa y llevársela, es preciso sacar al propietario de la cosa".⁶

La simple *turbación de la posesión*, no acompañada de ocupación que no es desposesión, no integra el delito de despojo. Nuestra ley, al no sancionarla, incurre necesariamente en un gran vacío, pues no cabe duda que tanto la desposesión como la turba-

⁶ Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Página 485.

ción de la posesión lesionan, aunque en distinta medida, el *jus possessionis*. Mas racionalmente, el Código Penal Argentino, en su artículo 181, inciso 3o. incluye, entre las modalidades del despojo (usurpación) dicha turbación, realizada mediante violencias o amenazas.

La destrucción o alteración de los términos o límites, aunque se haga con propósitos de apoderamiento, no constituye delito de despojo. Podría, sin embargo, discutirse, su naturaleza jurídica. Carrara, para quien el término constituye un auténtico documento, sostenía que su destrucción o alteración constituía una modalidad de falsificación por supresión.⁷ Tal idea no nos parece, desde luego, aceptable, pues, como afirma Puglia, el término es el signo visible que, de conformidad al título traslativo de dominio, indica materialmente, objetivamente, los confines entre propiedades limítrofes.⁸ En consecuencia, si su fuerza deriva del título traslativo de dominio, no puede ser título por sí mismo, no revistiendo carácter documentario, por lo tanto.

La cosa ocupada debe ser de naturaleza inmueble. De acuerdo con el artículo 750 del Código Civil, son bienes inmuebles los siguientes:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;

⁷ Programa. Parte especial. Número 2423, nota 1.

⁸ Citado por Eusebio Gómez. Derecho Penal, Tomo IV, página 376.

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

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

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

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

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

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

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

XII. Los derechos reales sobre inmuebles;

XIII. El material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

Ahora bien, no todos los bienes inmuebles mencionados pueden ser objeto material del delito de despojo. Todos los enunciados en el invocado artículo 750 del Código Civil, con excepción de los señalados en la fracción I del mismo, vienen a ser inmuebles, no por esencia sino por su destino o por su carácter representativo, ya que pueden ser movilizados aún en el caso de que se hallen unidas

al inmóvil propiamente dicho por accesión. Dichos bienes, aunque la ley civil les otorgue carácter de inmuebles, son realmente muebles, naturaleza que surge, según dice Manzini, "de la sola posibilidad que tiene el agente de dar existencia independiente y susceptible locomóvil a la cosa".⁹ Sin embargo, los bienes enumerados en las fracciones IX y XII, podrán ser objeto de los despojos específicos de aguas y de derechos reales, respectivamente.

El inmueble al que alude la fracción I del artículo 395, ha de ser ajeno. Estimamos que, sancionándose en la fracción II del propio artículo, la ocupación del inmueble propio, tal precepto resulta inútil. En efecto, es obvio que, por no lesionar derecho posesorio alguno, no puede constituir delito de despojo la ocupación del inmueble propio que no se hallare en poder de otra persona.

B). La fracción I del artículo 395 del Código Penal describe, como modalidad del delito de despojo, el uso de un inmueble. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por uso? Evidentemente que la ley no se refiere al uso definido en el artículo 1049 del Código Civil, pues éste es un derecho real y el despojo de derechos reales se contempla por separado. Por lo tanto, el uso del inmueble solamente puede tomarse en su aceptación puramente naturalística, es decir, en la de "hacerlo servir para algo". Mas como los bienes inmuebles, en virtud de su especial naturaleza, únicamente pueden ser utilizados permaneciendo sobre ellos resulta que, para diferenciar la ocupación del uso, habrá que admitir la existencia de un elemento subjetivo.

C). Uso de un derecho real. Son derechos reales el uso, el usufructo, la habitación, la servidumbre y la anticresis, conceptos exclusivamente de derecho civil. Como el titular del derecho real no es propietario de la cosa y este constituye, por otra parte, un gravamen sobre bienes inmuebles, resulta obvio que no puede ser objeto de desplazamiento, no pudiéndose, en consecuencia,

⁹ Il furto, Volumen I, Página 344.

operar la *contrectatio*, característica del robo. Sin embargo, es de advertirse que, en esta hipótesis, no se exige la usurpación, sino que se haga uso del derecho real, el cual evidentemente no puede ser invadido, sino usado.

5. La figura descrita en el artículo 395 del Código Penal, contiene un elemento normativo: que la ocupación se haga "de propia autoridad". Quiere esto decir que el sujeto activo no obre en el ejercicio de un derecho. Como la antijuricidad es elemento común a todo delito, estimamos innecesaria, por redundante, la mención referida. No le encontramos otro significado que el puramente histórico, ya que viene a ser un simple residuo de la época en que el despojo era considerado, mas bien que como un delito patrimonial, como un delito lesivo a la administración de justicia, por atacar la función jurisdiccional del Estado, ya que, según vimos anteriormente, se identificaba con la realización arbitraria del propio derecho.

6. ¿Requiere el despojo la existencia de un elemento subjetivo del injusto? La respuesta a esta pregunta no carece de interés a causa de que, como acabamos de decir, este delito se ha confundido en sus orígenes con el delito que hoy se denomina realización arbitraria del propio derecho. Desde tal punto de vista, podría discutirse si la integración del mencionado delito requiere un elemento subjetivo por parte del sujeto activo, o sea la intención de desposeer, no el de recuperar la posesión propia. Estimamos que no sancionándose por nuestro Código del delito de realización arbitraria del propio derecho, que, por otra parte, no es un delito contra el patrimonio, sino contra la función jurisdiccional del Estado, el despojo existe cualquiera que sea la finalidad perseguida por el autor, bastando que éste desposea al poseedor.

7. El despojo se puede cometer por los siguientes medios: A) Violencia, B) Furtividad, C) Amenaza y D) Engaño.

A). Groizard, nos dice que la violencia desde el punto de vista jurídico "es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer

o dejar de hacer lo que según la naturaleza tiene derecho a ejecutar".¹⁰ Esta definición omite la violencia moral.

Como el Código Penal, al describir la figura del delito de despojo, menciona la violencia sin dividirla, entendemos que aquella ha de ser captada en un sentido genérico, extendiéndola a cualquier acto capaz de constreñir, disminuyéndole, la facultad de determinación del sujeto pasivo. Nuestra definición abarca tanto la violencia física como la moral, ya que la referida facultad, en cuanto presupone el aniquilamiento de la voluntad, se disminuye o destruye, bien por el empleo de medios físicos o psíquicos.

Manzini define la violencia física diciendo que "consiste en el empleo de una energía física *insita* o no, en la persona o una cosa de modo que derive una coacción personal física, absoluta o relativa, positiva o negativa, o la modificación de una cosa, contrastando con los derechos ajenos sobre la cosa misma o que produzca impedimentos para el ejercicio o el goce de otros derechos subjetivos".¹¹

Cuello Calón, después de hacer un distingo entre la violencia física y la moral, denomina a ésta intimidación y la define como "la presión moral que por el miedo o el temor se ejerce sobre el ánimo de una persona para conseguir de ella un objeto determinado".¹² Este autor al emplear el término intimidación, aunque le dé un significado un tanto vago e impreciso, se refiere no a la violencia misma, ni aún a los medios empleados para lograrla, sino al resultado por ella producido. Y estimamos que la definición de Cuello Calón es correcta cuanto que, para que exista la necesaria relación de causalidad entre la violencia y la desposesión, que la primera inhiba la facultad de determinación del sujeto pasivo.

B) Furtividad, Furtivo, que etimológicamente viene de *furtum*, que quiere decir oscuro, significa tanto como a escondidas.

¹⁰ Código Penal comentado y concordado, Tomo V, Página 814.

¹¹ Trattato di Diritto Penale, vol. IX, página 387.

¹² Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Páginas 139 y 140.

Existe, por lo tanto, ocupación furtiva cuando esta se realiza sin conocimiento del poseedor del inmueble o de sus custodios. La razón es obvia: si quienes tienen el derecho de impedir la invasión no lo hacen, el acto desposesorio será constitutivo de despojo civil.

El despojo ejecutado en presencia de testigos, desde luego, será furtivo. El concepto exacto de la furtividad radica pues, *no en el desconocimiento de la ocupación, sino en el desconocimiento de la ocupación por el poseedor o sus representantes.*

C). Amenazas. El Código Penal entre los medios de ejecución del despojo, alude disyuntivamente a la violencia, que puede ser física o moral, según ya hemos dicho y a las amenazas. Como la doctrina ha identificado ambos conceptos, surge el problema relativo a saber si son idénticas. En primer término, no cabe duda que la designación disyuntiva, empleada por el artículo 395, diferencia la violencia de las amenazas. Entendemos que la cuestión puede resolverse atendiendo a un criterio de temporalidad. La violencia moral es la promesa de un mal presente, en tanto que la amenaza es la de un mal futuro.

El empleo de amenazas por parte del sujeto activo del delito, plantea un interesante problema de concurso de tipos entre el descrito en la fracción I del artículo 395 y el enunciado en la fracción I del artículo 284. Este último sanciona al autor de un delito de amenazas si consigue lo que se propone mediante ellas, diciendo "si lo que exigió o recibió fué dinero, algún documento o cosa estimable en dinero, se le aplicará la sanción de robo con violencia. Como un inmueble es jurídicamente una cosa, cabe preguntar si al obtenerse la posesión por medio de amenazas se cometería el delito previsto en la fracción I del artículo 284. En nuestro sentir, dicha fracción integra una hipótesis relativa a la lesión a la propiedad de la cosa, pero no a la pérdida.

D), Engaño. Dice Eusebio Gómez, que "el engaño, como elemento del delito de usurpación, debe tener los mismos caracteres que el que sirve para definir la estafa. Ha de ser, pues un en-

gaño idóneo".¹³ La circunstancia de que la ley aluda a este medio engañoso, origina cierta confusión entre los delitos de despojo y fraude. La confusión se acentúa si tenemos en cuenta que el código se refiere no solamente a la posesión sino también a los derechos reales.

El problema planteado puede solucionarse atendiendo, no al concurso aparente de figuras que pudiera existir entre las que describen el despojo y el fraude, sino, con un criterio teleológico, a la índole del bien jurídico protegido, que en la primera es la propiedad y en la segunda la posesión del inmueble o el uso del derecho real. Cuando el engaño prive del goce del derecho, el resultado será de despojo, y cuando prive del derecho mismo, será de fraude.

En fin, como dice Sebastián Soler "para que no exista estafa (fraude en nuestro derecho) será necesario que el engaño sea determinante de la entrega material del inmueble, pero que en nada perjudique el derecho del sujeto, sólo materialmente despojado".¹⁴

8. El despojo es un delito instantáneo, que se consuma en el momento mismo de la ocupación del inmueble. En consecuencia a partir de este momento, y no del de la restitución, comenzará a contarse el término de prescripción.

Entre los criterios expuestos por diferentes autores para diferenciar el delito instantáneo del permanente, estimamos como más correcto, el que hace referencia al tipo. Beling dice, al respecto que "son delitos permanentes aquellos cuyo tipo se manifiesta prolongándose a través de un espacio de tiempo más o menos largo".¹⁵ Creemos, pues que, la diferenciación precisa entre ambas formas de delito radica en la observación del elemento nuclear descrito en el tipo para ver si la acción, no sus efectos, es susceptible de prolongarse naturalísticamente en el tiempo. Y

¹³ Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Página 374.

¹⁴ Esquema de Derecho Penal, página 47.

¹⁵ Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Página 486.

no cabe duda que la acción de *ocupar*, que constituye el elemento nuclear del tipo descrito en la fracción I del artículo 395 del Código Penal, se realiza tan pronto como el sujeto pasivo penetra al inmueble.

9. El delito de despojo afecta una forma especial de participación. Cuando se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas. Esta forma de participación no tiene apenas relevancia técnica, pues constituye únicamente un motivo de agravación de la pena para los instigadores.

10. La fracción II del artículo 395 sanciona la ocupación del inmueble por su propietario, en los casos en que la ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona. También sanciona el ejercicio de actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante.

La primera de las citadas hipótesis abarca tanto aquellos casos en que el propietario haya otorgado la posesión del inmueble a otra persona, como aquellos otros en que ésta sea ejercida como un simple poder de hecho. Resulta obvio que la existencia de un título de propiedad o posesorio no puede legitimar el acto del despojo.

La segunda hipótesis solamente puede abarcar los actos de dominio que transfieran el goce a la posesión del inmueble a un tercero distinto del ocupante. Es indiferente que dicho tercero ejecute o no actos en virtud del derecho cedido por el propietario. En esta hipótesis la ley sanciona el peligro de que el ocupante del inmueble tiene, de ser lesionados sus derechos por actos que ejecute el tercero.

11. La fracción III del artículo 395 del Código Penal sanciona el despojo de aguas. El hecho material de este despojo consiste en el uso o desviación de las aguas, las cuales, de acuerdo con el derecho civil, son bienes inmuebles en cuanto forman parte del suelo, ya fluyan sobre éste o se hallen estancadas.

12. Según el artículo 396 del Código Penal, a las penas señaladas para el despojo se acumularán las que correspondan

por la violencia o la amenaza. Estimamos inútil y absurda esta disposición. En efecto, la violencia no constituye un delito autónomo, sino un medio de ejecución de otros delitos, de suerte que para que el despojador pueda ser sancionado por la violencia, será necesario que cometa un delito distinto, en cuyo caso igualmente sería sancionado, por concurrir un concurso de delitos, aunque no lo dijera la ley. Por lo que respecta a las amenazas, estas constituyen un medio de ejecución del despojo y un delito específico, de forma que viola su sanción por separado el principio *non bis in idem*.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

TEMARIO: 1. Argentina. 2. Bolivia. 3. Brasil. 4. Colombia. 5. Costa Rica. 6. Cuba. 7. Chile. 8. Ecuador. 9. Guatemala. 10. Honduras. 11. Nicaragua. 12. Panamá. 13. Paraguay. 14. Perú. 15. Uruguay. 16. Venezuela.

1. Argentina. En el Título IV, que lleva por nombre "delitos contra la propiedad" y en el capítulo VI, está considerado el delito de Usurpación.

En su artículo 181 nos dice:

Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1º El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble.

2º El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere, o alterare los términos o límites del mismo.

3º El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble.

Artículo 182. Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho.

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otra persona, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualesquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas y otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

2. Bolivia. El Código Penal Boliviano en el Título III, denominado "De los Delitos contra la Propiedad de los Particulares" y en el Capítulo VIII intitulado "De las Fuerzas y Violencias contra la Propiedad, y de los Despojos" nos concretiza el delito de despojo:

Artículo 685. El despojo violento de la posesión de una finca, alhaja, derecho, acción, facultad o cualesquiera otra cosa, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole a la fuerza la entrada a la misma, sea perturbándole el uso, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de arresto de uno a cuatro meses, y con una multa de cincuenta a doscientos pesos.

Artículo 686. En la misma pena incurrirán los que en caso de ser la posesión dudosa, se la disputaren a la fuerza.

Artículo 687. Cuando sin verificarse despojo fuere alguno perturbado con fuerza o violencia en uso de su posesión, sea de alguna finca, alhaja o derecho, acción, facultad o cualesquiera otra cosa, sufrirá el perturbador un arresto de quince días a dos meses y multa de diez a cincuenta pesos.

CAPITULO IX. De los que muden o alteren los términos de las heredades.

Artículo 689. Cualquiera que a sabiendas hubiere destruido o quitado los mojones, árboles, paredes, márgenes, cercos, zanjas, vallados, lindes o cualquiera otra señal puesta o reconocida por término entre su heredad, campo o propiedad de cualquiera clase y ajeno o hubiese mudado de lugar cualquiera de dichas señales,

sufrirá un arresto de seis días a un mes y pagará una multa de veinte a cien pesos. El que a sabiendas cometiere igual delito respecto a propiedades ajenas, sufrirá la mitad de las penas expresadas.

3. Brasil. Este delito está considerado en el Código Penal del Brasil, en el Título II denominado "De los delitos contra la propiedad", y cuyo capítulo III se intitula "De la Usurpación".

Artículo 161. (Alteración de límites), Suprimir o cambiar de sitio vallado, mojón o cualquiera otra señal indicativa de línea divisoria, para apropiarse en todo o en parte, de cosa inmueble ajena.

Pena: detención de uno a seis meses y multa de trescientos mil reis a cinco contos de reis.

1º En la misma pena incurre quien:

1. (Usurpación de aguas) Desvía o represa, en provecho propio o de otro, aguas ajenas;

2. (Despojo posesorio) Invade, con violencia o amenaza grave a la persona, o mediante el concurso de dos o más personas, un terreno o edificio ajeno con fines de despojo.

Si el autor usa la violencia, incurre también en la pena a esta conminada.

Si la propiedad es particular y no hay empleo de violencia, solamente se procede mediante querrela.

4. Colombia. Este Código nos habla de despojo en el Título XVI, llamado "Delitos contra la propiedad", y en su Capítulo V, denominado "Del abuso de confianza" y otras defraudaciones, nos dice:

Artículo 423. El que con propósito de apropiarse en todo o en parte de una cosa inmueble, o para derivar algún provecho de ella, quite o altere los mojones o señales que fijan sus linderos, incurrirá en arresto de dos a veinte meses y en multa de diez a mil pesos.

Las mismas sanciones se aplicarán al que con el fin de conseguir para sí o para otro un provecho ilícito y en perjuicio de tercero, desvie el curso de aguas públicas o privadas.

Artículo 424. El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho ilícito, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior.

Artículo 425. El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior y por medio de violencias o amenazas a las personas, perturbe la pacífica posesión que otro tenga de cosas inmuebles, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de cincuenta a dos mil pesos.

5. Costa Rica. Los costarricenses en su Título V, llamado "Delitos contra la propiedad" y en el Capítulo IX, denominado "Usurpación" Sección Primera, Inmueble, estipulan:

Artículo 299. Será castigado con prisión de seis meses a dos años o multa de trescientos sesenta a mil quinientos colonos:

1. El que usando de la violencia, abuso o engaño, despojare de otro la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación o servidumbre.

2. El que con el propósito de apoderarse de un inmueble, en todo o en parte, destruyere o alterare vallas, mojones u otras señales manifiestas que fijen los límites del mismo.

3. El que con violencias o amenazas, turbare a otro en la posesión de un inmueble.

4. El propietario de un inmueble embargado que de cualquier modo quebrante el secuestro, ya privando al depositario de la posesión de la cosa ya suplantándolo en su administración.

Artículo 300. Si el perturbador o despojador de la posesión hubiere obrado en virtud de título cuestionable o controvertido, la pena ordinaria, según las circunstancias, podrá rebajarse en un tercio, y si su título no fuere contestable, ni estuviere en litigio, hasta en dos tercios.

Artículo 301. Sufrirá la pena de multa de trescientos sesenta a mil quinientos colonos.

1. El que por medio de acueducto u otro modo equivalente, sacare agua de represas, estanques u otros depósitos, o de ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos y se la apropie, con violación de las leyes.

2. El que teniendo facultad para sacarla, tomare mayor cantidad de aquélla a que alcanza su derecho.

3. El que de hecho estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

4. El que sin concesión o título que lo autorice, regresare, desviare o retuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

Artículo 302. La pena será de setecientos veinte a dos mil colonos de multa cuando para cometer los delitos expresados en el artículo anterior, se rompieren, destruyeren, o alterasen, diques, esclusas, compuertas u otras obras hidráulicas semejantes, si el hecho no tiene señalada mayor pena en otra disposición de este Código.

6. Cuba. Este Código reglamenta el delito de despojo en su Título XIII llamado "Delitos contra la Propiedad". En el Capítulo III nos habla de la Usurpación.

Artículo 533. A) El que con violencia o intimidación en las personas, ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, incurrirá, además de la sanción que le fuere aplicable por las violaciones que causare, en una multa de cien a quinientas cuotas.

B). Si no se empleare violencia ni intimidación en las personas, la sanción será de sesenta a doscientas cincuenta cuotas.

C). En igual sanción incurrirá el que con conocimiento de falsedad o nulidad, solicitare y obtuviere a su favor la inscripción en el Registro de la Propiedad de un título o de un docu-

mento falso o nulo, o empleare a otro para que la solicitare u obtuviere.

D). Los tribunales, en cada caso, graduarán la sanción de multa, siempre que fuere posible, de acuerdo con la utilidad que haya obtenido o pretendido obtener el culpable.

Artículo 534. a) El que sin emplear violencia ni intimidación en las personas, con el propósito, ocasión o pretexto de ejecutar una obra pública o privada, ocupare sin título una propiedad inmueble del Estado, la Provincia o el Municipio, infringiendo lo dispuesto en la Orden Militar número 50 de 22 de febrero de 1902, incurrirá en una sanción de multa de cien a trescientas cincuenta cuotas.

b). El que destruyere o alterare los términos o linderos de pueblos, campos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a fijar los derechos de propiedad, o sus límites o demarcación, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será sancionado con la multa de cien a doscientas cuotas.

c). Lo sembrado, plantado o edificado, así como los frutos, productos o beneficios obtenidos y las mejoras realizadas en las propiedades usurpadas, se considerará de la exclusiva pertenencia del legítimo propietario.

7. Chile. El Código Chileno en su Título IX Capítulo VI nos habla de la Usurpación y estipula:

Artículo 457. El que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste la repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de cien a mil pesos.

Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular con el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será de ciento a quinientos pesos, sin perjuicio de las que le correspondieren por la violencia causada.

Artículo 458. Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa de ciento a quinientos pesos.

Artículo 459. Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de ciento a mil pesos, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

1. Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.

2. Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

3. Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

4. Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión.

Artículo 460. Cuando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren con violencia en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia que causare, sufrirá la de presidio en sus grados mínimo y medio y multa de ciento a mil pesos.

Artículo 461. Serán castigados como reos de usurpación de aguas con las penas del artículo 559, los que teniendo derecho para sacarlas o usarlas se hubieran servido fraudulentamente, con tal fin, de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho.

Artículo 462. El que destruyere o alterare términos o límites de propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrar, será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de ciento a mil pesos.

8. Ecuador. Los ecuatorianos en el Título X de su Código Penal denominado "De los delitos contra la propiedad" y en el Capítulo VII nos hablan de la Usurpación.

Artículo 555. Será reprimido con prisión de un mes a dos años:

1. El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro, de la posesión o tenencia de bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble.

2. El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble destruyere o alterare los términos o límites del mismo; y

3. El que con violencia o amenazas estorbare la posesión de un inmueble.

Artículo 556. Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1. El que estorbare el derecho que un tercero tuviere sobre aguas; y

2. El que ilícitamente y con el propósito de impedir el uso legítimo de una persona con derecho, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números 1º y 2º de este artículo, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas y otras obras semejantes, hechas en ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

9. Guatemala. En el título XIII, denominado "Delitos contra la Propiedad", nos habla de la Usurpación y estipula:

Artículo 406. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare si constituyeren un delito especial, la pena de un año de arresto mayor.

Artículo 407. El que destruyere o alterare términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera otra clase de señales destinadas a fijar los límites de los predios contiguos, será castigado con un mes de arresto mayor.

10. Honduras. En el Título XIV llamado "Delitos contra la Propiedad" y en su Capítulo III "De la Usurpación", nos dice:

Artículo 516. Al que con violencia o intimidación, en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de la pena en que incurra por las violencias que causare, una multa de sesenta a seiscientos pesos.

Si el hecho se verificare sin violencia o intimidación, se impondrá la multa de sesenta a trescientos pesos.

Artículo 517. El que alterare términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los predios contiguos, será castigado con reclusión menor en su grado medio.

11. Nicaragua. En el Título XII, Capítulo VII nos dice:

Artículo 494. El que con violencia o intimidación en las personas, despojare a otro de la posesión de una cosa raíz, uso, usufructuo o servidumbre que en ella goce, o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente; y el que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste, le repeliere, sufrirá de prisión en segundo grado y multa de veinte a doscientos pesos, según la cantidad de lo usurpado y la calidad de la violencia.

Si el despojo se verificare en cuadrilla, se agravará la prisión en un grado y se aplicará el máximo de la multa que correspondiera.

Si el despojo se cometiere sin violencia ni intimidación y sólo por fraude o astucia, la pena será de arresto mayor y multa de diez a cien pesos.

12. Panamá. Esta legislación panameña en su Título XIII denominado "De los Delitos contra la Propiedad" Capítulo VII, llamado "De la Usurpación", dice:

Artículo 372. El que para apropiarse en todo o en parte de una cosa inmueble que pertenece a otro, o para sacar provecho de ella quite o altere las señales o mojones que indican sus lin-

deros, incurrirá en prisión de uno a diez meses y multa de diez a trescientos balboas.

Incurrirá en la misma pena el que para procurarse un provecho ilícito desvíe de su curso aguas públicas o privadas.

Si el hecho se ejecuta con violencia o amenaza para las personas, o por varias personas armadas, o por más de diez personas sin armas, la prisión será de cuatro a veinte meses, y la multa de cincuenta a quinientos balboas.

Artículo 373. El que perturbe con violencia para las personas, la pacífica posesión de alguno en una propiedad inmueble, incurrirá en prisión de uno a seis meses, y multa de diez a doscientos balboas.

Si el hecho lo cometieron varias personas con armas, o más de diez personas sin armas, la pena será de prisión por cuatro a veinte meses, y multa de doscientos a quinientos balboas.

13. Paraguay. Este Código en su Capítulo XV, intitulado "Delitos contra el patrimonio de las Personas", nos dice:

Artículo 409. Será castigado con penitenciaría de cinco a quince meses:

1º El que se apropiare en todo o en parte de una propiedad ajena inmueble, o para aprovecharse de ella, la ocupare sin el consentimiento del poseedor empleando la violencia o la intimidación.

2º El que sin derecho o ultrapasando su derecho y para proporcionarse un lucro indebido, desviare el curso de las aguas.

Si para cometer el delito a que se refiere el inciso 1º, el culpable hubiere removido los mojones o cercos que separen las heredades, la pena será de diez a treinta meses de penitenciaría.

Artículo 410. El que usando violencia contra las personas turbare la pacífica posesión de un inmueble, sufrirá de cinco a ocho meses de penitenciaría, sin perjuicio de las penas que merezcan las lesiones que cometiere en dicha ocasión.

14. Perú. Los peruanos en la Sección VI de su Código deno-

minada "Delitos contra el Patrimonio" y en el Título VII llamado "Usurpación", dice:

Artículo 257. Será reprimido con prisión no mayor de dos años:

1º El que con violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructuo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble.

2º El que para apoderarse de todo o de parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo.

3º El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble.

Artículo 258. Será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a noventa días:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos, o las sacare en mayor cantidad de aquella a que tiene derecho.

2º El que estorbare los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena será de prisión, si para cometer los delitos expresados en los artículos anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

15. Uruguay. Este Código se refiere al despojo en el Título XIII "Delitos contra la Propiedad" y en el Capítulo V denominado "Delitos contra la Propiedad Inmueble", nos dice:

Artículo 354. (Usurpación). Será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría:

1º El que, con fines de apoderamiento, o de ilícito aprovechamiento, invada parcial o totalmente el inmueble ajeno.

2º El que con fines de apoderamiento, o de ilícito aprovechamiento, remueva o altere los mojones que determinan los límites de un inmueble.

3º El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas.

Artículo 355. (Violenta perturbación de la posesión). El que fuera de los casos mencionados, perturbare, con violencias o amenazas en las personas, la pacífica posesión de un inmueble será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.

Artículo 356. (Penetración ilegítima en el fundo ajeno). El que, contra la voluntad expresa o tácita del legítimo ocupante penetrare en fundo ajeno, hallándose éste cercado por muro, cerco, alambre, foso u obra de análogo carácter por su estabilidad, será castigado con cincuenta a quinientos pesos de multa.

Artículo 357. (Caza Abusiva). Con la misma pena será castigado el que cazare en fundo ajeno, contra la expresa voluntad del legítimo ocupante.

16. Venezuela. Los venezolanos en el Título X "Los Delitos contra la Propiedad" y en el Capítulo XI se ocupan del delito de despojo llamándolo al igual que sus hermanos sudamericanos "Usurpación".

Artículo 473. El que para apropiarse en todo o en parte, una cosa inmueble de ajena pertenencia o para sacar provecho de ella remueve o altere sus linderos o límites, será castigado con prisión de cuatro a quince meses.

A la misma pena queda sujeto el que para procurarse un provecho indebido, desvíe las aguas públicas o de los particulares.

Si el hecho se ha cometido con violencias o amenazas contra las personas, o por dos o más individuos con armas o por más de diez sin ellas, la prisión se aplicará por tiempo de seis a treinta

meses; sin perjuicio de la aplicación, a las personas armadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas.

Artículo 474. El que por medio de violencias contra las personas haya perturbado la posesión pacífica de un fundo ajeno, será castigado con prisión de uno a seis meses.

Si el hecho se hubiere cometido por varias personas o con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de seis a dieciocho meses; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

CAPÍTULO V

RESUMEN

La fracción I, del artículo 395 prevee los casos de la ocupación de un inmueble ajeno, por los medios que indica, o el hacer uso de él, o de un derecho real que no pertenece. En la primera parte, emplea el concepto de inmueble ajeno, con lo cual introduce la idea de propiedad, lo mismo cuando de un derecho real se trata dice que no le pertenezca. Analizando las situaciones que se puedan presentar de despojo de un inmueble, se supone que quien lo llega a ocupar con las características determinadas por ese precepto, carece del derecho de propiedad sobre él, para poder calificar que le es ajeno; pero por contraproposición, lógicamente deberá acreditarse a *quién* pertenece, es decir, *quién* es el propietario. Ahora bien, en el supuesto caso de no poderse acreditar de una manera fehaciente y plenamente los derechos de propiedad en favor de cierta persona, el juzgador para dejar acreditado o integrado el presupuesto de ajeno, ha seguido dos caminos: tomar la documentación o pruebas que se le presenten como buenas o bien, rechazarlas, no teniendo por justificado ese punto. Según puede observarse en los distintos fallos dictados por la Suprema Corte, dominó la tendencia de hacer caso omiso a la comprobación de la propiedad, indicando; que aún cuando estuviera en discusión la propiedad del bien usurpado, sólo debería tomarse en cuenta la posesión de la cual fué privado un ofendido, o bien, que únicamente para el delito de despojo, debe tenerse en cuenta la posesión. Sin embargo, antes de sentar este último criterio, dió ese Alto Tribunal el criterio en una ejecutoria, que cuando estuviera por dirimirse o en discusión la propiedad de un inmueble usurpado, no se tipificaba el delito de despojo. Puede observarse que ese Tribunal ha seguido la tendencia de

tomar en función únicamente la posesión, lo que indiscutiblemente acusa el de prescindir del concepto de inmueble ajeno, porque en muchos casos ha sancionado condenas, en donde no se ha justificado la propeidad de un inmueble objeto del despojo. La sustentación de dicho criterio por la Suprema Corte, indudablemente que es el más correcto; pero resulta notoria la inutilidad del concepto de inmueble ajeno usado por la fracción que se comenta y puede como consecuencia de ello afirmarse, la indebida condena que se le imponga a un procesado, cuando decretada su formal prisión por la fracción I, siendo por la única que se le debe sentenciar, se llegue en definitiva a condenársele, sin tomar en cuenta que durante el proceso alegó y aportó algunas pruebas, con objeto de justificar ciertos derechos de propiedad, los cuales bien o deficientemente comprobados, no corresponde estimarlos al juez o tribunal que conoce de la causa. Conforme esa situación planteada, resulta un tanto arbitraria la condena, porque estrictamente no fué probado que el inmueble en cuestión le fuera ajeno y no puede ya juzgársele por la fracción II, debido a los efectos constitucionales de la formal prisión por la fracción I dictada inicialmente en el proceso. Es indudablemente el caso, de que frente a una deficiencia técnica como la hecha notar, el criterio jurisdiccional haya venido a subsanarla, indebidamente, por tratarse de un dispositivo de naturaleza penal.

La disposición que se discute, comete otro error de conceptos: ha venido subsistiendo a través de la legislación española de donde se tomó, la confusión de las nociones de la propiedad y posesión, así como en varias legislaciones latinoamericanas, que en derecho comparado han sido compulsadas y quizá se supuso, que al ser la posesión un atributo o exteriorización del goce de la propiedad de un inmueble, no resultaba conveniente hablar de ésta, olvidando que la posesión puede existir independientemente de la propiedad.

La anterior falta de técnica resalta si contemplamos el desarrollo de los procedimientos en materia civil, con fines de pro-

teger la posesión, en el Derecho Romano, por medio de los interdictos y posteriormente, las fases de la acción reivindicatoria. En los primeros se fué precisando que únicamente debían discutirse cuestiones de posesión y no de propiedad, criterio actual, por tratarse de una acción con las características de personal; y en cambio, en la reivindicación ya se discute la posesión, tomando en cuenta los derechos de propiedad, con las posibilidades de controvertirse ésta misma, siendo por tanto una acción real.

Hagamos un análisis sobre la defensa posesoria. La protección posesoria puede realizarse por los interdictos, principalmente el de mantener y recuperar. En relación con el despojo nuestro Código Procesal Civil, en su artículo 17, considera la acción que nace del mismo, como recuperatoria, aun cuando otros tratadistas le otorgan una acción especial, por darle un carácter netamente restitutorio.

Pasemos a relatar por vía de comparación, la naturaleza de la acción por despojo, según lo expone Héctor Lafaille, en su tratado de los Derechos Reales. Este autor dice que no tiene propiamente la calidad posesoria, como se estima para el interdicto de recuperar, porque ampara la posesión en su concepto más genérico, prescindiendo de toda calidad, como simple ocupación, sea cual fuere su naturaleza, dado que tiene por mira el mantenimiento del orden, la interdicción de la violencia y de la justicia privada. Tuvo origen medieval, sobre todo bajo la influencia canónica y pasó al francés, bajo la forma de la "reintegrante", como acción protectora, circunscrita al desapoderamiento violento, de tal manera que abarca toda protección legal conferida a los ocupantes, atendiéndose sólo al "corpus", de suerte que incluye a los viciosos y aun a los detentadores. El tratadista Lafaille cita el artículo 2490 del Código Argentino que dice: "Corresponde la acción de despojo a todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesión de inmuebles, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del in-

mueble". Considera, por tanto, que es imposible ajustarse a la tesis que considera el despojo como remedio posesorio, por estar habilitados para emplearlo, todos los poseedores no anuales, violentos o clandestinos; como detentador simple, no obstante que la tenencia se considera como un vicio de la posesión en el Código que comenta. Las consecuencias de todo ello son: el propósito evidente de la ley, en el sentido de amparar el "corpus", con abstracción del "animus", sin exigir la anualidad, limite para los interdictos, y demás circunstancias para todos los restantes. Cita la tesis de la Suprema Corte Nacional Argentina, que en su jurisprudencia ha mantenido en forma constante: "La acción de despojo, dijo el tribunal en el primero de sus fallos, no es una acción posesoria propiamente dicha, sino una disposición de orden público con el objeto de prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo. Ella no prejuzga sobre las acciones posesorias que correspondan, las que pueden intentarse luego de restablecidas las cosas al estado que tenían antes de la violencia". Lo anterior como se ve, lo concreta a la violencia y no a cualquier otro procedimiento, como la clandestinidad. Por último, exige para la aplicación de las reglas de la acción por despojo, que "El demandante debe probar su posesión; el despojo, el tiempo en que el demandado lo cometió". La palabra "posesión" aclara, que no es tomada en el sentido técnico que le corresponde, ya que el simple "corpus" da lugar a la defensa, que también ampara al detentador, así como el despojo está limitado a la violencia.

Citar el criterio anterior, tiene como objetivo el poner un punto de partida extremo a nuestro derecho; porque basta examinar su contenido, para ver que si por una parte el Código Civil Argentino considera como un vicio de la posesión la tenencia, por otra parte la toma como un elemento para tipificar el delito de despojo, lo que es contrario a toda lógica legislativa: fundar la calificación de un acto ilícito en otro ilícito. Por otra parte si la jurisprudencia de la Suprema Corte Argentina, trata

de sancionar la violencia y hacerse justicia por sí mismo, bien los puede castigar, sin necesidad para ello de tipificar un despojo, y veamos lo absurdo de ese criterio. Hemos anteriormente indicado, que el hecho de la posesión se manifiesta, por cierta relación de dependencia económica, entre quien posee, y la cosa poseída, de tal manera, que viene a ser poseedor de un terreno de labor, quien lo tiene cultivado y sembrado. Si una persona por propia autoridad penetra al terreno, ejerce actos propios de un poseedor, durante algunas horas y al que realizó los trabajos y cultivos lo hace salirse del terreno, por cualquiera de los medios violentos que señala la ley; ¿puede decirse por eso, que éste último ha sido despojado?, debe estimarse que no, porque en realidad las escasas horas que haya estado en el terreno de labor, no son bastantes para adquirir una posesión susceptible de tutelar la figura delictiva de que nos ocupamos, mas en cambio, quien ejerció los actos ilícitos violentos, físicos o morales, deberá ser castigado por las violaciones a las leyes penales que corresponda a tales actos en sí mismos.

Lo anterior pone de manifiesto, que, ciertamente la ley penal viene hasta cierto grado a tutelar el hecho de la posesión; pero para tipificar el delito de despojo, hay que tomar en consideración que el desposeimiento debe presuponer, un rompimiento (si propio es decir), o tratar de desvirtuar los nexos y relación de carácter económico o de disfrute que tenga con respecto a la cosa, el despojado, hechos materiales fundatorios y constitutivos de la posesión de la que es privado, pues de no realizarse tales circunstancias, la coacción física o moral realizada por el agente de la infracción, puede ser sancionado por los actos delictivos por sí mismos, que cometa en la persona del ofendido y daños en sus pertenencias, de existir.

Es indudable por otra parte, como lo hace notar Lafaille, que la restitución operada a raíz de la procedencia del despojo, es de consecuencias diversas al interdicto de recuperar la posesión, porque la sentencia dictada en este último, genera presunciones a

favor del despojado, de haber tenido dicha posesión antes de cometido dicho despojo; en cambio, en el caso de la restitución, ninguna presunción en favor del despojado sobre tal posesión o propiedad se deriva.

Sentada la proposición de que en la fracción I se debe excluir toda idea de propiedad y concretarse a la posesión, es necesario determinar en lo posible, qué circunstancias o datos deberán tomarse en cuenta para conceptuar despojado a un ofendido. Al exponer la tesis sobre posesión, indicamos como criterio predominante "el económico", es decir, el goce de los beneficios obtenidos con dicha posesión.

La legislación francesa, conforme lo indican Planiol y Ripert,¹⁰ al hablar del reintegro y sus condiciones para su ejercicio, indica que todo detentador despojado por la violencia o vías de hecho, de un inmueble o del disfrute de un derecho real inmueble, debe justificar que la detentación es actual, pacífica y pública, en el momento del desposeimiento; no siendo necesario justificar una posesión anual anterior a las vías de hecho; en nuestras leyes, para estimar la procedencia de los interdictos, en el francés, para la queja. La tesis opuesta preconizada por la legislación Argentina, según antes los indicábamos, es: "Cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla arbitrariamente". El término "arbitrario" lo toma como sinónimo a "ilegalmente", "contrario a la ley", "acto contrario a la justicia", la razón o las leyes dictado sólo por la "voluntad o el capricho".

Principalmente en nuestra capital, se han formado distintas organizaciones que les han denominado "paracaidistas"; estas esporádicas uniones, muchas de ellas con éxito en sus objetivos, hicieron uso de procedimientos, consistentes en invadir terrenos, formando desde luego habitaciones casi rudimentarias y una vez en ello, buscaron protección oficial o bien promovieron juicios prescriptivos para adquirir la propiedad en común. Sin negar las

¹⁰ Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III. Los Bienes.

necesidades de los miembros componentes de tales agrupaciones y de las personas aisladas, de tener habitación, diremos que muchos propietarios se vieron privados de sus posesiones, sin que en la mayoría de los casos el gobierno diera una resolución, conveniente a los intereses cuestionados. Ya vigente el Código de Procedimientos Civiles, se comprobó la ineficacia de sus medios, interdictos y acción reivindicatoria, para dar las convenientes garantías a los derechos de los poseedores y se gestó la reforma del artículo 395 del Código Penal que comentamos, en el sentido de que el delito de despojo sería penado, aun cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada fuera dudoso o estuviera en disputa. Los conceptos introducidos con tal reforma, vinieron a poner de manifiesto que para el delito de despojo debía considerarse esencialmente la posesión. Además, estableció el delito para cuando se realizara por grupo o grupos mayores de cinco personas, revistiendo cierto carácter colectivo, para remediar el estado de continuos ataques arbitrarios a las posesiones de personas que tenían ciertas extensiones de terreno en la capital cundiendo el ejemplo en varias ocasiones, a los Estados.

Volviendo al tema antes enunciado, esta tesis sostiene el punto de vista para concretar la clase de posesión que debe ser tutelada por el delito de despojo, cuando el agente ejecutor de tales actos realice por la violencia un desposeimiento, que venga a privar en forma ostensible y notoria, el goce que en el caso tenga quien resulte ofendido con motivo de la posesión de que disfruta, haciendo caso omiso de la propiedad del inmueble, pues aún cuando la disposición aludida prevee las situaciones de inmueble ajeno y propio, en la fracción II al igual se comete la infracción cuando se ocupa un inmueble por hallarse en poder de otra persona; es decir, toma como base la posesión detentada, frente al mismo propietario.

En cuanto a la garantía sobre la restitución del inmueble despojado, no resulta por demás insistir, que en nuestro Código de Procedimientos Civiles, no se establecieron ciertas medidas de

más pronta aplicación y eficacia, porque actualmente como es sabido, muchas veces resulta mejor favorecido quien deduce una acción reivindicatoria, que un interdicto. Consecuentemente, el Código de Procedimientos Penales, aún cuando ya establece la obligación a todo juzgador de tomar las providencias necesarias, para restituir al ofendido en el goce de sus derechos que estén plenamente justificados, en diversas ocasiones tales restituciones no pueden llevarse a su término, por hacer intervenir a supuestos terceros de buena fe o bien el Tribunal no encuentra según su criterio, debidamente justificados los derechos al bien por restituir. Esto se ha debido a que en tales procedimientos penales, no se ha dado una conveniente intervención a los ofendidos, de tal manera que de la que gozan actualmente, más bien ha sido instituída por la Primera Sala de la Suprema Corte, por cierto con escasa mayoría de los magistrados que la integran. La conveniente intervención de que se habla para los ofendidos, es factible de hacerse mediante una reglamentación adecuada del artículo 9 del Código de Procedimientos Penales y tomando como base el principio de economía procesal, para en definitiva en su caso resolver tanto la culpabilidad o inculpabilidad de un reo, como en la responsabilidad consistente en la reparación del daño que haya causado. Sucede frecuentemente, que un inculpado es absuelto en segunda instancia y por amparo obtenido por el ofendido, se tiene que volver a sentenciar però únicamente por la reparación del daño, pues la absolución pasa a ser cosa juzgada. En esta parte observamos cómo se realiza una separación entre la resolución sobre la inculpabilidad del acusado y la responsabilidad civil en que incurre por los actos nativos del proceso tramitado.

El segundo punto que sostiene esta tesis, es una conveniente reforma del artículo 395 como preceptuando que se comete el delito de despojo, al que de propia autoridad y haciendo violencia, empleando amenaza, priva a otra de la posesión de un inmueble, ocasionándole perjuicios en el goce y disfrute del mismo o de

un derecho real con privación de los beneficios que el perjudicado obtiene. Para aplicar la sanción que este artículo determina, no se tomará en cuenta que el derecho de propiedad del inmueble objeto del despojo sea dudoso o esté en discusión, así como el derecho a la posesión. Se considerará que un ofendido o perjudicado se encuentra en posesión (para los efectos de este artículo); cuando en el acto de verificarse el desposeimiento, se encuentre disfrutando de la misma, o tenga a su servicio el bien, o aprovechando sus productos o frutos, esté pendiente de percibir utilidades por inversiones o mejoras que haya efectuado en el inmueble usurpado. En caso de ocupación por engaño o furtivamente, será necesario querrela de parte ofendida, previo requerimiento que se le haga al autor del acto, en forma fehaciente.

Cuando se trate de derechos a la posesión de carácter privado, la parte ofendida o perjudicada que legítimamente ostente tales derechos, puede otorgar perdón al inculpado antes de ser sentenciado, pudiéndose proceder únicamente por actos que haya ejecutado sancionados en cualesquiera otra disposición de este Código.

En apoyo de las proposiciones anteriores, cabe advertir además, que en cuanto a la furtividad actualmente estatuida por el artículo 395 del Código Penal, hemos podido ver en algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia que ha llegado a estilizarse hasta el grado de considerarlo en función de lo que manifieste el ofendido bastando con que él mismo afirme el no haber tenido conocimiento del despojo realizado o de no haber dado su consentimiento al agente que lo realiza para la ejecución de tal acto, quedando con ese motivo el inculpado en esa situación, sujeto a los caprichos o deseos de un ofendido en el caso.

En cuanto al engaño, aún cuando no reviste la gravedad de lo furtivo, puede ser motivado por creencias falsas del agente realizador del acto, por ser víctima de sugerencias o indicaciones de otra persona que regularmente permanece al margen de todos

los acontecimientos y es muchas veces difícil justificar su intervención indirecta o ser autor intelectual del acto.

El requerimiento que se establece para los dos supuestos anteriores, que bien puede ser ante dos testigos o con notario público, en el sentido de que el ocupante de un inmueble desocupe de inmediato el mismo, el no hacerlo será prueba presuncional bastante que se tomará para los efectos de tener por realizada tal ocupación furtivamente o por engaño.

BIBLIOGRAFIA

- Beling Ernesto*, Esquema de Derecho Penal.
Carrara Francisco, Programa del Derecho Criminal.
Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal.
Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe.
Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal.
Goyet Droit Penal Special.
Ihering Rodolfo, "La Posesión".
Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito.
Jiménez de Asúa Luis y Francisco Carsi, Códigos Penales Ibero-americanos, Estudio de Legislación Comparada.
Lafaille Héctor, Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales.
Macedo Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano.
Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal Italiano.
Mommsen Teodoro, El Derecho Penal Romano.
Petit Eugenio, Tratado Elemental de Derecho Romano.
Planiol, Ripert y Picard, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.
Rojina Villegas Rafael, Bienes y Derechos reales y Posesión.
Sodi Demetrio, Nuestra Ley Penal.
Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino.
Valverde y Valverde Calixto, Tratado de Derecho Civil Español.

