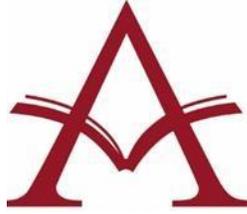


UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**“EL DELITO DE USURPACIÓN EN EL SISTEMA
PENAL PERUANO”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

**CABALLERO PINEDA EDIBERTO RUBEN
CÓDIGO ORCID: 0000-0001-6104-3774**

**ASESOR: Mg.
PANTIGOZO LOAYZA MARCÓ HERNÁN.
CÓDIGO ORCID: 0000-0001-6616-0689**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y CORPORATIVO

LIMA, PERÚ

FEBRERO, 2022

RESUMEN

El presente trabajo de suficiencia titulado “*El delito de usurpación en el Sistema Penal peruano*” se elaboró mediante el objetivo de determinar el tratamiento jurídico-penal del delito de usurpación en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que, resulta necesario determinar su incorporación del inciso 4, del artículo 202° del Código Penal sobre su tratamiento e implicancia en la tutela del poseedor precario. Las conclusiones y recomendaciones formuladas son realizadas bajo el esquema de la investigación obtenida para realizar este estudio.

Palabras clave: Delito, usurpación, poseedor, precario

ABSTRACT

The present work of sufficiency entitled "The crime of usurpation in the Peruvian Criminal System" was elaborated with the objective of determining the legal-penal treatment of the crime of usurpation in our legal system. Therefore, it is necessary to determine the incorporation of subsection 4 of article 202° of the Criminal Code on its treatment and implications in the protection of the precarious possessor. The conclusions and recommendations formulated are made under the outline of the research obtained to carry out this study.

Key words: Crime, usurpation, possessor, precarious possession.

Tabla de contenido

RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	iv
TABLA DE CONTENIDOS.....	¡Error! Marcador no definido.
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	3
2.1. Breve recuento histórico	3
2.2.- ANTECEDENTE NACIONAL	4
2.3.- ANTECEDENTE INTERNACIONAL.....	5
III. DESARROLLO DEL TEMA (BASES TEORICAS).....	7
3.1. Hermenéutica del tipo base del delito de usurpación (Cuestiones generales)	7
3.1.1. Tipicidad objetiva	7
3.1.2. Tipicidad subjetiva.....	13
3.1.3. ¿Delito instantáneo o permanente?.....	16
3.1.4. La usurpación y su implicancia con el Derecho Civil	18
IV. PROBLEMA JURÍDICO.....	19
V. HIPÓTESIS.....	21
VI. CONCLUSIONES.....	32
VII. APORTE DE LA INVESTIGACIÓN	33
VIII. RECOMENDACIONES.....	34
IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad en una sociedad como la nuestra, donde los delitos se incrementan de forma alarmante, el Estado, es quien tiene la obligación de reaccionar para proteger a su ciudadanía. Uno de sus mecanismos es la ley, o más concretamente, la ampliación en la tipificación de conductas, mayores penas y rigidez en los procedimientos.

Es entonces cuando, el delito de usurpación es uno de los delitos cometidos ante la ausencia del propietario del bien, cometiéndose con ello invasiones, que tuvieron como gesta la época de los 80', en que en las circunstancias de la guerra interna se produjo las migraciones "del campo a la ciudad", por habitantes que solo querían huir del terror y salvar sus vidas. Es en este marco que se dosifican las invasiones de la urbe, incrementando la estadística demográfica en una ciudad que no estaba preparada para una expansión tan radical y repentina, creándose con ello asentamientos humanos que hoy en día son grandes distritos. Pero, todo este cambio inicia cuando un grupo de pobladores se apropian de terrenos baldíos, de casas abandonadas, etc.; pero por cuestiones de sobrevivir en la capital que muchas veces dio la espalda y con la figura de un Estado que no tutelaba con proyectos de reubicación urbana o traslado de las víctimas y durante el gobierno de la dictadura. Sin embargo, vivimos en un Estado Social y Democrático de Derecho, con un marco legal más sólido que ejerce el ius puniendi bajo determinados presupuestos ceñidos al principio de legalidad y la salvaguarda de derechos fundamentales, teniendo como criterio fundamental el de la prevención general; por lo que al no existir ya un estado de necesidad justificante que avalen estas "ocupaciones", resultan sumamente reprochable.

Al respecto, desde 1991, año en que se promulgó el Código Penal vigente, este delito no había sido objeto de reformas. Es así que, los artículos 202°, 203° y 204° permanecieron sin modificaciones por más de 20 años. Ahora, la Ley N° 30076 introduce tres cambios sustanciales: I) agrava penas, II) tipifica una nueva modalidad de usurpación simple, y III) adiciona nuevas circunstancias agravantes.

La usurpación simple prevista en el artículo 202° del Código Penal merecía una sanción de 1 a 3 años de privación de la libertad. Con la nueva Ley comentada se impondrá a los sujetos activos del delito de 2 a 5 años. Lo propio sucede con el tipo agravado contemplado en el artículo 204 del Código Penal, de ahora en adelante se castigará con mayor rigor con pena de privación de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación, cuando con el tipo penal derogado la sanción alcanzaba de 2 a 6 años.

Asimismo, tenemos que, un efecto práctico de la nueva Ley es que a partir de ahora un denunciado por usurpación simple podría ser objeto de prisión preventiva. Con ello quizá baste para anunciar la severidad del nuevo texto legal. No puede perderse de vista la pena de inhabilitación que el legislador ha previsto para el tipo agravado.

Con la nueva Ley, el despojo o la turbación pueden realizarse mediante violencia tanto sobre las personas como sobre los bienes. El legislador pone fin, por lo menos por ahora, a la discusión doctrinal y jurisprudencial respecto a los alcances de la fuerza física en la usurpación. La doctrina mayoritaria señalaba que la violencia sólo era factible de emplearse sobre la persona para vencer su resistencia y perpetrar la usurpación (despojo o turbación). No obstante, ahora la rotura de puertas, chapas, cadenas, paredes, ventanas, techos y otros objetos o partes del inmueble,

con fines de despojo o turbación, calificará como un elemento descriptivo tipificante de la usurpación.

Por lo que las incorporaciones nacidas de la Ley N.º30076, que para el tipo en análisis surte cada vez más literal del Código Penal argentino, responden muchas veces a la utilización del Derecho Penal, como Derecho Penal simbólico, deja enunciados abiertos como el del inciso 4, en su artículo 202° del código penal sustantivo, que esta investigación trataremos responder.

II. ANTECEDENTES

2.1. Breve recuento histórico

El delito de usurpación tiene como su antecesor legislativo más inmediato, el Código Penal de 1924 que lo configuraba -en su tipo base- en su artículo 257^{o1} bajo los supuestos de apoderamiento de un bien inmueble mediante las modalidades descritas de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza. Bajo esta misma línea, sería modificado el término de su inciso 2, para parametrarse bajo el supuesto de la “apropiación”. Este delito, actualmente se encuentra regulado en el Libro Segundo (Parte Especial-Delitos), Título V (Delitos contra el patrimonio), Capítulo VIII (Usurpación) de nuestro actual Código Penal. Específicamente bajo los artículos 202° (Usurpación simple), 203° (Usurpación de aguas) y el 204° (Usurpación en su modalidad agravada). Y no sería sino con la Ley N°30076, que se incorporaría- en su forma simple- el inciso 4, objeto de discusión de la presenta investigación, y el segundo párrafo que dilucidaría la cuestión

¹ Se precisa que, el artículo 257° del Código Penal del año 1924, se encontraba tipificada de la siguiente manera:

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

1° 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, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble;

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

3° El que, con violencia o amenaza, turbare la posesión de un inmueble”.

sobre la violencia ejercida sobre las cosas y las personas, quedando su redacción de la siguiente manera:

“Artículo 202°: Usurpación

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. *El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
 2. *El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*
 3. *El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.*
 4. *El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.*
- La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes”.*

2.2.- ANTECEDENTE NACIONAL

- Universidad Nacional De Trujillo. Autor: PAREDES CISNEROS, Bruno William – para optar el Título Profesional de Abogado. Tema: El propietario no poseedor como sujeto pasivo en el delito de usurpación clandestina, sancionado en el inciso 4 del artículo 202 del Código Penal Peruano. (2015)

Resumen: En el presente informe de investigación se analiza críticamente los alcances del delito de Usurpación Clandestina, previsto y sancionado en el inciso 4, artículo 202° del Código Penal Peruano, Para ello, el autor desarrolla los fundamentos que dieron lugar a la sanción de esta nueva forma de criminalidad, prestando especial atención en la determinación del bien jurídico protegido para obtener una correcta interpretación de los alcances típicos de este delito.

- Alcalde López, Cheryll Carolyn, (2018) en su tesis titulada: “El delito de usurpación y la sanción en la legislación penal en el Perú”, presentada ante la Universidad Inga Garcilaso de la Vega, haciendo uso del método Dogmático y método Comparativo. Fecha de publicación en el RENATI 15 de febrero de 2018.

Resumen: En este caso la tesis enarbola la sanción al delito de usurpación, con los alcances propios de quien impone la sanción es decir el juez, muy por el contrario, la investigación realizada se avoca desde el punto de vista de la Procuraduría del Gobierno Regional de Tacna en base a las denuncias que presenta y a la vez desde la perspectiva de la protección de la propiedad estatal de dominio privado.

- De Amat Loza, Esther, (2016) en su tesis titulada:” Influencia y Efectos de la Gestión Pública Territorial en el Índice de Denuncias contra el Patrimonio, Usurpación y Daños, en los Distritos de Yura y Cerro Colorado, entre el 2013 y el Primer Trimestre de 2016”, presentada ante la Universidad Católica Santa María. Fecha de publicación en el RENAT 11 de agosto de 2017.

Resumen: La presente investigación identifica uno de estos factores, tal vez el menos estudiado, el del desorden territorial, como generador de múltiples conflictos. Diversos son los factores que incrementan la inseguridad ciudadana y el incremento de la cifra de delitos, entre ellos la pobreza, la falta de empleo, el consumo de drogas y otros. Diversos son los factores que incrementan la inseguridad ciudadana y el incremento de la cifra de delitos, entre ellos la pobreza, la falta de empleo, el consumo de drogas y otros.

2.3.- ANTECEDENTE INTERNACIONAL

- Universidad de Castilla – La Mancha. Autor: GIMENO BEVIÁ, Jordi – para obtener el título profesional de Doctor con Mención Internacional. Tema: El proceso penal de las personas jurídicas. (2014)

Resumen: Como se ha podido comprobar a lo largo de la presente obra, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español, supone la

superación del tradicional aforismo latino “societas Delinquere Non Potest”. La adopción del nuevo sistema en nuestro país, en perjuicio del método anterior “del levantamiento del velo”, implica un gran reto para la justicia penal española. La reforma del Código Penal, a través de la LO 5/2010, se erige tan sólo en el inicio de un nuevo modelo de imputación, que ha de ser paulatinamente desarrollado, modificado e incluso completado.

- Vargas Aceituno, Willians Noé. Análisis de la flagrancia en el delito de usurpación agravada. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2006

Resumen: En Guatemala estudió: Análisis de la flagrancia en el delito de usurpación agravada. Realizado en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Concluye: La aplicación de la ley penal debe ser el último recurso para impedir el delito de usurpación. En flagrancia es obvio la tipificación del delito sin necesidad de contar con otros elementos de convicción. El estudio del delito de usurpación tare consigo la recurrencia a la instrumentación jurídica y jurisdiccional para reclama el bien inmueble y se retrotrae hasta el día que se inicia ilegalmente la ocupación del inmueble.

- González Barrantes, Carlos Manuel. Dominio público versus propiedad privada: intereses en juego, el caso del decreto ley N° LXV, de 1888. Universidad de Costa Rica. 2010

Resumen. Que tanto a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario, se le reconoce al instituto del dominio público una serie de particularidades, características, atributos, elementos y limitaciones propias, dotándole así de un Régimen especial de derecho público, el cual le distingue de los demás bienes que integran el dominio de la Administración Pública. Que en virtud del régimen especial que cobija a los bienes de dominio público, como regla general,

estos se caracterizan por ser: Inalienables imprescriptibles e inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio, así como están fuera del comercio de los hombres, por lo que estos bienes no pueden ser objeto de posesión por particulares. De igual manera, el instituto de la Propiedad Privada presenta una serie de particularidades, características, atributos y elementos propios. Debiendo entenderse que no se trata de un derecho absoluto, pues por mandato constitucional está sujeto a una serie de limitaciones, por razones de interés público, así como nuestro ordenamiento jurídico establece limitaciones que regulan las relaciones entre particulares.

III. DESARROLLO DEL TEMA (BASES TEORICAS)

3.1. Hermenéutica del tipo base del delito de usurpación (Cuestiones generales)

3.1.1. Tipicidad objetiva

El delito de usurpación está configurado como delito contra el patrimonio, por lo que se busca proteger es el patrimonio conformado por los bienes muebles e inmuebles que puede tener una persona y que esto no sean violentados, en referencia al delito de usurpación ataca la posesión o propiedad o el derecho real que se ejerce sobre esos bienes de naturaleza inmueble.

Antes de entrar al tipo penal, es menester identificar qué debemos entender por *bien*. Diez Picazo señala que el bien debe poseer tres atributos esenciales: 1° debe ser objeto de apropiación, no se debe interpretar en el sentido de que sean por naturaleza aprehensibles materialmente si no que pueden ser también aprehensibles jurídicamente como los derechos reales que se ejercitan. 2° debe ser útil al hombre, debe producirse alguna utilidad al hombre. 3° debe tener un valor económico (Diez Picazo, 1992).

Una vez delimitado el concepto de *bien*, se procederá a referirse a la naturaleza de ese bien que es el objeto en cual recae la acción penal, ya que si fuera un bien mueble el delito que le correspondería sería el delito de hurto; en el delito de Usurpación se hace referencia a los bienes inmuebles, es decir a los bienes que no pueden movilizarse, que están en lugar fijo e inmodificable en el espacio.

Dejando a un lado el criterio que toma el Código Civil para distinguir entre bienes muebles e inmuebles, toma partida a un criterio económico, es decir considera que el bien inmueble como principal fuente de riqueza y principio de la organización social, y los bienes muebles como de naturaleza fungible y perecedera (Alvarez Caperochipi, 2015).

El **bien jurídico** que se busca proteger con este delito, es garantizar el disfrute, la tranquilidad y el uso pacífico del bien inmueble, en la ausencia de una perturbación ilegítima y violenta en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, así el sujeto pasivo se encuentre o no en el bien inmueble. No obstante, la advertencia de la doctrina al considerar que con la modificación del tipo penal se estaría protegiendo el derecho propiedad, al proteger que cualquier persona que entre a un predio abandonado será pasible de ser sujeto activo del delito (Salinas Siccha, 2015).

Sujeto Activo: Al no especificar que debe tener una cualidad especial para cometer el delito, pueden ser imputados de autores cualquier persona que despliegue las conductas señaladas en el tipo penal artículo 202°, es decir el que se apropia del bien inmueble o altera o destruye los linderos de este; utiliza la violencia, la intimidación, engaño o abuso de confianza, despoja a otro para obtener el inmueble; o perturba la posesión de manera deliberada e ilegítima o ingresa de manera oculta en el bien inmueble.

Sujeto Pasivo: Esta descrito por aquella persona que ostenta la calidad de poseedor o tenedor del inmueble o titular de un derecho real, y en el momento de la ejecución del delito perturbe o altere la posesión o el derecho real que ejerce el sujeto pasivo sobre el bien, independientemente que el sujeto pasivo esté en el bien inmueble.

Modalidades del tipo base:

“Art. 202º Usurpación. - Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: (...)”

1. Inciso 1

“(...) 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.”

En el presente inciso, se detallan dos tipos de conductas que servirán para poder apropiarse del inmueble, esto es, quedarse con él parcial o totalmente; asimismo, este actuar implícitamente solo lo podrá realizar aquella persona que sea vecina del inmueble o colindante de estas, ejerciendo el uso de la fuerza sobre el mismo para obtener dicho fin a través de dos medios: destruir o alterar los linderos (Buompadre²⁰¹²).

a. Destruir los linderos de un inmueble para apropiarse de todo o en parte:

Esta hipótesis se configura cuando el agente destruye los linderos con la finalidad de apropiarse el total o parte del inmueble. Destrucción implica la eliminación de término o limite, de manera que desaparece la función que cumplen con respecto al inmueble.

b. Alterar los linderos de un inmueble para apropiarse de todo o en parte:

Esta hipótesis se configura cuando el agente altera, cambia, modifica, desplaza o mueve de su lugar las señales o marcas que le sirven de lindero, o cambia un límite por otro, modificando la ubicación anterior. Debe darse una repercusión en la realidad para que contenga efectos y ser típica.

2. Inciso 2

“(…) 2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

Para el presente, se regula solo una conducta por parte del agente la cual es “despojar”; esto implica quitar, arrebatar, desposeer o usurpar el inmueble o el ejercicio de un derecho real del sujeto pasivo (Salinas Siccha, 2010). Asimismo, el agente no tiene una cualidad especial como en el inciso anterior, sino que puede ser cualquier persona, inclusive el mismo propietario, de ser el caso, quien puede despojar a la persona que se encuentre en posesión del inmueble o ejerce la tenencia de este. Para esto, daremos una breve definición de lo que se entiende por estos últimos.

a. Posesión:

Como se indica en el artículo 896° del Código Civil, *“la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”*, esta se adquiere a través de la adquisición derivativa, esto es, cuando la posesión es transmitida por un poseedor anterior a la entrega del bien; esta puede realizarse intervivos o mortis causa, Asimismo, se adquiere a través de la tradición, esto es, la simple entrega corporal del bien.

También se puede adquirir la posesión de manera originaria, es decir, cuando una persona entra a poseer una cosa sin recibirla de otro, ya sea por aprehensión o la ocupación propia.

b. Tenencia:

El tenedor de la posesión, denominado como servidor de esta, se encuentra en una relación de dependencia respecto a otro, conservando la posesión en nombre de este y

cumpliendo órdenes e instrucciones dadas por él (Gálvez Villegas, 2011). El ejemplo más representativo es el caso del Guardián.

c. Ejercicio de un derecho real:

Se entiende que se da cuando la víctima es despojada en pleno ejercicio, práctica o ejecución de un derecho real surgido a consecuencia de la ley o de un contrato.

Luego, de la figura delictiva tipificada, se observan cuatro conductas con las cuales el agente logra su cometido. Esto es: violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

a. Mediante violencia:

Cuando el agente mediante violencia o uso de la fuerza física, ejercida sobre determinada persona para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, despojándolo al final del inmueble. Se tiene que lograr la expulsión del sujeto pasivo del mismo para que se configure el supuesto. La violencia puede ser dirigida tanto a la persona como al mismo bien.

b. Mediante amenaza:

El uso de la amenaza implica el anuncio de causar un mal posible y verosímil a la víctima, debe representar un peligro inminente para la vida o integridad física de la víctima o de un tercero vinculado a la misma. La amenaza tiene que producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, suficiente para vencer su resistencia restringiendo su libertad de actuación; asimismo, debe ser idóneamente objetiva para lograr el fin previsto.

c. Mediante engaño

Con el engaño, el agente crea la apariencia de verdad de un hecho que en realidad no lo es, con la finalidad de hacer incurrir a la víctima en error destinado a que esta entregue el inmueble.

d. Mediante abuso de confianza:

Se entiende el mal uso que hace el agente, el cual en un primer momento ganó la confianza y buena fe de la víctima, para luego traicionarlo y despojarlo del inmueble (posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real). Se requiere que el abuso de confianza abarque el dolo del sujeto activo, el cual es un uso ilícito que hace el depositario de la confianza (Reategui Sánchez). Para poder alegar esta modalidad de usurpación, se debe precisar el acto de abuso de confianza, siendo concreto de lo contrario no se estaría configurando.

3. Inciso 3

“(...) 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de inmueble.”

Tomando en consideración lo desarrollado respecto a las conductas del agente para la comisión del presente delito, esto es, violencia o amenaza, se desarrollará lo concerniente a la turba de la posesión del inmueble, los actos perturbatorios a la pacífica posesión que realiza el agente.

a. Perturbación de la posesión:

En esta modalidad, se observa que se está protegiendo solo la posesión a diferencia de los anteriores incisos. El acto de perturbar implica todo acto ejecutivo material realizado por el agente con la finalidad de alterar o turbar la pacífica posesión que ostenta la víctima. La acción del agente consiste en restringir el ejercicio pleno de la posesión, pero no tiene la intención de despojar u ocupar el inmueble en parcial o totalmente; solo

tiene que tener a finalidad de molestar o alterar la pacífica posesión. Tal perturbación puede realizarse sobre las cosas y sobre las personas.

4. Inciso 4

“(...) 4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”

La presente modalidad, recientemente incorporada, tiene como finalidad proteger la posesión mediata o el derecho de propiedad cuando los sujetos pasivos no se encuentren habitando en ese momento el inmueble, o por un tiempo prolongado, ya que como se vio en el desarrollo de los anteriores incisos, se le daba una protección a la posesión inmediata o directa por parte de la víctima dejando al desprotegido otros supuestos.

Ahora bien, el verbo rector del presente es el “ingreso a” más no establece qué consecuencia traería el hecho de ingresar, por lo que sería un término amplio que no ayudaría a precisar con claridad que supuestos se estaría penalizando. Asimismo, el mero hecho de ingresar sin autorización de la víctima, o sigilosamente, podría estar ya tipificado en otro artículo (Violación de Domicilio) con la única diferencia que el presente, abarcaría no solo al domicilio sino a otros inmuebles que no tengan dicha finalidad.

3.1.2. Tipicidad subjetiva

Las modalidades de usurpación son netamente dolosas, no cabiendo la posibilidad de comisión culposa o imprudente.

Cabe señalar que en el inciso 1 del artículo 202° del C.P. se debe verificar adicionalmente el deseo de apropiarse, adjudicarse o adueñarse total o parcialmente del inmueble vecino. Además,

se exige un elemento subjetivo del tipo que consiste en la intención de apropiarse en todo o en parte de un bien inmueble (Bramon-Arias Torres, 1997).

Respecto al inciso 2 del mismo artículo, implica el ánimo de despojar la posesión o la tenencia.

En el inciso 3, la voluntad y la consciencia se delimitan a la turbación de la posesión del inmueble.

Por último, en el inciso 4 el dolo se configura con el ingreso del inmueble con intención de que el agente pasivo desconozca dicho ingreso.

Es así como, para la configuración del delito de usurpación se tiene: la conciencia y voluntad de despojar a otro de la posesión (elemento subjetivo) y la materialización del despojo o perturbación de la posesión (objetivo).

a) Antijurídica: Son causas de que niegan la antijurídica: la legítima defensa, obediencia jerárquica, estado de necesidad justificante y el ejercicio legítimo de un derecho (inciso 10 del artículo 20° C.P.).

Por tanto, el sujeto activo que actué con la intención de recuperar su bien inmueble o posesionarse al amparo de un título que le otorgue derecho real legítimo, la conducta no será antijurídica. Asimismo, no es antijurídica la conducta realizada por el sujeto activo en función a un orden de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

b) Tentativa: Si se admite la tentativa cuando el sujeto activo actuando con voluntad y consciencia no logra el despojo del sujeto activo del bien inmueble objeto de tutela, advirtiendo que no tiene título frente al bien inmueble.

La tentativa se admite en los incisos primero y segundo del artículo 202° del Código Penal; más no en el último supuesto de perturbación de la posesión.

c) Culpabilidad:

- *Error de prohibición:* Desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta.
- *Inexigibilidad de otra conducta:* En este supuesto no es factible que se configure.

d) Consumación: Los supuestos típicos se consumen:

- *Inciso primero:* Con la total o parcial destrucción o alteración de los linderos que delimitan el predio que pretende adjudicarse.
- *Inciso segundo:* Se consuman o perfeccionan al momento en que se logra el real despojo total o parcial de la posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real de un mueble al sujeto pasivo. El despojo tiene que darse en forma directa al real y actual poseedor del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia sobre el inmueble, no habrá despojo con la connotación del delito de usurpación (Salinas Siccha, 2010). La violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza se da ante las personas, como también ante el bien, en cuanto la violencia.
- *Inciso tercero:* Se consuman en el mismo momento en que se inician los actos perturbatorios de la pacífica posesión de que goza el sujeto pasivo de la conducta prohibida (Salinas Siccha, 2010). Las perturbaciones se pueden dar con la violencia o amenaza, tanto a la persona como a los bienes.
- *Inciso cuarto:* Se perfecciona con el hecho de ingresar, hecho que debe incluir la permanencia, pues si mantiene el simple hecho de ingresar al bien inmueble, se estaría contradiciendo con el delito de violación de domicilio tipificado en el artículo 159° del Código

Penal, Asimismo, estos deben ser mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho real legítimo.

3.1.3. ¿Delito instantáneo o permanente?

La pregunta que se plantea radica en precisar que calidad de realización que posee el delito del presente trabajo, el cual tiene como presupuesto fundamental la afectación al patrimonio inmobiliario del afectado y que se ubica en el artículo 202 del Código Penal que encasilla cuatros supuestos que configuran la realización del delito mediante conductas típicas de los agentes.

Antes de partir a responder esa pregunta debemos determinar algunos conceptos esenciales, uno de los cuales es el delito en sí. Entendemos como delito de usurpación, de acuerdo con lo señalado por el maestro Roy Freyre, “*a la protección del patrimonio inmobiliario frente a los actos de despojo, destrucción de términos, turbación de la posesión por violencia o amenaza, etc.*” (Roy Freyre, 1983). Este es el interés fundamental que es materia de protección al ser tipificados tales conductas en los cuatro incisos que contiene el delito de usurpación en nuestro Código Penal cuyo fundamento es el resguardar el patrimonio de las personas en su disfrute natural, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, con la modificación introducida por la Ley N.º30076, implica que la víctima esté o no en posesión del inmueble.

A esto agregamos que por delitos instantáneos (Salinas Siccha, 2015) son los hechos consumados en un solo acto independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos, es decir que la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica y se caracterizan por ser de forma inmediata la realización total del delito; en cambio, los delitos permanentes (Salinas Sicha, 2015), se caracterizan por prolongarse en el tiempo al momento consumativo, esto establece el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de Ica (1998) en el cual solo se

debe estimar como permanente aquel, si producida la consumación, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración esta puesta bajo la esfera de dominio del agente.

Por otro lado, debemos recordar que el artículo 82° del Código Penal que señala como comienzo del plazo de prescripción de la acción penal en su inciso 2, el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó y en su inciso 4, el delito permanente, a partir del día que cesó la permanencia. Esto conllevaría, como una consecuencia de elegir alguno de los dos, en un plano procesal, el plazo disponible para la imposición del castigo al responsable de acuerdo con lo establecido por la ley. Es decir, que resulta sumamente importante el determinar, luego de recolectar estos conceptos que tenemos, como un delito permanente tendría como consecuencia el condicionar la tutela del afectado por la acción antijurídica del sujeto activo al término de lo que consideramos como usurpación, el cese de tal afectación. Caso contrario, el interpretar que se configura la realización de manera instantánea otorga pronta acción no dejando en termino suspensivo una violación a un derecho que requiere pronta tutela, no tendría fundamento el esperar, al contrario, se estaría vulnerando en cierta forma el principio de acceso a los tribunales por parte de la víctima ya que se configura el delito.

Según se considere a la usurpación como delito instantáneo o permanente tendrá efectos trascendentes y totalmente diferentes en la realidad respecto de la participación, concurso de delitos, actualidad de las causas de justificación y sobre todo, en los plazos de prescripción como señalamos en el párrafo anterior. Para finalizar, y luego de adelantar la posición del grupo respecto a este punto del trabajo, se deja en claro que el despojo mediante los actos típicos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza (que son acciones momentáneas) y es aquí donde se configura la consumación del delito en sí, pues lo señalado en el tipo penal literalmente “el que para apropiarse”, “el que despoja”, “el que turba la posesión” busca la acción momentánea, en beneficio propio por lo cual determina tales actos para cumplir su fin, brindando ya el inicio para poder interponer la acción que reivindique a la sociedad y al individuo; y la desposesión (que es un resultado temporal) el cual se calcula dependiendo

del tiempo que el agente permanezca en posesión del inmueble y el cual no se configura en el delito.

3.1.4. La usurpación y su implicancia con el Derecho Civil

Entendemos y mantenemos (*la teoría ecléctica*) que este delito tiene una implicancia significativa con el Derecho Privado, empleando sus terminologías, pero en concordancia para los fines necesarios del Derecho Penal, respetando su significado original, y en caso hubiere un conflicto lingüístico, este último podrá recrear algunos conceptos.

Es por ello que, para un mejor entendimiento de este análisis, daremos algunas precisiones conceptuales:

Del ejercicio de un derecho real

En definitiva, para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. En su aspecto externo, lo que se presenta es la obligación general que tiene por objeto hacer que se respete la situación del titular con relación a la cosa, obligación pasiva que puede sin embargo revestir a veces forma positiva, construyendo a los terceros a realizar una prestación.

En su aspecto interno el derecho real representa un poder sobre la cosa. Este poder no lo constituye solamente la posesión. Primeramente, la misma posesión no es también una simple situación de hecho sino un verdadero derecho puesto que ella está protegida por acciones judiciales.

Podemos definir en tanto al derecho real como el derecho que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada sino contra todo el mundo (Planiol, 1946).

a) **Posesión:** Posesión es, el reconocimiento jurídico de la relación de hecho con la cosa, sin tener en cuenta la relación jurídica con ella. El objeto de la posesión, son cosas y partes de cosas, sean dominables autónomamente. Las personas privadas también pueden tener posesión sobre las cosas públicas. Los conjuntos de cosas como tales no son objeto de posesión, sino que solo lo son las cosas singulares pertenecientes a conjunto².

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Consideraciones en torno a la incorporación del inciso 4, del artículo 202 del Código Penal sobre el delito de usurpación: ¿Protección al poseedor precario?*

Las incorporaciones legislativas nacidas de la Ley N.º 30076, fueron producidas en el marco de la modificación de nuestro Código Penal, siendo común en su mayoría de implementaciones el aumento de penas y las adecuaciones actualizadas a nuestra realidad, cometiendo en muchas circunstancias los excesos de la sobrecriminalización e incluso, modificando este entramado legal para un Derecho Penal simbólico. Es con este motivo, según la perspectiva de este grupo, que nace el inciso 4 del artículo 202 del CP, ya que no preguntamos si en realidad, **¿era necesaria la incorporación de este inciso?** Algunos autores consideran que nace para defender al propietario que al no estar en posesión (inmediata) o tenencia del bien, se prestaría a la ejecución de los supuestos de invasión por actuar del sujeto activo en el marco de la clandestinidad, “para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”. Esto es cuestionable, ya que se mantenía protegido el bien jurídico de la propiedad por el inciso 2, que si bien podía darse el hecho que no se diera por medio de las modalidades descritas (*violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza*), se cumplía el presupuesto principal: *Ingresar a un inmueble*.

² WESTERMANN, Harry. *Derechos Reales*. Séptima Edición, Volumen I. pp. 146-147.

Un fin destinado más propio para este inciso, es el que creemos que ha aperturado su estipulación, en cuanto a la protección del poseedor. Si bien, el Derecho Penal ofrece tutela a todo el que acciones con justo derecho esta vía, con los presupuestos establecidos en el artículo 336° del Código Procesal Penal³, nos preguntamos que, si con este abanico de posibilidades también se acogería al poseedor precario, ya que este discutible inciso solo hace mención “*en ausencia del poseedor*”, **¿esta tutela acoge, entonces, al poseedor precario?**

Autores como Torres Vázquez, mencionan que el “*Derecho protege la simple posesión, tanto la legítima como la ilegítima, sea ésta de buena o mala fe*”, si bien se daría en el marco de la autotutela, cabe recordar que esta también es aceptada por el modificado artículo 920° del Código Civil, al sostener que “*el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído*”. Por lo que su determinación como sujeto pasivo es preocupante (Torres Vázquez, 2007).

A pesar que exista jurisprudencia vinculante⁴ que afirme que “*no importa la calidad del propietario que pueda tener el agraviado toda vez que el bien jurídico protegido es la situación de goce de un inmueble y el ejercicio de un derecho real*”, creemos que esta falta de atención- dejando solo el cumplimiento de los verbos rectores para la comisión del tipo- propiciaría sí, a la

³ Ciñéndonos bajo el principio de legalidad, la norma claramente indica como presupuestos para la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria (art. 336° del CPP), que deberá contener “*el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación específica correspondiente (...), el nombre del agraviado (si fuera posible) y las diligencias que de inmediato deban actuarse*”.

También señala la sentencia del TC, EXP. N.º08125-2005-PHC/TC, que la imputación debe ser cierta, clara y expresa; es decir: “*una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan*”, y no debe darse una imputación genérica e impersonalizada, que limite o impida a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional de suderecho de defensa. En otras palabras, sí es correcto que los cargos contra el imputado deben estar también debidamente individualizados o particularizados.

Por lo que, es pertinente indicar que, si bien, los imputados y los delitos debían ser individualizados, para una correcta identificación y posterior requisitoria; siendo a su vez, de suma importancia, la identificación (*nótese la distinción entre ambos términos*) del denunciante para su tutela eficaz, implicándose los criterios del debido proceso.

⁴ Hecho que sirvió de base a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, para dictar la Casación vinculante N°259-2013-Tumbes (22 de abril del 2014). Citado en: SALINAS SICCHA (2015).

producción sistemática de invasiones, tutelando incluso al ilegítimo, sabiendo que la propiedad solo se perfecciona con la libre voluntad de las partes, ya que de lo contrario hasta el robo o hurto serían modalidades para transferir la propiedad, lo cual está completamente decantado. Y es que no afirmamos que, para la admisibilidad de una demanda, el demandante deba acreditar que en este instante se halaba en predio o tiene un título de propiedad en la mano que le otorgue ese derecho, ya que se estaría vulnerando con ello derechos fundamentales como el de acción o la tutela efectiva. Sino que resultaría una incoherencia, y una muestra de la utilización desmedida del que debiera ser la *última ratio*, como es la vía Penal, que solo haciendo uso del principio de legalidad se cometan estos excesos.

V. HIPÓTESIS

Actualmente, bajo la modificatoria de la Ley 30076 (Artículo 1 de la Ley 30076, publicada el 19 de agosto del 2013), el Artículo 202 de nuestro Código Penal está redactado de la siguiente manera:

"Artículo 202. Usurpación

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

- 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
- 2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*
- 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.*

4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes." (El subrayado es nuestro)

La parte subrayada fue la introducción que tuvo como fuente la Ley N.º30076. Antes de ello la Doctrina Penal interpretaba que, acorde con lo dispuesto –hasta ese entonces- en el artículo materia de análisis, el bien jurídico protegido era la posesión o tenencia directamente ejercida por el propietario, poseedor o tenedor.

Así, Salinas Siccha expresaba que “la víctima o sujeto pasivo de la acción delictiva de usurpación puede ser cualquier persona con la única condición de que, al momento de la ejecución del delito, este gozando de la posesión mediata o inmediata o tenencia del inmueble, o en su caso, gozando del ejercicio normal de un derecho real, lo cual implica necesariamente posesión o tenencia sobre el inmueble, es posible que el sujeto pasivo sea una persona jurídica”(El subrayado es nuestro).

La forma de la redacción, antes de la modificatoria, llevó a considerar que incluso había delito de usurpación cuando el sujeto pasivo era el poseedor precario y el sujeto activo era el propietario. Incluso llegándose a discutir si en este caso cabía o no las restituciones del inmueble usurpado.

Así tenemos la Sentencia de Casación 38-2010-Huaura⁵, que en su octavo fundamento señala lo siguiente:

“En el caso concreto, se advierte que el agraviado que el agraviado Huapaya Sánchez era inquilino de un local comercial perteneciente al sentenciado Tsutsumi Cueva, sin embargo, pese a la resolución del contrato de alquiler, el citado agraviado no realizó la entrega de la posesión del indicado bien inmueble y permaneció en dicha condición sin sufragar los derechos respectivos (alquiler o merced conductiva); que, por tal motivo, el referido sentenciado inició un proceso de desalojo y antes que se ejecuten las sentencias en la vía civil que le favorecían consumó el delito de usurpación agravada, es decir, usurpó el bien inmueble, procediendo en tal situación y como propietario del mismo a alquilarlo a terceras personas”.

La misma casación al entender que si se consumó el delito de usurpación, pasa a señalar si se debe o no dar la desocupación y la restitución del bien inmueble al agraviado. Así, señaló en su séptimo fundamento lo siguiente:

“(…) El delito de usurpación protege el bien jurídico posesión del agraviado, mas no el derecho de propiedad, consecuencia de ello es que por regla general la sentencia condenatoria debe disponer la restitución de la posesión del inmueble agraviado; sin embargo, de manera excepcional, bajo determinados supuestos el Juez Sentenciador puede prescindir de la restitución de la posesión a

⁵Sentencia de Casación 38-2010-Huaura: 17 de febrero de 2011 (Recopilado en Alva Monge y Sánchez Torres, 2015)

favor del agraviado, esta decisión dependerá de cada caso concreto y de sus propias características, para lo cual deberá atenderse: (i) al espectro de los derechos posesorios que amparan al agraviado, es decir, el agraviado puede tener la calidad de propietario, arrendador, ocupante precario o poseedor ilegal; (ii) a la situación jurídica del usurpador con respecto al inmueble usurpador, pues el usurpador puede no tener ninguna relación jurídica amparable por el Derecho Civil antes de la comisión del delito o puede ser propietario del inmueble que él mismo usurpó; (iii) a que el derecho penal es un mecanismo de recomposición de las relaciones jurídicas distorsionadas por el delito, en tal sentido el ordenamiento penal no puede generar mayores conflictos para los justiciables, es así que, el Juez Sentenciador debe apreciar en alguna medida el supuesto factico de quien se encuentra ejerciendo la posesión al momento de emitir sentencia, es decir, el usurpador, un tercero de buena fe o el propio agraviado (...) Estos criterios deben apreciarse según la singularidad de cada caso al momento de emitir sentencia condenatoria en los procesos por delito de usurpación, a efectos de no disponer la restitución de la posesión a favor del agraviado, pues como regla general está la restitución de la posesión y como excepción la no restitución de la posesión, la que merece una motivación cualificada. Sin embargo, la introducción de esta discrecionalidad para el Juez Sentenciador no implica una actividad probatoria destinada exclusivamente a determinar los derechos que emanan del inmueble objeto de usurpación, sino que la misma debe surgir por las características del caso en concreto” (El subrayado es nuestro).

Como vemos, se aceptaba a nivel jurisprudencial que cabía la configuración del delito de usurpación incluso cuando era el propietario quien despojaba de la posesión al poseedor precario. La consideración de esta casación llevó a establecer que no cabía la restitución del bien inmueble por considerarlo un exceso en orden a las características del caso.

Sin embargo, al incorporarse el inciso cuarto con la Ley N° 30076, cabe la pregunta si se ha abierto la posibilidad de proteger al propietario incluso frente al poseedor precario y si esto tendría como justificación alguna razón práctica y legítima acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

5.1. Análisis del inciso cuarto: ¿El propietario- no poseedor- puede ser imputado por el delito de usurpación en agravio del poseedor precario?

No es ajeno a la doctrina nacional, el hecho de postular que el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión. Sin embargo, la forma en como ha sido redactado el artículo en análisis parece no solo proteger a la posesión, sino que se plantea proteger otros bienes jurídicos ya sea de forma directa o indirecta.

Así tenemos que en el inciso primero se reprocha la conducta de aquel que *teniendo la finalidad de apropiarse* -es decir, de adueñarse, de hacerse propietario- destruye o altera los linderos de un inmueble. Es así que creemos que los bienes protegidos son la posesión y la propiedad, el primero de forma inmediata y el segundo de forma mediata.

En el segundo y tercer inciso queda claro, de la propia redacción que el bien jurídico protegido es la posesión. Más el segundo inciso también protege a la tenencia y al ejercicio de otros derechos reales.

Pues bien, habiendo hecho este preludeo, concluimos que no hay un solo bien jurídico protegido en el delito de usurpación ya que los diferentes supuestos en los cuales se puede configurar la consumación de este ilícito penal son diversos y cada uno protege una situación de hecho distinta.

Dicho esto, cabe preguntarse ***¿Qué bien jurídico protegido se busca tutelar y respaldar en el inciso cuarto? ¿Posesión o propiedad o acaso ambos?***

La redacción del inciso cuarto es la siguiente: “*El que, ilegítimamente, **ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor** o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse*”.

De la redacción de dicho inciso, y haciendo hermenéutica jurídica, debemos tomar en cuenta dos conceptos que nos parecen claves para determinar si se ha incorporado la protección de la propiedad de forma inmediata: *ingresar a un inmueble* y *ausencia del poseedor*.

De esta manera, entendemos que de una lectura superficial pareciera que el inciso cuarto solo protege al poseedor del bien inmueble ya que se considera reprochable penalmente el hecho

del ingreso a un inmueble en ausencia del poseedor. Sin embargo, nos parece que esta incorporación por la Ley N.º30076 protege también a la propiedad.

Para afirmar ello debemos considerar que existe propiedad con posesión inmediata, propiedad con posesión mediata. El primer supuesto se da cuando por ejemplo el propietario usa su casa para fines de morada; el segundo supuesto se da cuando el propietario desea arrendar el inmueble a una familia y se constituye así en poseedor mediato. No creemos que exista propiedad sin posesión. Para ello nos remitimos al artículo 923º de Nuestro Código Civil de 1984: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley”*.

Así, aunque el propietario sea privado del uso, del disfrute o de la disposición ya sea de manera voluntaria (y por tanto legítima y legal) o de manera involuntaria (cuando un tercero de manera ilegítima afecta el derecho de uso y de disfrute), el propietario aun podrá reivindicar el bien del cual tiene el título habilitante y también tiene el derecho de disponer de ese bien.

Dicho esto, y si no existe propietario que de alguna manera no pueda ejercer la posesión, la frase *“en ausencia del poseedor”* también implica que si el propietario no está en la posesión directamente también estaría protegido por este inciso. Esto aun si el propietario ejerce la posesión de manera mediata o inmediata.

Ahora bien, en orden a la problemática señalada, analicemos otro punto, inciso segundo de del artículo 202º señala: *“El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real”*. Aquí se protege al poseedor y al tenedor. Pero también protege el ejercicio de otros derechos reales.

Del inciso citado, se puede observar que se tiene como verbo rector al despojo, el cual incide cuando la víctima está en posesión, tenencia o en el ejercicio de un derecho real, este último surgido a consecuencia de ley o de un contrato. Se entiende por despojo a la conducta por la cual el agente despoja, quita, arrebatada desposee o usurpa el inmueble o el ejercicio de un derecho real, en donde se priva al sujeto pasivo del goce o disfrute de este mediante actos violentos, amenaza, engaño o abuso de confianza. Resultando en una posesión ilícita por parte del agente afectando el derecho de posesión o tenencia de la víctima e incluso algún derecho real que ostente, como el de la propiedad.

Ahora bien, a efectos de continuar con la evaluación se definirán las situaciones en las que se encuentra la víctima, poseedor, tenedor y que ejerza un derecho real.

1. Posesión:

“La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”

(artículo 896° del Código Civil)

La posesión es un derecho subjetivo atribuido a una persona la cual puede acceder al bien aun cuando por determinados periodos no se halle en contacto directo con este, surgiendo de esta manera lo que se clasifica como posesión inmediata y mediata. Asimismo, se pueden observar dos elementos los cuales son el corpus (tener el bien, detentarlo por sí mismo o a través de otro) y el animus (tenerlo para sí –como dueño o en virtud a un título) de poseer.

Por lo que, como indica Lama More, *“(…) a nadie se le ocurriría, en nuestro país, pensar o sostener que quien tiene una “casa de playa” que ocupa solo los meses de verano, pierde la posesión por el hecho de no tener contacto con ella durante los otros nueve meses del año (...), solo perderá la posesión cuando otro individuo con interés propio, y para satisfacer su propia*

necesidad acceda físicamente al bien sin su autorización, produciéndose un despojo de la posesión (...)” (Lama More, 2012).

2. Tenencia

“No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas” (artículo 897° del Código Civil)

Al respecto, de la definición dada por el Código Civil, se entiende que la persona tiene el ejercicio efectivo de uno o más atributos del derecho de propiedad sobre el inmueble, si podersele presumir como propietario, pues tal condición ya la ostenta otra persona; es decir, el tenedor posee el bien en interés ajeno, el cual no se encuentra habilitado para ejercer la defensa posesoria siendo únicamente facultad del poseedor.

3. Ejercicio de un derecho real

Se entiende como derecho real a la propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, etc., para el presente caso, haremos una mayor referencia al derecho de propiedad.

De la lectura del inciso 2, considero que, al ejercerse el derecho real, no es necesario estar en posesión directa del bien (en este caso, del inmueble) ya que al tener dicho derecho te permite poder disponer del mismo en cualquier momento y situación siempre que no perjudique a terceros (como en el caso del arrendamiento). De esa forma, con el presente inciso se estaría protegiendo, de manera muy tímida, a la propiedad con posesión mediata, esto es, sin estar en posesión directa del inmueble; sin embargo, es de resaltar que más allá de esta división, podríamos distinguirlos como poseedor de dominio de una cosa (*possessio iuris*) y el poseedor material de la misma (*possessio facti*), de esta manera, se estaría protegiendo también al propietario que no se encuentre

en posesión directa del inmueble, esto es, quizá que el mismo se encuentre en estado de abandono siendo que no perdería la posesión por ello (Lama More, 2012).

Ahora bien, en relación con los verbos rectores “violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza” se parecía que el agente debe actuar de tal forma que perturbe física y/o psicológicamente a la víctima, hasta el punto de despojarla del inmueble, he ahí la finalidad del acto. Sin embargo, deja al aire el supuesto que el agente sin mediar ninguno de estos actos logre también el despojo del inmueble.

Art. 202°, Inciso 4

Ante el inconveniente antes señalado, se elaboró un cuarto inciso que “logra cubrir” tal deficiencia, pero, solo se indica como verbo rector el mero ingreso, no precisando con qué finalidad se hará dicho ingreso o lo que deba pasar una vez que el agente del delito realiza la acción descrita; sin embargo, si la intención del legislador fue solo tipificar como delito el solo ingreso al inmueble, estaría coincidiendo (Urtecho Navarro, 2013) con el delito de violación de domicilio tipificado en el artículo 159° del Código Penal:

Art. 202°, inciso 4.- Usurpación	Art. 159°.- Violación de domicilio
4. “El que, <u>ilegítimamente, ingresa a un inmueble</u> , mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de <u>quienes tengan derecho a oponerse.</u> ”	“El que, <u>sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena</u> , en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga <u>quien tenga derecho a formularla</u> , (...)

Si bien ambos delitos tienen semejanzas en relación con su texto, se distinguen con el bien jurídico protegido, libertad de domicilio y patrimonio; así como el delito de violación de domicilio se encuentra previsto para los casos en que el inmueble sirva de domicilio o morada habitual del sujeto pasivo, mientras que, con el delito de usurpación, tiene como objeto material de protección

a un inmueble deshabitado. Sin embargo, no se puede dejar de lado que estos dos delitos se relacionan de uno u otro modo.

Por otro lado, y retomando a lo antes expuesto, en relación al análisis de la conducta que se penaliza con dicho inciso (el de solo ingresar al inmueble), para poder verificar lo que el legislador dio a entender con la finalidad que busca el ingreso por parte del agente al inmueble genera la obligación por parte del interprete o de cualquier persona en general relacionar la finalidad de este inciso con la del inciso 2, a lo que resultaría contradictorio ya que pudo haberse subsumido dicho supuesto en este último, añadiéndose la palabra (por ejemplo) “clandestino” lo cual calzaría con lo expresado en el inciso 4 “(...) *mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse*” e incluso expandiendo el campo de protección incluyendo “(...) *o en ausencia de este.*”

Por lo que, debería ser precisado la finalidad que acarrea el ingresar al inmueble ya que no explica de manera clara si lo que se desea penalizar es el ingreso sigiloso u oculto al inmueble, donde no medie violencia ni ningún acto que señale el inciso 2, o el ingreso a un inmueble desocupado, protegiendo así al propietario que no ejerce posesión directa o *possesio facti*. De lo contrario, en el Código Civil con el supuesto de Interdictos, donde se protege la posesión natural o material de un bien, se podría dar solución al problema de las invasiones clandestinas o sigilosas, el cual sirvió para dar origen al inciso 4.

Por lo que a modo de retroalimentación retomamos la problemática principal:

5.2 ¿Puede ser el sujeto pasivo el poseedor precario?

Para entender mejor, nos remitimos al segundo párrafo del artículo 920° del Código Civil que estipula lo siguiente: “*El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre*

en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años”.

¿Qué es un poseedor precario? Según el artículo 911° del Código Civil, *“la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.”*

En ese sentido, se da la ausencia de título cuando se trata del poseedor que entro de hecho en la posesión, no tiene título alguno, ejemplo, el que entra clandestinamente en la posesión, el usurpado, el ladrón, el hurtador (Torres Vázquez, 2007). Además, se adquiere la condición de precario cuando el título fenece, sea por razones de una sentencia judicial, ley, etc.

Continuando con la línea de idea, entendemos que en la actual regulación del artículo 202° del Código Penal se protege a la propiedad en posesión inmediata como en posesión mediata (guardián, arrendamiento, etc.), es decir, protege el derecho del propietario, el mismo que tiene los atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. (STC N.º00005-2006-AI) (Landa Arroyo, 2010). Por tal razón el poseedor precario se subsumiría como sujeto pasivo del delito de usurpación cuando ocupa un bien inmueble, pues afectaría el pleno ejercicio de los derechos de: *usar (ius ustendi)*, *disfrutar (ius fruendi)*, *disponer (ius disponendi)* y *reivindicar (ius vindicandi) del propietario* (Vásquez Ríos, 2003), quien podría encontrarse en la posesión indirecta, como también se protegería cuando el propietario no se encuentre en la posesión inmediata.

Conforme a lo expuesto, añadimos que, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º1911/2012-CR, se propone incorporar un cuarto supuesto de hecho mediante el cual se sancione

a quien ocupe bienes inmuebles que se encuentran desocupados o se encuentren en estado de abandono de su propietario, pero que en el ejercicio de su condición de propietario tiene la potestad de ejercer su derecho de recuperar su bien no requiriéndose para ello probar la posesión inmediata del bien para poder reclamar su restitución.

Aún mantenemos la postura que, como la mayoría de las problemáticas que versan sobre los artículos contenidos de nuestro actual Código Penal tienen como denominador la mala copia del Código Penal Argentino, ya que, incluso haciendo una comparación exegética, induce a creer que obviaron los términos de: *“clandestinidad” o “que el despojo se produzca invadiendo en inmueble. Manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes”*, para ser una copia fiel de texto argentino⁶.

⁶ Art. 181 (Código Penal de la República de Argentina). - *Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:*

1° *El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes;*

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

3° *El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble. (El subrayado es nuestro)*

VI. CONCLUSIONES

Como primera conclusión, no hay un solo bien jurídico protegido en el delito de usurpación ya que los diferentes supuestos en los cuales se puede configurar la consumación de este ilícito penal son diversos y cada uno protege una situación de hecho distinta.

Del Inciso 2 del artículo 202°, se puede desprender que la protección penal abarca tanto al poseedor, tenedor y al propietario; este último es protegido en mérito al supuesto de *“el que (...) despoja a otro (...) del ejercicio de un derecho real”* ya que el derecho de propiedad es un derecho real, el cual es protegido cuando se está ejerciendo todas sus atribuciones o cuando solamente mantienen el derecho pero no lo ejercen de manera directa, tal es el caso cuando el propietario de un inmueble no está habitando el mismo ni lo está arrendando, pero no por ese hecho pierde la posesión de inmueble y se quedaría desprotegido ante un poseedor ilegítimo o ante cualquier eventualidad.

Asimismo, la incorporación del inciso 4 al delito de usurpación, tuvo como finalidad la protección a los poseedores y propietarios de las posibles invasiones que se ejercieran sobre los inmuebles, ya sea cuando estos se encontraran en estado de abandono o cuando “ingresaran” sigilosamente no pudiendo aquellos ejercer alguna acción para evitar dicho suceso; cabe indicar, que la manera de cómo se encuentra redactada esta protección, no es precisa ni clara, incluso dejar de manera abierta las posibles consecuencias que podría traer el ingreso a dichos inmuebles.

Con la mera penalización de la acción de ingresar al inmueble en las condiciones que establece el inciso, podría coincidir con lo expuesto en el artículo 159° del Código Penal, violación de domicilio, salvo por el bien jurídico protegido; por lo que, la incorporación del presente inciso no sería considerado como algo novedoso para el derecho penal, y hubiera bastando reforzar los

anteriores incisos del artículo 202°, en especial el inciso 2, agregándole la modalidad de clandestinidad, por ejemplo.

En relación con el poseedor que no ejerce de manera directa la posesión sobre el inmueble (*possesio facti*), podría estar bien protegido por lo dispuesto en el Código Civil con el supuesto de Interdicto en caso hayan invadido o restringiendo su derecho a la posesión, no siendo necesario la acción penal para el presente caso.

Las problemáticas que versan sobre los criterios de una debida aplicación del cuerpo legal del actual Código Penal tienen como común denominador que no responden a las circunstancias que la nuestra sociedad exige; creándose artículo o incisos que no dan en muchos solución a esto debates, nutriendo solo a la dogmática penal, ya que generan un abanico de circunstancias que solo son fuente inagotable de usos indebidos de lo que debiera ser la última ratio. Siendo ello la principal causa, la mala praxis del legislador en copiar, de manera fragmentada e inconsecuente, Códigos Penales (como el de la República de Argentina) sin ningún criterio de aplicabilidad para nuestra realidad.

VII. APORTE DE LA INVESTIGACIÓN

Al tratar sobre el tema del delito de usurpación en el Sistema Penal Peruano, encontramos que el Estado con el fin de proteger a la ciudadanía sobre estos hechos que venían incrementándose en forma alarmante que se traducía principalmente en el tráfico de tierras y que se daban con mucha frecuencia, venia generando un clima de inseguridad ciudadana, tal vez porque la norma contemplada en el Código Penal tenía más de veinte años sin que sea modificada y sobre todo, conociendo que quienes llevan a cabo este tipo de delitos, aprovechan diferentes circunstancias con el fin de lograr su objetivo.

El estado buscó mejorar la ley, con el fin de poner freno a este tipo de impunidad, se modificó mediante la ley N° 30076 en los artículos 202 y 204 del Código Penal, con el fin de hacer frente a los hechos anteriormente descritos y que requieren eficacia de parte de los Jueces y Fiscales, buscando que estos hechos no se conviertan en cotidianos y por el contrario el Estado debe ser el guardián del comportamiento ciudadano.

En este contexto encontramos que el Estado tal como se explico era necesario que reaccione con el fin de proteger a la sociedad, para lo cual utiliza como medio la ley, teniendo como finalidad la tipificación de las conductas, para lo cual las amplio agregando una de las modalidades de la usurpación, aumentándolas a cuatro, donde considera como sujeto activo a aquel que ingresa ilegítimamente a un inmueble, lo que en la práctica vendría a hacer en forma subrepticia o alevosa o también considerada como una usurpación clandestinas; estableciéndose a la vez mayores penas para este tipo de delitos y rigidez en cuanto a los procedimientos. Todo lo señalado busca sancionar el delito de usurpación, mediante la aplicación de la norma en forma drástica y coherente, desde luego no afectando a los involucrados en cuanto a la correcta aplicación de la ley; medidas utilizadas por el Estado.

VIII. RECOMENDACIONES

- Es importante destacar que se requiere de mayor participación del Poder Legislativo, con el fin que analicen la legislación relacionada con el delito de usurpación y otros hechos vinculados al mismo, buscando que la autoridad policial, judicial, Ministerio Público y quienes administran justicia, tengan los elementos necesarios para hacer frente a este ilícito penal.

- Para sancionar a quienes cometan delito de usurpación, independientemente de cuándo lo hubiesen llevado a cabo, los jueces deberán tomar en cuenta que la violencia en este ilícito por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas.
- Se necesita implementar una política criminal que esté orientada a la protección de la propiedad como bien jurídico en el delito de usurpación. Toda vez que no puede desvalorarse la diligencia que ha tenido el propietario de llegar hasta registros públicos, costeados los gastos que ello implica, para poder demostrar “erga omnes” su derecho de propiedad y que finalmente sea víctima del delito de usurpación y de la impunidad del mismo.
- Establecer una modificación legislativa orientada a la protección de la propiedad como bien jurídico. Y es que la justificación de la existencia de un delito es la protección a un bien jurídico, por tanto, este debe ser de acuerdo al contexto de la realidad, específicamente, en los casos de usurpación de terrenos baldíos. De manera que, no puede ser plausible que el derecho de propiedad se vea afectado frente a actos de usurpación de terceros cuando el propietario no ejerza actos fácticos o reales de la posesión del bien inmueble.
- Tener en cuenta que la posesión debe ser entendida como una situación de hecho y ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad (uso, disfrute,

disposición y reivindicación). Entonces en la actividad probatoria lo que busca alcanzar es demostrar que ostenta la posesión previa del bien inmueble.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Caperochipi, J. A. (2015). *Derechos Reales*. Biblioteca del derecho de Propiedad. Jurista Editores. Lima.
- Alva Monge, P. y Sánchez Torres, A. (2015). *Las Casaciones Penales en el Perú*. Jurista Editores, Lima.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, (8th ed).
- Bramon-Arias Torres, L.A; García Cantizano, M. (1997). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Editorial San Marcos (3^{ra}. ed). Lima.
- Buompadre, J. E. (2012). *Manual de derecho penal: parte especial*. Editorial Astrea (1^{era} ed.). Buenos Aires.
- Galvez Villegas, T.A. y Delgado Tovar, W.J. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial*. Jurista Editores. Lima.
- Lama More, H. E. (2012). *La posesión y la posesión precaria, El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho Civil*. Ed. MOTIVENSA (2^{da}. ed). Lima.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores, (1^{era} ed.). Lima.
- Planiol, M. Y Ripert, J. (1946). *Tratado de Derecho Civil Francés*, Cultural S.A., La Habana.
- Reategui Sanchez, J. y Espejo Basualdo, C. (2012). *El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano*. Jurista Editores. Lima.
- Roy Freyre, Luis E. (1983). *Derecho Penal Peruano: Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio*, Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima.
- Salinas Siccha, R. (2010). *Delitos contra el Patrimonio*. Editora Iustitia SAC. (4th ed). Lima.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra el Patrimonio*, Instituto Pacifico, (1^{era} ed.). Lima.
- Torres Vázquez, A. *Defensa posesoria*. Véase en: <https://bit.ly/3uOrq1V>.
- Urtecho Navarro, Alejandro. (2013). *La nueva modalidad típica del delito de Usurpación: Una aproximación al Artículo 202 inciso 4 del Código Penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal N.º51. Gaceta Jurídica. Lima.

Vásquez Ríos, A. (2003). *Los Derechos Reales. La Propiedad*. Editorial San Marcos. Edición Tercera. Lima.

Westermann, H. *Derechos Reales* (7th ed).

Legislación y jurisprudencia relevante

Acuerdo Plenario N.º7-2006/CJ-116: *Cuestión previa e identificación del imputado*

Código Procesal Penal Peruano (D. Leg. N.º957)

Código Penal Peruano de 1924

Código Penal Peruano de 1991 (*Vigente*)

Código Civil Peruano de 1984 (*Vigente*)

Código Penal de la Nación Argentina (*Vigente*)

Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º1911/2012-CR

Casación vinculante N.º259-2013-Tumbes (22 de abril del 2014). Citado en: Salinas Siccha. (2015) *Delitos contra el Patrimonio*.

Casación 38-2010-Huaura: 17 de febrero de 2011. Recopilado en: Alva Monge, P. J y Sánchez Torres, A. (2015). *Las Casaciones Penales en el Perú*. Jurista Editores, Lima.