

CRIMINALIA
EXPRESS

CRIMINALIA **EXPRES**

Miguel Ontiveros Alonso
Director General de Criminalia

Guillermo Mendoza Rivera
Coordinador Académico de Criminalia

Diseño digital
Armando Téllez Reyes

Diagramación
Felipe Luna

Criminalia Exprés
Año I • 2023 • 001

Sitio web: www.criminalia.com.mx

<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/announcement>

© Academia Mexicana de Ciencias Penales
Twitter @AcadMexCienPen
www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la editorial.

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente? Comentarios a la sentencia dictada en la contradicción de criterios 251/2022

Roberto A. Ochoa Romero

Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México
Academia Mexicana de Ciencias Penales

Sumario. **I.** Aproximación al problema; **II.** Análisis de la previsión legal en el Código penal federal; **III.** Clasificación de los tipos penales por su duración; **IV.** El resultado de la contradicción de criterios; **V.** Toma de postura.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

No son pocos los casos que actualmente se investigan en las distintas procuradurías o fiscalías generales de justicia del país, sobre la base del hecho que la ley señala como delito de despojo.

De hecho, la incidencia delictiva que ofrece el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública señala que, en el año 2021, se registraron 32,608 despojos en todo el país; en el 2022 se reportaron 30,961 despojos, mientras que en el año 2023, con corte al día 30 de abril, se tienen registrados 10, 254 despojos¹.

Si nos ocupamos de la incidencia delictiva del año inmediato anterior, las cifras del año 2022 arrojan el registro de más de 2,500 denuncias por despojo al mes. No se trata, por tanto, de un delito que se cometa con una escasa frecuencia en nuestro país. Muy por el contrario. Si la incidencia registrada hasta el 30 de abril del 2023 mantiene su ritmo, al cierre del año se habrán denunciado alrededor de 30,762 despojos, lo cual supondría solo una reducción aproximada del 0.65 por ciento con respecto al 2022. Nada significativo.

Por lo demás, las investigaciones por este delito suelen ser muy lentas y se prolongan incluso por años; las razones pueden ser de muy diversa índole, pero es

¹ Datos extraídos de la Incidencia delictiva del fuero común 2021, 2022 y 2023, consultada en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>

innegable que se ha venido reduciendo la capacidad de reacción de las procuradurías y fiscalías de justicia no solo por la escasez de recursos de todo tipo sino, asimismo, por el resurgimiento e implantación de un criterio interpretativo que modifica la concepción tradicional de este delito en lo que respecta a su consumación.

Conforme a esa tendencia que ha sido confirmada recientemente por nuestro más Alto tribunal, se considera que el delito de despojo tiene su basamento normativo en un tipo de injusto de consumación instantánea. Como más adelante se verá, este criterio imposibilita, por decir lo menos, la propuesta y el impulso de cualquier tipo de acción legal que pudiera suspender, posteriormente, los efectos del delito. Algunos de estos criterios son del tenor siguiente (el subrayado es añadido):

Registro digital: 257832

Instancia: Pleno

Sexta Época

Materias(s): Penal

Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen LXXXVIII, Primera Parte, página 12

Tipo: Aislada

DESPOJO, ES DELITO INSTANTÁNEO.

El delito de despojo es instantáneo y se comete en el preciso momento en que se ocupa un inmueble ajeno o se hace uso de él, aunque para mantener su efecto sea necesaria una actividad constante e ininterrumpida en el agente.

Competencia 80/63. Suscitada entre el Juez Tercero de Distrito del Estado de Veracruz, y el Juez Mixto de Primera Instancia de Tuxpan de Rodríguez Cano, Veracruz. 20 de octubre de 1964. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Mario G. Rebollo Fernández.

Registro digital: 259794

Instancia: Primera Sala

Sexta Época

Materias(s): Penal, Civil

Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen LXXVI, Segunda Parte, página 17

Tipo: Aislada

DESPOJO, CONSUMACIÓN DEL. TÉRMINO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

De acuerdo con las reglas que establecen los preceptos que se refieren a la prescripción, tratándose del despojo, como éste tiene el carácter de delito instantáneo, ya que se consuma a partir del momento en que el sujeto atenta contra la posesión, el término para la prescripción de la acción penal empieza a correr a partir del momento en que el inculcado ocupa el predio propiedad del ofendido. Ello no quiere decir que, operada la prescripción, el afectado no pueda recuperar el predio que fue objeto de la acción de despojo, ya que puede recurrir a la vía civil interponiendo el interdicto para recuperar la posesión o para ejercitar cualquiera de las acciones que establece la ley en su favor.

Amparo directo 5521/62. Martín Leonides López Delgado. 4 de octubre de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

Pues bien. Precisamente por entender que la totalidad de los elementos de este delito ejercen sus efectos de manera instantánea, se inhabilitan las acciones que bien pueden (y deben) restituir a la víctima en el uso, goce y disfrute del objeto del delito; por lo menos hasta que se defina, indubitablemente, la titularidad (formal) del derecho real. De lo contrario se permite y, además, se tolera que el autor del delito mantenga la ocupación del inmueble (objeto material clásico en el delito de despojo), en detrimento constante de las prerrogativas que debiera ejercer el sujeto pasivo.

Otro tanto puede decirse con respecto a la flagrancia, la cual dejaría de existir durante el *mantenimiento* de la ocupación ilícita del inmueble, pues la consumación del delito ya se habría producido (y agotado) desde el primer momento de intervención del sujeto activo sobre el objeto material del delito; siempre que se adopte y mantenga el criterio que cataloga al despojo como delito de consumación instantánea.

Así pues, las consecuencias que la adopción de este criterio y, en especial, las que acarrea su confirmación a través de la sentencia que resolvió la contradicción de criterios 251/2022, serán objeto de estudio en los comentarios siguientes.

II. ANÁLISIS DE LA PREVISIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

La coexistencia de treinta y tres códigos penales en la República mexicana, así como de un número importante de leyes especiales que contienen tipos penales, haría muy complejo y prolijo el análisis puntual de cada una de las disposiciones que prevén y sancionan las conductas que se agrupan genéricamente bajo la rúbrica de *despojo*. Además, se rebasaría el propósito central del presente trabajo.

Sin embargo, dadas las semejanzas que existen (y subsisten) entre las diversas fórmulas legales, no se advierte un impedimento sólido para que aquí se puedan ilustrar los elementos configuradores de este delito desde el análisis de un solo código penal. Por tal razón, en este estudio se tomará como base para el análisis legal la regulación vigente del Código Penal Federal.

El delito de despojo se localiza dentro del conjunto de los llamados, genéricamente, *delitos patrimoniales* o *delitos contra las personas en su patrimonio*; categoría que le corresponde precisamente por virtud del bien jurídico que se intenta proteger de manera central, el cual está representado por el patrimonio de las personas, ya sean físicas o jurídicas. Pero en este caso no puede hablarse genéricamente del patrimonio, sino de una manifestación particular de este atributo de las personas que bien puede identificarse -en términos más concretos- con la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble², la cual solo puede manifestarse lícitamente si se tiene un

² En el mismo sentido González de la Vega, Francisco, *El Código penal comentado*, 10ª ed., México, Porrúa, 1992, pp. 511 y 512. Sobre el estado actual de esta cuestión en España, véase Codón Alameda, Alfonso, *Ocupaciones ilegales: soluciones penales y civiles*, Barcelona, Aferre, 2022, pp. 31 y 32.

título legal que la habilite. Así, la posesión se configura como una condición material y necesaria para el uso, goce y disfrute –legal– de un inmueble o de un derecho real.

En efecto, el delito de despojo, según se verá más adelante, inhabilita al titular (sujeto pasivo) de un derecho real para el uso, goce y disfrute de un inmueble. Así, el afectado se ve impedido para utilizar -dicho en términos amplios- el inmueble sobre el que recae la acción del sujeto activo.

Como ya se dijo, este delito se encuentra previsto en todos los códigos penales de las entidades federativas, tanto como en el Código Penal Federal (CPF). En este último caso, el despojo se ubica en el Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, intitulado “Delitos en contra de las personas en su patrimonio”, Capítulo V, llamado “Despojo de cosas inmuebles o de aguas”, del referido código. Su previsión legal es la siguiente:

Artículo 395.- Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos:

I.- Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble 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 lesionen derechos legítimos del ocupante, y

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

La pena será aplicable, aun cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, además de la pena señalada en este artículo, se aplicará a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión, de uno a seis años de prisión.

A quienes se dediquen en forma reiterada a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal, se les aplicará una sanción de dos a nueve años de prisión. Se considera que se dedican a promover el despojo de inmuebles urbanos en forma reiterada, quienes hayan sido anteriormente condenados por esta forma de participación en el despojo, o bien, se les hubiere decretado en más de dos ocasiones auto de formal prisión por este mismo delito, salvo cuando en el proceso correspondiente se hubiese resuelto el desvanecimiento de datos, el sobreseimiento ó la absolución del inculpado.

El artículo 395 CPF amenaza con la imposición de una pena de prisión de tres meses a cinco años y con una multa de cincuenta a quinientos pesos, a quienes, según sus tres fracciones: i) “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) “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 lesionen derechos legítimos del ocupante”; y, iii) “en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas”.

1. Primera fracción

La primera hipótesis del delito en cuestión requiere que el sujeto activo ocupe un inmueble ajeno o haga uso de éste, o de un derecho real que no le pertenezca, siempre que la acción se realice de propia autoridad, mediante violencia o furtivamente, o bien, empleando amenaza o engaño.

En lo que respecta a los sujetos, el tipo penal no hace referencia a calidades especiales o condiciones particulares que afecten al autor, de suerte que se trata de un sujeto activo común o genérico. Así, la conducta cifrada en el verbo “ocupar”, que significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), “tomar posesión o apoderarse de un territorio, de un lugar, de un edificio, etc., invadiéndolo o instalándose en él”, puede ser realizada por cualquier persona.

La conducta, por supuesto, extiende sus efectos materiales por todo el tiempo que el sujeto activo posea el objeto material o mantenga su ocupación o apoderamiento.

El objeto material de la acción, el bien inmueble, se despeja como elemento normativo de valoración legal a través del artículo 750 fracción I del Código Civil Federal (CCF), el cual establece que son bienes inmuebles “el suelo y las construcciones adheridas a él”. Si bien es cierto que el artículo 750 CCF reconoce a lo largo de sus trece fracciones otras categorías ajustables al concepto de inmueble, no es menos cierto que solo la definición prevista en su fracción I podría colmar las exigencias de la primera porción de la fracción que se analiza (“ocupar un inmueble”).

La ocupación, entonces, debe realizarse sobre un inmueble. Pero, además, dicho bien inmueble debe ser “ajeno”, esto es, “perteneciente a otra persona” (RAE), sobre todo porque la ocupación ilícita de un inmueble “propio” está recogida en la fracción II del artículo 395 CPF. Esta característica, la de ajenidad del inmueble que posee o del que se apodera el sujeto activo, debe estar abarcada por el dolo del autor.

En esta fracción también se sanciona el “uso” de un inmueble ajeno o de un derecho real que no le corresponda al sujeto activo; esto es, que la conducta del autor le permite “hacer servir” (RAE) el inmueble ajeno en provecho propio (por ejemplo, mediante la siembra de un terreno de cultivo), o bien, le permite “hacer servir” o beneficiarse de un derecho real del que no sea titular. En este caso los derechos reales de los que se puede servir indebidamente el sujeto activo serían el usufructo, el uso o la habitación; todos los cuales son aplicables a la naturaleza de bien inmueble que aquí se ha asumido.

Ahora bien, las conductas de ocupar o de usar el bien inmueble ajeno o el derecho real del que no sea titular el sujeto activo, están precedidas por puntuales exigencias legales, algunas de las cuales configuran medios comisivos.

Por principio de cuentas, la acción debe llevarse a cabo por propia autoridad, lo cual equivale a decir por sí mismo y por facultad o decisión propia (sin autorización o mandato diverso). Pero, además, cuando el legislador utiliza la conjunción “y” mandata que la acción que se realiza por propia autoridad deba acompañarse por cualquiera de los medios comisivos que pueden consistir, alternativamente, en “violencia”, que implica el uso de la fuerza física o moral (RAE); “furtivamente”, que supone ejecutar la acción “de manera oculta” (RAE); mediante “amenazas”, que implica dar a entender con hechos o palabras que se quiere hacer mal a alguien (RAE); o bien, a través del “engaño”, que equivale a la “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre” (RAE).

2. Segunda fracción

La segunda hipótesis del artículo 395 CPF prevé la ocupación de un inmueble que sea propiedad del autor del delito -en los casos en los que la ley impida dicha ocupación-, o bien, que se ejerzan actos de dominio que lesionen los derechos de quien ocupa legalmente el inmueble. Todo ello por propia autoridad y a través de cualquiera de los medios indicados en la fracción I.

En lo que respecta a las exigencias de “propia autoridad”, así como de los medios comisivos que exige esta segunda hipótesis, han quedado suficientemente aclarados en los comentarios realizados sobre la fracción anterior, por lo que no merecen mayor explicación.

Pero sí es importante identificar cuáles son los casos en los que la ley impide la ocupación de un bien inmueble propio y cuáles son los actos de dominio que podrían lesionar los derechos de quien ocupa legalmente un inmueble ajeno.

De entrada es necesario señalar que existen fórmulas jurídicas a través de las cuales un inmueble propio puede estar legítimamente en posesión de otra persona, por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento o de comodato, en cuyo caso el propietario del inmueble está impedido para ocuparlo durante la vigencia del contrato; lo cual resulta de toda lógica si se acude al objeto de protección del delito de despojo que coincide con el derecho a la posesión del inmueble y a las prerrogativas que son consecuencia de éste.

Por lo demás, el propietario de un inmueble también podría incurrir en delito bajo esta segunda hipótesis del artículo 395 CPF, en aquellos casos en los que realice actos de dominio que puedan lesionar los derechos de quien ocupa legalmente un inmueble. En estos casos sería imaginable, por ejemplo, la celebración y ejecución de un contrato de compra venta (acto de dominio) por parte del propietario, que tenga por objeto el inmueble que se encuentra dado en arrendamiento o en comodato.

3. Tercera fracción

La tercera hipótesis que contiene el artículo 395 CPF comprende el denominado “despojo de aguas”.

A diferencia de las fracciones anteriores, en este espacio se sanciona, con el mismo rango de pena de prisión y multa, a quien impida el uso o aprovechamiento de aguas o, de otra manera, utilice aguas que no le pertenezcan. Se trata, básicamente, de obstaculizar el uso de aguas a quien tenga derecho a éstas mediante su desvío, o bien, del aprovechamiento ilícito a cargo del autor del delito.

4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

En su parte final, el artículo 395 CPF establece que no será obstáculo para la imposición de la pena el hecho de que el derecho a la posesión del inmueble sea dudoso o esté en disputa; el legislador potencializa así la protección del derecho a la posesión del bien y, sin duda, a la propiedad del mismo, dejando de lado cualquier debate en torno a su definitividad.

Al mismo tiempo, se prevé una circunstancia agravante específica aplicable en aquellos casos en los que el despojo se realice en grupo (o por grupos) que, en su totalidad, sean mayores a cinco personas. En este caso se ordena la aplicación de una pena adicional que va de uno a seis años de prisión, siempre que se trate de los autores intelectuales o de quienes dirijan la invasión. Así, la circunstancia de comisión en grupo (o por grupos) no alcanza a todos los involucrados, sino exclusivamente, a quienes, en términos del artículo 13 fracción I CPF, hayan acordado o preparado su realización, o bien, dirijan las acciones de desapoderamiento.

Por su parte, en el párrafo tercero del artículo 395 CPF se establece una discutible fórmula legal que -a diferencia de lo que sucede con las tradicionales circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que impactan el marco penal abstracto del delito de referencia-, prevé un rango penal específico y distinto al que recoge el mismo artículo 395 en su párrafo primero. Se trata, más bien, de una suerte de responsabilidad por reincidencia -que se comporta más como un tipo penal específico- cuya conducta consiste en promover, reiteradamente, el despojo de bienes inmuebles urbanos en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México). De forma que quienes hayan sido condenados más de dos veces por promover este delito, o bien, se les haya dictado en más de dos ocasiones auto de término constitucional que los sujete al proceso -con las excepciones marcadas en el propio párrafo tercero-, enfrentarán un rango penal de dos a nueve años de prisión.

Finalmente, en su artículo 396, el CPF recoge una fórmula concursal que le abre la puerta a la convivencia entre las penas aplicables por el delito de despojo y las

que resulten de la utilización de ciertos medios comisivos; concretamente, se trata de los de violencia o amenazas.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES POR SU DURACIÓN

Una de las cuestiones sujetas a debate en la contradicción de criterios que se comenta, pasa por definición de la categoría que le corresponde al delito de despojo cuando se trata de su duración, esto es, que se cuestiona si se trata de un delito instantáneo o permanente.

Pues bien. La doctrina penal clasifica los tipos penales en función de muy diversas categorías, entre otras, por el resultado que producen, por el tipo de conducta que prevén, por el número de sujetos que participan, por los valores que tutelan, entre otras. Para los fines del presente estudio interesa, especialmente, la clasificación de los tipos penales por su duración.

En este rubro se considera que los tipos penales pueden ser instantáneos, continuos o permanentes, y continuados.

Al respecto, el artículo 7º párrafo tercero CPF se refiere a esta clasificación de la siguiente manera:

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción penal;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

En la porción normativa que se transcribe se localiza, precisamente, la clasificación legal de los tipos penales por su duración. En cada supuesto, el legislador federal ha anudado la categoría respectiva a la consumación del delito, sea que ésta se produzca en el momento mismo en que se conjugan todos los elementos de la respectiva figura penal, que se prolongue en el tiempo, o bien, que se viole el mismo precepto legal mediante pluralidad de conductas que comparten el mismo propósito delictivo y siempre que exista unidad de sujeto pasivo.

Así, desde el CPF se considera que un delito es instantáneo cuando su *consumación* se produce en el momento mismo en que se realizan todos los elementos configuradores de la infracción penal. Y será continuo o permanente, cuando su *consumación* se prolonga en el tiempo.

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

Para poder entender la diferencia entre una y otra categoría, es indispensable definir qué debe entenderse por consumación, ya que en el CPF no se localiza una interpretación auténtica del concepto. Gramaticalmente, consumación significa “acción y efecto de consumir”, o bien, “extinción, acabamiento total” (RAE). Las dos acepciones que ofrece la RAE sobre el concepto trasladan la idea de terminación, de conclusión, de acabamiento.

En este sentido, los alcances o los límites de la consumación dependen de los elementos de diseño de cada una de las figuras típicas de la Parte especial. Dicho de otra manera, para calificar el momento de la consumación de un delito en particular, no pueden desatenderse ninguno de aquéllos componentes, entre los que destaca, de manera particular, el contenido material del injusto.

Sin duda, la lesión o puesta en peligro del valor jurídico que la norma intenta proteger es uno de tales elementos. Por tanto, si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal se agota en el momento mismo en que ésta se produce, tal y como sucede, por ejemplo, en el delito de homicidio, el delito será de consumación instantánea; pero, en cambio, si la lesión o puesta en riesgo del valor penalmente protegido no deja de existir sino hasta en tanto se desvuelve por el sujeto activo una acción en sentido inverso a la que constituye la conducta típica, o bien, se presenta una condición exterior que suspende el estado antijurídico, como es el caso en el delito de secuestro (*v.gr.* liberación o escape de la víctima), el delito en cuestión habrá de ser calificado como continuo o permanente. De esta manera, la consumación del delito está inevitablemente subordinada al mantenimiento de la lesión o puesta en riesgo del bien jurídicamente tutelado³.

En el caso del despojo -tal y como lo ha venido reconociendo la mejor doctrina-, el desapoderamiento del objeto material que se lleva a cabo por el sujeto activo, o bien, la intervención del autor en el ejercicio libre de las prerrogativas que se desprenden de la titularidad de un derecho real que le corresponde al sujeto pasivo, no concluye o termina en el momento en que se realizan los elementos propios de la figura penal, sino que, muy por el contrario, se mantiene el estado antijurídico creado por la acción del autor, de manera que se interrumpen tales prerrogativas del pasivo de momento a momento, lo que ineludiblemente conduce a su calificación como delito de consumación permanente. Otra cosa es que la conducta típica sea perfecta desde el momento del desapoderamiento del inmueble o de su invasión; pero la antijuricidad material que le acompaña no solo produce sus efectos, sino que se mantienen a lo largo del tiempo mientras perdure la ocupación ilícita del inmueble.

³ Véase, en este sentido, Díaz de León, Marco Antonio, *Nuevo Código penal para el Distrito Federal con comentarios*, México, Porrúa, 2004, t. II, p. 1258, para quien, tratándose del despojo, la consumación “depende de la producción del resultado típico (...). De esta manera la conducta y el resultado típicos no se hallan desvinculados, sin conexión de causalidad, sino, han de tener una cierta yuxtaposición recíproca para que el resultado pueda ser imputado a su autor como consecuencia de su acción”.

Es imaginable, a guisa de ejemplo, el caso de una persona que habita con su familia en una casa de la que es propietaria. Pero un buen día, después de haber pasado una temporada fuera de casa, a propósito de un viaje de placer (*v.gr.*), encuentra su casa ocupada ilegalmente por otras personas y, a pesar de sus esfuerzos, no logra que la desocupen. Evidentemente las consecuencias materiales de tal ocupación ilegal no se agotan en el momento en que los invasores ingresaron al inmueble (por ejemplo, furtivamente), o un día después; en realidad, en ese momento simplemente iniciaron los efectos de la conducta. Tan es así que el propietario del inmueble y su familia -al no tener recursos suficientes para soportar cómodamente la desocupación ilegal (y aunque los tuvieran)- tendrán que soportar la agresión y encontrar alojamiento (o no) en otro sitio hasta en tanto puedan recuperar el uso, goce y disfrute del inmueble despojado. El desapoderamiento, por tanto, subsiste por todo ese tiempo; es permanente y se mantiene hasta en tanto no cesen las acciones que permiten la ocupación ilegal a cargo del autor.

Ni qué decir en el caso de que el propietario de la casa, en este mismo ejemplo, tuviera que mantenerse junto a su familia en situación de calle (o muy precaria), hasta en tanto no puedan volver a ocupar su propia casa.

De esta forma, resulta muy difícil entender al delito de despojo como un delito instantáneo⁴. Y es que si bien la conducta típica es completa desde el primer momento en que se produce la ocupación, invasión o desapoderamiento del inmueble -para lo cual son útiles y funcionales los medios comisivos-, lo cierto es que la lesión del bien jurídico se mantiene y se prolonga en el tiempo, lo que equivale a decir que su consumación se extiende y permanece hasta en tanto el autor devuelve o abandona el inmueble, o bien, se recupera el ejercicio del derecho real por parte del pasivo.

IV. EL RESULTADO DE LA CONTRADICCIÓN DE CRITERIOS

Antes de acercarnos al núcleo del presente trabajo es importante sistematizar la postura que se viene adoptando en torno a la categoría del despojo como delito permanente. Para ello resulta necesario observar y analizar otros espacios en los que el CPF recoge el concepto de consumación.

El legislador federal se refiere a la consumación del delito en varios lugares del CPF, asignándole diferentes efectos, consecuencias o condiciones.

Entre otros, el CPF se ocupa de la consumación del delito, además del ya citado artículo 7º párrafo tercero fracciones I y II, en los artículos 12, en cada uno de sus

⁴ Son partidarios de esta conclusión Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, con la salvedad -atribuida a Manzini- de aquellos casos en los que, para mantener el efecto del delito, sea necesaria una actividad constante e ininterrumpida del sujeto activo. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código penal anotado*, 27ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 1233.

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

tres párrafos; 29 párrafos segundo y tercero, para efectos del cálculo del día multa; 51 párrafo segundo, para el cálculo de las penas que se ordenan en proporción al delito intencional consumado; 63 párrafos primero y tercero, como parámetro para la definición de las penas en los casos de tentativa punible; 102 fracciones I y IV, para el conteo de los plazos de prescripción en los casos de delito instantáneo y en el permanente, respectivamente; 183, en el que se hace depender de una suerte de condición objetiva de punibilidad en el delito de desobediencia de particulares; 194 fracción II, segundo párrafo, para ilustrar la hipótesis de una forma específica de tentativa de introducción (o extracción) de narcóticos al país; 228 fracción I, como parte de la fórmula legal que habilita la imposición de una pena accesoria en los casos de responsabilidad profesional; 253 fracción I inciso g), como condicionante para la precisión del lucro indebido en una de las formas de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales; 369, referida al momento consumativo del delito de robo; 374 fracción II, para definir el momento después del cual se puede considerar que se actualizan otras formas de robo con violencia; 398, como presupuesto -con respecto a otros delitos- para permitir la aplicación de las reglas de la acumulación con el delito de daño en la propiedad; y, 400 fracción V, para la hipótesis de encubrimiento consistente en no impedir la consumación de un delito que se vaya a cometer o se esté cometiendo.

Como puede verse, el legislador federal le asigna diversas consecuencias, condiciones o funciones al momento consumativo del delito.

Dentro de ese gran conjunto de disposiciones se aprecian casos en los que el legislador federal utiliza el término *consumación* para referirse al momento en que se produce la lesión o, de otro lado, la puesta en peligro del bien jurídico que la norma penal pretende tutelar. En este sentido resulta ilustrativo el artículo 63 párrafo primero CPF que presenta el siguiente texto:

Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En este apartado el legislador penal federal establece la regla general para la aplicación de la pena en los casos de tentativa punible; así, ordena una rebaja de la pena prevista para el delito consumado, colocándola en las dos terceras partes. La explicación de esta disposición y, en particular, de la decisión legislativa a favor de la aplicación de una pena menor a la del delito consumado en el caso de la tentativa, no puede ser otra sino la del menor desvalor de resultado.

Así es. En la tentativa punible de los delitos de lesión, no se logra la afectación del valor jurídico-penalmente protegido, de suerte que la rebaja de pena, por así decir, se produce en la medida en que el bien jurídico únicamente corre peligro (ya sea concreto, o bien, abstracto). Lo cual no significa que la tentativa -acabada o inacabada- no tenga su propio momento consumativo. Al contrario. Solo que aquí sucede

que el legislador utiliza el concepto de “consumación” para referirse precisamente a la lesión efectiva, real y material del bien jurídico, cuestión de la que se ocupa, por cierto, el propio artículo 52 fracción I CPF.

De esta forma, es innegable que se vuelve a vincular la consumación del delito con la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

Pues bien, si se atiende a la conducta típica prevista para el delito de despojo -la cual consiste, en su primera acepción, en ocupar un inmueble ajeno o hacer uso de él o de un derecho real que no le corresponde al sujeto activo-, se advierte que la lesión del bien jurídico no se agota en el momento mismo en que se realizan todos los elementos que configuran el supuesto de hecho (hipótesis de delito instantáneo), sino que, por el contrario, la afectación material del bien jurídico se mantiene en el tiempo (hipótesis de delito continuo o permanente) y es equivalente o permanece durante todo el periodo durante el cual el sujeto pasivo está impedido para ejercer lícitamente los derechos de uso, goce y disfrute del inmueble afectado. De esta forma, y de acuerdo con lo que se viene sosteniendo, la consumación del delito de despojo se prolonga en el tiempo (artículo 7º párrafo tercero, fracción II), lo que inevitablemente termina por calificarlo como delito permanente.

El estado antijurídico que genera este delito, materialmente hablando, no concluye en el momento en que se realiza la conducta típica a través de los medios comisivos que el propio artículo 395 CPF señala en sus tres fracciones; de hecho, la ocupación ilegal del inmueble (objeto material) se mantiene hasta en tanto no logra recuperarlo el sujeto pasivo, o bien, sea abandonado por el sujeto activo.

No obstante lo dicho, hemos asistido recientemente (y con sorpresa) a la publicación de la resolución de una contradicción de criterios emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), concretamente la número 251/2022, en la que se argumenta, sorpresivamente, lo contrario:

Registro digital: 2026703

Instancia: Primera Sala

Undécima Época

Materias(s): Penal

Tesis: 1a./J. 49/2023 (11a.)

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tipo: Jurisprudencia

DELITO DE DESPOJO. SU CONSUMACIÓN ES DE CARÁCTER INSTANTÁNEO Y NO PERMANENTE, POR LO QUE PARA EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEBE ATENDERSE A LA FECHA EN QUE MATERIALMENTE SE REALIZÓ LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE RELATIVO (LEGISLACIONES DE LA CIUDAD DE MÉXICO Y DEL ESTADO DE SONORA).

Hechos: Dos Tribunales Colegiados de Circuito analizaron normas de distintas entidades que tienen un contenido jurídico equivalente y sostuvieron posturas contrarias al deter-

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

minar la forma de consumación del delito de despojo para establecer cuándo inicia el cómputo del plazo para la prescripción de la acción penal. Uno de los tribunales sostuvo que el despojo es un delito de carácter permanente, en consecuencia, el término de prescripción inicia hasta que cesa la conducta, lo cual ocurre hasta el momento en que el sujeto activo restituye el predio a la parte ofendida. En contraste, el otro órgano colegiado, con base en criterios aislados emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que el despojo es un ilícito de consumación instantánea, por lo que el cómputo para la prescripción comienza desde que el activo ocupa el bien inmueble.

Criterio jurídico: El delito de despojo se consuma instantáneamente desde el momento en que el sujeto activo ocupa un inmueble de manera indebida, por lo que las reglas de la prescripción que extinguen la acción penal en este ilícito deben ser aplicadas a partir de la realización de esa conducta y no desde que ese bien es restituido al sujeto pasivo.

Justificación: Del contenido de los artículos 105, 108, fracción I y 237 del Código Penal para el Distrito Federal (aplicable para la Ciudad de México) y 98, 99, 105, fracción I y 323 del Código Penal para el Estado de Sonora, que mantienen un contenido equiparable, se desprende que el delito de despojo se consuma de manera instantánea porque la conducta de ocupar ilícitamente un inmueble ajeno se agota en su totalidad desde ese momento, aunque se produzcan repercusiones durante todo el tiempo en que el sujeto pasivo resiente la afectación en la posesión y/o propiedad que ejerce sobre el inmueble relativo. Para comprender esta distinción, no deben confundirse las afectaciones que produce la materialización de un delito ejecutado de manera instantánea con la comisión de un ilícito de consumación permanente.

Ahora bien, la prescripción de la acción penal es el lapso que prevé la ley para que sea extinguida la pretensión punitiva, la cual transcurre de manera continua y su cómputo inicia, tratándose de delitos de consumación instantánea, desde que el delito fue cometido, mientras que en el caso de delitos permanentes, el plazo comienza cuando cesa esa conducta antijurídica.

En ese sentido, el cómputo para que opere la prescripción tratándose del delito de despojo no debe considerarse a partir de que la conducta cesa en sus efectos a través de la restitución del inmueble, en primer lugar, porque considerarlo así haría imprescriptible el delito si es que nunca ocurre una restitución material, en segundo lugar, porque ese ilícito no produce una consumación permanente, sino instantánea, en virtud de que la conducta típica de ocupar un inmueble exige de medios comisivos específicos que son los relativos a que se realice furtivamente, con violencia o a partir de engaños, los cuales son empleados estrictamente para ejecutar el delito, pero que carecen de una materialización permanente. Considerar lo contrario implicaría desnaturalizar el delito de despojo y desatender los componentes típicos que actualizan su configuración.

PRIMERA SALA.

Contradicción de criterios 251/2022. Entre los sustentados por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Los Mochis, Sinaloa. 23 de noviembre de 2022. Mayoría de tres votos de los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, y la Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. Disidentes: Ministra Norma

Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto particular, y Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien votó por la inexistencia de la contradicción. Ponente: Ministra Presidenta Ana Margarita Ríos Farjat. Secretario: Saúl Armando Patiño Lara.

Tesis y/o criterios contendientes:

El emitido por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 153/2018, el cual dio origen a la tesis aislada I.6o.P.137 P (10a.), de título y subtítulo: “DESPOJO. MIENTRAS SUBSISTA LA DETENTACIÓN MATERIAL DEL INMUEBLE MATERIA DE ESTE DELITO POR EL ACTIVO, TIENE LA NATURALEZA DE PERMANENTE O CONTINUO, POR LO QUE EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL INICIA CUANDO SE RESTITUYA AL PASIVO DICHO BIEN (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO).”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 7 de diciembre de 2018 a las 10:19 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo II, página 1084, con número de registro digital: 2018648; y,

El sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en los Mochis, Sinaloa, en apoyo del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, al resolver el amparo en revisión 737/2021 (cuaderno auxiliar 394/2022), en el que determinó que el delito de despojo es de consumación instantánea con efectos permanentes, pues el delito se materializa desde que el activo ocupa el inmueble, pero esa ocupación perdura en el tiempo, por lo que el plazo de prescripción inicia desde que el inculcado posee el predio.

Tesis de jurisprudencia 49/2023 (11a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintinueve de marzo de dos mil veintitrés.

Esta tesis se publicó el viernes 16 de junio de 2023 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 19 de junio de 2023, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021.

V. TOMA DE POSTURA

Esta tesis de jurisprudencia resolvió la contradicción de criterios que se produjo entre dos Tribunales Colegiados de Circuito que sostenían, respectivamente, que el delito de despojo es de consumación instantánea y otro que sencillamente sostenía lo contrario, esto es, que se trata de un delito de consumación permanente. El criterio jurídico que debió prevalecer a juicio de la Primera Sala fue, finalmente, aquél que se decanta por la naturaleza de delito instantáneo, ya que, según se indica en la propia jurisprudencia, este delito “se consume instantáneamente desde el momento en que el sujeto activo ocupa un inmueble de manera indebida”.

Para justificar la adopción de dicho criterio, la Primera Sala señaló que “el delito de despojo se consume de manera instantánea porque la conducta de ocupar ilícitamente un inmueble ajeno se agota en su totalidad desde ese momento, aunque

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

se produzcan repercusiones durante todo el tiempo en que el sujeto pasivo resiente la afectación en la posesión y/o propiedad que ejerce sobre el inmueble relativo". Y añadió que este delito "no produce una consumación permanente, sino instantánea, en virtud de que la conducta típica de ocupar un inmueble exige de medios comisivos específicos que son los relativos a que se realice furtivamente, con violencia o a partir de engaños, los cuales son empleados estrictamente para ejecutar el delito, pero que carecen de una materialización permanente".

Definitivamente no es posible coincidir con el criterio que adoptó la Primera Sala de la SCJN. No es posible porque si bien es verdad que los elementos configuradores de la infracción penal, como ya se dijo, se reúnen en el momento mismo en el que "el sujeto activo ocupa un inmueble de manera indebida", no es menos cierto que el autor mantiene el efecto antijurídico creado con la conducta típica por todo el tiempo que dura la ocupación ilegal; dicho de forma inversa, el sujeto pasivo sigue resintiéndolo, momento a momento, la afectación que produce la conducta típica. Porque es ahí, en la lesión del bien jurídicamente protegido, donde radica la consumación del delito.

Y es que en los tipos penales y, dentro de éstos, de manera especial, en los que se corresponden con los delitos de lesión, se suelen anticipar algunos componentes de la antijuricidad, en particular, de la antijuricidad material⁵. En esta clase de delitos la conducta típica genera un estado de riesgo para el bien jurídico protegido en el momento de la tentativa -lo cual no significa que en la tentativa no exista un momento consumativo del delito-, pero se habla propiamente de consumación (material) cuando se produce una lesión del valor que la norma tutela (*v.gr.*: vida humana, libertad de movimiento, salud, patrimonio, etc.). Ese es precisamente el caso del delito de despojo, en el que su consumación coincide con la lesión que la acción provoca sobre el bien jurídico protegido, lesión que, sin duda, es permanente.

Tampoco resulta convincente el argumento de la Primera Sala en torno a los medios comisivos; en especial por las razones que se plasman a continuación.

A estos requisitos de ley se les pueden asignar dos funciones básicas: i) condicionan, por supuesto, la tipicidad de la acción; y, ii) tienen la finalidad material de habilitar la comisión del delito. Sin embargo, una vez se ha alcanzado el propósito del autor, esto es, cuando se ha alcanzado la tipicidad de la acción (con su carga de antijuricidad material), los medios comisivos carecen de relevancia posterior, con lo cual, no se les puede exigir la misma función y, mucho menos, la misma subsistencia que a la propia antijuricidad material para los efectos de calificar la modalidad que le corresponda a la consumación del delito. No obstante, eso es lo que pretende precisamente la Primera Sala cuando señala que los "medios comisivos (...) son

⁵ Por esa razón Muñoz Conde le asigna al tipo una *función indiciaria* de la antijuricidad. Véase, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte general*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 266-269.

empleados estrictamente para ejecutar el delito, pero que carecen de una materialización permanente”. Por no ser permanentes los medios comisivos, la Primera Sala decide calificar al despojo como un delito de consumación instantánea, lo cual no puede ser bien recibido.

Lo cierto es que tal afirmación desnaturaliza la función de los medios comisivos y, en concreto, a los previstos para el delito de despojo, los cuales solo tienen la función de permitir al autor alcanzar la ocupación o el uso del objeto material, sin que exista necesidad de que éstos se mantengan o perduren. No sería necesario, por ejemplo, mantener la ejecución violenta del delito durante todo el tiempo que se prolongue la ocupación ilegal, simple y sencillamente porque el autor ya no la necesita, en virtud de que ya se encuentra en posesión del inmueble. Lo que sí se mantiene y se prolonga en el tiempo es el estado antijurídico creado, el cual resiente permanente y proporcionalmente el sujeto pasivo. Ahí radica el componente esencial que informa la modalidad de consumación de este delito.

Y ese es el criterio que debe seguirse para calificar un delito como instantáneo o como permanente, pues la lesión del valor jurídico que la norma intenta proteger (y su permanencia) no depende de la subsistencia de los medios comisivos -los cuales solo facilitan la ejecución del delito-, sino de la conducta en sí misma (y de su resultado) que, en este caso, consiste en la ocupación del inmueble.

Ahora bien, la decisión de la Primera Sala de la SCJN fue adoptada por mayoría de votos. La ministra Norma Lucía Piña Hernández se reservó su derecho para formular voto particular y, por su parte, el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo votó por la inexistencia de la contradicción, la cual estuvo definida en los siguientes términos:

“Determinar si el delito de despojo es de consumación instantánea o permanente para establecer el momento a partir del cual inician las reglas de prescripción de la acción penal, si es desde que el sujeto activo se apodera del inmueble de la parte ofendida, o bien, desde que el sujeto pasivo es restituido de ese bien.”

Tal y como ya quedó expuesto, la Primera Sala de la SCJN decidió que fuera el criterio que califica al despojo como delito instantáneo el que debiera prevalecer. Pero fue solo la ministra Piña Hernández quien manifestó su disidencia formulando voto particular.

En lo que respecta a la calidad que debe asignarse al delito de despojo en función de su duración, la ministra Piña se mantuvo en la categoría de permanente. En particular, la ministra señaló que “el delito de despojo debe ser considerado permanente, tanto a partir de un criterio formal (las conductas típicas por naturaleza son permanentes), como por un criterio funcional (lograr la protección efectiva de los derechos de la víctima).”

Así, la Ministra Piña se mantiene en el criterio que admite el carácter permanente del delito en función de la conducta pues:

El despojo: ¿Delito instantáneo o permanente?...

“...incluso aceptando un criterio formal de consumación (la realización de la descripción típica), las conductas de ocupación (con fines de apropiación) y uso ilícito de un derecho real son, en mi opinión, por naturaleza permanentes, pues, predicadas de un inmueble, requieren de duración. En este sentido, si bien los medios comisivos para entrar en posesión del inmueble pueden consumarse en el momento en que inicia la usurpación (lo que es discutible, pues la retención del inmueble puede ser considerada un acto de violencia física y/o moral), lo cierto es que eso no agota la descripción típica, pues persisten la ocupación y el uso que por naturaleza no son instantáneos.

Pero además, considero que para interpretar esa norma no debe atenderse sólo a un criterio formal, sino también a un criterio funcional:

Por una parte, la afectación al bien jurídico, los derechos reales, es continua y dura mientras se hace uso ilícito de ellos, es decir, mientras persiste la ocupación y/o el uso ilícito de otro derecho real (el disfrute, por ejemplo), pues durante todo ese lapso se impide a la víctima el uso de esos derechos reales que le corresponden.”

No cabe duda que tiene razón la Ministra Piña Hernández cuando sustenta la categoría de permanencia del delito de despojo en la conducta misma, esto es, en la ocupación ilícita del inmueble o en el uso indebido de un derecho real, pues es ésta -y no los medios comisivos- la que produce la lesión del bien jurídico que la norma pretende tutelar. Aquí la consumación del delito trae consigo la lesión del bien jurídico, de lo contrario, la acción se mantendría en el estado de la tentativa.

Por lo demás, la jurisprudencia emitida pasa por alto las reglas especiales de persecución del delito que, como refiere la ministra Piña en su voto disidente, pueden variar de un código a otro, como es el caso del Código Penal para el Distrito Federal.

La decisión que tomó la Primera Sala de la SCJN en el presente caso, no solo deja en estado de indefensión a la víctima cuando se trate de un delito de persecución querrellosa, cuestión que igualmente aborda la Ministra Piña en su voto particular, sino que, en estos casos, al mismo tiempo provoca la inaplicación de otras fórmulas legales de protección como la defensa legítima o la detención en flagrancia.

En definitiva, no se puede compartir la decisión de la Primera Sala de la SCJN. Y no se comparte porque asumir los argumentos que soportan esta decisión, implicaría catalogar como delito instantáneo a otra suerte de delitos que provocan una lesión constante del bien jurídico protegido y que, al igual que en el presente caso, pueden acompañarse de ciertos medios comisivos. Tal es el caso del secuestro y sus distintas modalidades, en cuyo caso no sería posible impedir ni obstaculizar -interpretativamente- la defensa legítima de la víctima (o de un tercero que actúe en su favor), o bien, inhabilitar la detención en flagrancia del o de los sujetos activos, las cuales son posibles (y absolutamente necesarias) en virtud de que la lesión del bien jurídico es constante y se mantiene en el tiempo.

