



UNAP

**FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS**

TESIS:

**“LA VIOLENCIA EJERCIDA CONTRA EL BIEN COMO MEDIO COMISIVO
PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN EN LA
MODALIDAD DE DESPOJO, VULNERA EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO*
DEL DERECHO PENAL”**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE ABOGADO

AUTORES:

BACH. MARÍA ELOÍSA CASTILLO PADILLA

BACH. MARVIN KENNY LOJA ARÉVALO

ASESOR:

ABOG. MARÍA LUÍSA VEGAS PÉREZ

IQUITOS – PERÚ

2014

Dedicatoria

A nuestros familiares, por el apoyo incondicional y la constante motivación para alcanzar nuestras metas.

A nuestra alma máter, la cual nos formó académicamente y nos preparó para afrontar el desafío de la vida.

Agradecimientos

A Dios, por iluminar nuestros caminos.

A las instituciones que colaboraron con el desarrollo del presente trabajo de investigación, al Ministerio Público de Loreto y a la Corte Superior de Justicia de Loreto, por permitirnos el acceso a la información relacionada con la materia de estudio.

A nuestra asesora, Abg. María Luisa Vegas Pérez, por aceptar la dirección de esta investigación, por sus consejos y críticas que permitieron la culminación de la misma.

A nuestros familiares, por su paciencia y comprensión.

A Martín Wong Gonzales, por su amistad y motivación en la realización de nuestro proyecto.

INDICE

INTRODUCCIÓN

TÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Capítulo Único: Planteamiento del problema

| | |
|--|----|
| 1.1. Descripción del problema | 12 |
| 1.2. Justificación del problema a investigar | 14 |
| 1.3. Formulación del problema | 15 |
| 1.4. Antecedentes de la investigación | 16 |
| 1.5. Objetivos de la investigación | 17 |
| 1.6. Hipótesis de la investigación | 17 |
| 1.7. Variables | 17 |
| 1.8. Operacionalización | 18 |
| 1.9. Delimitación de la investigación | 19 |

TÍTULO II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Capítulo I. Teoría del delito

| | |
|--|----|
| Introducción | 21 |
| 1.1. Comportamiento | 22 |
| 1.2. Tipicidad | 27 |
| 1.2.1. Tipo objetivo | 30 |
| 1.2.2. Tipo subjetivo | 42 |
| 1.3. Antijuricidad | 48 |
| 1.4. Culpabilidad | 55 |
| 1.4.1. Imputabilidad o capacidad penal | 55 |
| 1.4.2. Exigibilidad | 68 |
| 1.5. Tentativa o consumación | 70 |
| 1.6. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal | 72 |

Capítulo II. La interpretación de la ley penal

| | |
|--------------|----|
| Introducción | 75 |
|--------------|----|

| | |
|---|-----|
| 2.1. Vinculación del Juez a la ley | 76 |
| 2.2. El Derecho como lenguaje | 78 |
| 2.3. Noción de la interpretación | 79 |
| 2.4. Necesidad de interpretar | 80 |
| 2.5. Metas de la interpretación | 83 |
| 2.5.1. Concepción subjetiva | 83 |
| 2.5.2. Concepción objetiva | 85 |
| 2.5.3. Criterio mixto | 85 |
| 2.6. Doctrina y jurisprudencia nacional | 87 |
| 2.7. Clases de interpretación | 88 |
| 2.8. Principios rectores en la interpretación | 101 |
| 2.9. Interpretación y subsunción | 104 |
| 2.10. Interpretación y analogía | 109 |

Capítulo III. Principios Fundamentales del Derecho Penal

| | |
|---|-----|
| Introducción | 111 |
| Definición | 111 |
| 3.1. Principio de legalidad | 113 |
| 3.2. Principio de la Prohibición de la analogía | 117 |
| 3.3. Principio de responsabilidad penal o de culpabilidad | 118 |
| 3.4. Principio de protección de los bienes jurídicos o de lesividad | 121 |
| 3.5. Principio de necesidad o de mínima intervención | 124 |
| 3.6. Principio de subsidiariedad o de ultima ratio | 124 |
| 3.7. Principio de fragmentariedad | 125 |
| 3.8. Principio de proporcionalidad de la pena | 127 |
| 3.9. Principio de igualdad | 128 |
| 3.10. Principio de humanidad de las penas | 129 |

Capítulo IV. Patrimonio

| | |
|--|-----|
| 4.1. Antecedentes históricos | 130 |
| 4.2. El patrimonio en el Código Penal Peruano | 132 |
| 4.3. Principales concepciones del patrimonio | 133 |
| 4.3. Clasificación de los delitos contra el patrimonio | 137 |

Capítulo V. El delito de usurpación

| | |
|--|-----|
| 5.1. Antecedentes históricos y legislativos del delito de usurpación | 140 |
| 5.2. Consideraciones previas | 141 |
| 5.3. Tipicidad objetiva | 143 |
| 5.3.1. Bien jurídico protegido. Determinación y alcances | 143 |
| 5.3.2. Objeto Material del delito | 146 |
| 5.3.3. Comportamiento típico | 146 |
| A) Destrucción o alteración de linderos | 146 |
| B) Despojo de la Posesión | 148 |
| C) Turbación de la posesión | 163 |
| D) Usurpación subrepticia o alevosa | 164 |
| 5.4. Tipicidad subjetiva | 166 |

Capítulo VI. Las distintas posiciones sobre la violencia como medio comisivo para configurar el delito de usurpación

| | |
|---|-----|
| Introducción | 171 |
| 6.1. Posición que considera que la “violencia” -como medio comisivo para la configuración del delito- debe ser ejercida sólo sobre la persona | 172 |
| 6.1.1. Doctrina | 172 |
| 6.1.2. Jurisprudencia | 178 |
| 6.2. Posición que considera que la “violencia” -como medio comisivo para la configuración del delito- debe ser ejercida tanto sobre la persona y los bienes | 181 |
| 6.2.1. Doctrina | 181 |
| 6.2.2. Jurisprudencia | 187 |

Capítulo VII. Análisis de la reciente modificatoria del artículo 202° del Código Penal y los efectos de dicha reforma legislativa

| | |
|------------------------------|-----|
| 7.1. Consideraciones previas | 192 |
|------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| 7.2. Modificaciones incluidas | 192 |
| 7.3. Análisis de la inclusión del segundo párrafo del artículo 202° del Código Penal | 194 |
| 7.4. Comentario respecto a la inclusión del inciso 4 al artículo 202° del Código Penal | 197 |

Capítulo VIII. La violencia como elemento comisivo para la configuración del delito de usurpación en la legislación comparada

| | |
|----------------------------------|-----|
| 8.1. Código Penal Español | 198 |
| 8.2. Código Penal de Argentina | 201 |
| 8.3. Código Penal de Uruguay | 204 |
| 8.4. Código Penal de Colombia | 206 |
| 8.5. Código Penal de Venezuela | 208 |
| 8.6. Código Penal de Bolivia | 209 |
| 8.7. Código Penal de Ecuador | 209 |
| 8.8. Código Penal de Chile | 210 |
| 8.9. Código Penal de Honduras | 211 |
| 8.10. Código Penal de Panamá | 212 |
| 8.11. Código Penal de Paraguay | 213 |
| 8.12. Código Penal de Costa Rica | 213 |

Capítulo IX. La medida cautelar de Desalojo Preventivo y Ministración de la posesión

| | |
|---|-----|
| 9.1. Generalidades | 215 |
| 9.2. Definición | 218 |
| 9.3. Presupuestos para la aplicación de una medida cautelar | 219 |
| 9.4. Elementos de las medidas cautelares | 221 |
| 9.5. Principios que regulan su aplicación | 225 |
| 9.6. La medida cautelar de desalojo preventivo | 228 |

Capítulo X. La defensa posesoria y los alcances de la Ley N° 30230

| | |
|--------------|-----|
| Introducción | 237 |
|--------------|-----|

| | |
|--|-----|
| 10.1. Fundamento de la protección posesoria | 238 |
| 10.2. Defensa Extrajudicial de la posesión | 243 |
| 10.3. Defensa judicial de la posesión | 247 |
| 10.4. Interdicto de Recobrar | 265 |
| 10.5. Interdicto de Retener | 278 |
| 10.6. Interdicto de Obra nueva y Obra ruinosa | 284 |
| 10.7. Alcances de la Ley N° 30230-Defensa extrajudicial de la posesión | 286 |

TÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO

Capítulo Único. Metodología de la investigación

| | |
|--|-----|
| 1. Tipo de Investigación | 290 |
| 2. Nivel de Investigación | 290 |
| 3. Métodos de la Investigación | 290 |
| 4. Población y muestra | 290 |
| 5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos | 291 |

TÍTULO IV. DE LOS RESULTADOS

Capítulo Único. De los resultados y discusiones

| | |
|---|-----|
| 1. Análisis y Resultados de las encuestas | 295 |
| 2. Análisis y resultados de las entrevistas | 305 |
| 3. Análisis y Resultados de Sentencias | 323 |
| 4. Comprobación de hipótesis | 331 |

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

FUENTES

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Es sabido que el derecho penal es uno de los medios de control social que tiene por misión la protección de los bienes jurídicos fundamentales; aquellos intereses jurídicos que pueden ser desde un prisma individual y a su vez desde un plano colectivo. Entre estos, ocupan un importante sitio aquellos injustos que se aglutinan en el núcleo más duro del derecho punitivo, al afectar los elementos más vitales del ser humano, aquellos indispensables para su autorrealización personal dentro de la sociedad.

Bajo tal perspectiva, aparecen los derechos subjetivos que se fusionan en el concepto de “Derechos reales”, en cuanto a las diversas relaciones jurídicas que se entrelazan entre los ciudadanos y los bienes. Como todo derecho subjetivo, el derecho real está constituido sustancialmente de facultades que el ordenamiento jurídico atribuye al titular y que contempla como algo unitariamente agrupado.

En efecto, tenemos que el derecho penal protege el patrimonio de las personas conforme a una concepción diversa a la del derecho civil. En el caso del delito de usurpación, la misma que es materia de investigación, por ejemplo, no se tutela la propiedad del bien inmueble, sino la posesión del bien, de la cual es privado el sujeto pasivo como consecuencia de una acción antijurídica. No obstante, resulta fundamental que el derecho penal construya sus propios elementos de imputación jurídica, amén de cautelar los criterios rectores que rigen su intervención en un Estado Democrático de Derecho: de subsidiaridad y de ultima ratio; de no ser así, serían objeto de represión conductas que manifiestan ningún ápice de tipicidad. Por tales motivos, el resorte punitivo estatal debe incidir únicamente, en estos casos, cuando la esfera de custodia del bien inmueble por parte del agente, haya procedido cuando tenga lugar la violencia y/o amenaza, engaño u otro tipo de ardid. A partir de dichos aspectos, que sostienen el desvalor de sustantividad penal del comportamiento prohibido, es que podemos postular su necesidad y merecimiento de pena y a la par, su delimitación con los injustos civiles.

En el artículo 202° de nuestro Código Penal, en el rubro de delitos contra el patrimonio, se encuentra regulado el delito de usurpación, cuyo inciso 2 indicaba, que el despojo de la posesión o tenencia de un bien inmueble o del ejercicio de un derecho real debe producirse entre otros medios comisivos, mediante violencia, sin puntualizarse -hasta antes de su modificación mediante Ley N° 30076- si esta podía recaer sobre las personas, sobre las cosas o sobre ambas, lo cual ha generado

problemas interpretativos entre los operadores del derecho y graves consecuencias en la administración de justicia. Sin embargo, pese a la nueva modificación, mediante el cual se pretendió aclarar este tema, los suscritos consideramos que, lo efectuado por el contrario, aún vulnera el principio de *ultima ratio del derecho penal*, pues no debemos entender que el derecho penal debe proteger de modo prioritario presuntas conductas revestidas de ilicitud, existiendo mecanismos que son más eficaces (como es el caso de la defensa posesoria extra-judicial), que pueden ser activados por el sujeto agraviado, salvo en aquellos supuestos medie un desvalor a otros bienes jurídicos, como es la vida.

Hemos advertido que, sobre el particular, existen perspectivas y criterios interpretativos contradictorios a nivel nacional, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. No obstante, el objeto de esta tesis es tratar de realizar una adecuada interpretación de la “violencia” a la que se refiere el numeral 2 del artículo 202° del Código Penal, no sin antes señalar de manera somera los antecedentes, el bien jurídico protegido, la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de usurpación.

Con el ánimo de aportar al estudio de esta problemática se presenta esta tesis bajo el título: “La violencia ejercida contra el bien, como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, vulnera el principio de *última ratio*”, en cuyos capítulos se pretende establecer los fundamentos teóricos, la problemática particular y posibles soluciones. En tal sentido tenemos que la presente investigación ambiciona adscribirse en los fundamentos que se compaginan en la moderna teoría de la “imputación objetiva”, en cuanto al método de interpretación que propone una fórmula racional y consistente de la aplicación al término “violencia” que establece la norma penal del artículo 202° del Código Penal, a partir de los elementos que permiten sustraer el ámbito de punición, conductas que no ingresan al ámbito de protección de la norma.

Con esta visión expuesta, se desea enfocar la problemática estudiada desde un nivel inicialmente teórico – descriptivo, para luego pasar a un esfuerzo de análisis, interpretación y crítica. En la orientación anotada, esta obra nace con la voluntad de ser instrumento de trabajo para todos aquellos que se acercan al estudio y aplicación de este tipo penal (usurpación inmobiliaria). Está dirigido, por tanto, a estudiantes de grado, así como para todos aquellos (jueces, fiscales o abogados) a los que puede ser de utilidad en el desarrollo de su actividad.



TÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CAPÍTULO ÚNICO
PLANTEAMIENTO, JUSTIFICACIÓN Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA
DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Uno de los delitos que con mayor incidencia se denuncian ante las autoridades, ya sea a nivel policial o fiscal, es sin dudas el delito de usurpación.

A diario, es frecuente la *notitia criminis* que en determinado lugar –y con mayor frecuencia en lugares alejados a la ciudad- han usurpado alguna propiedad de determinada persona.

Al respecto, el Código Penal, en su Parte Especial, Libro Segundo, Título V, artículo 202° (en el rubro de delitos contra el patrimonio), regula el delito de Usurpación, el mismo que -hasta antes de la reciente modificatoria- preveía hasta tres modalidades a saber: 1) Destrucción o alteración de Linderos [numeral 1], 2) Despojo [numeral 2] y 3) Turbación de la Posesión [numeral 3°], siendo que -hasta hace poco- se introdujo una cuarta modalidad, esta es, la clandestinidad, contenida en el numeral 4°.

En cuanto a la segunda modalidad referida al **Despojo**, la norma penal prevé cuatro medios comisivos para su perpetración, estos son: violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

Entre estos medios comisivos, tiene una especial atención para la presente investigación **la violencia**, ya que -hasta hace poco y durante el inicio de la misma- existían sobre ella, perspectivas y criterios interpretativos contradictorios, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, toda vez que habían quienes señalaban que la violencia debía ser ejercida sólo contra la persona, mientras que otros precisaban que esta debía ser ejercida contra la persona o contra la cosa, indistintamente, siendo que pese a esta incertidumbre, muchos

casos fueron judicializados aplicando la segunda posición, llegando a emitirse sentencias condenatorias.

No obstante lo descrito, con fecha 18 de agosto de 2013 se promulgó la Ley N° 30076¹, la misma que -entre otros- introdujo ampliaciones al artículo 202° del Código Penal, una de las cuales precisa que 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, al respecto, consideramos y determinaremos en el desarrollo de la presente investigación, que dicha regulación no sólo desnaturaliza el **Principio de subsidiariedad** del Derecho Penal y su intervención como *ultima ratio*, sino que además discrepa con el tratamiento sobre la materia realizado por otros países, ya que éstos, al igual que los investigadores de la presente, optamos por la posición que considera que la violencia para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, sólo tiene que ser ejercida contra la persona.

Por ello, la presente investigación gira en torno a la adecuada interpretación de la "violencia" a la que hacía referencia el numeral 2 del artículo 202° del Código Penal (antes de la modificatoria), para que una determinada acción ilícita haya sido perseguible y sancionada por el Derecho Penal. Asimismo, determinaremos si la reciente modificatoria recaída sobre la regulación del delito de usurpación, afecta directamente el Principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del Derecho Penal, el cual consiste que cuando han fallado los demás controles sociales, el Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones.

Para este propósito de investigación, se tomó en cuenta la doctrina especializada, la jurisprudencia nacional y comparada, los procesos judiciales sobre el ilícito penal de usurpación que se han tramitado en el

¹ Siendo que en el desarrollo de la presente investigación se verificará si esta ley es modificatoria o interpretativa.

² Último párrafo insertado al precitado artículo.

Distrito Judicial de Loreto en el periodo comprendido entre los años 2001-2012, a efectos de verificar y contrastar nuestra hipótesis, la misma que será sustentada en el desarrollo del presente trabajo.

1.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

Esta problemática surge en virtud a que -antes de la modificatoria- existían diversas posiciones que pretendían dar solución a lo que consideraban un "vacío"³ en la regulación del delito de Usurpación, en específico a lo contenido en el numeral 2 del artículo 202° del Código Penal; es decir, si la "violencia" a la que hace referencia la precitada norma, tenía que ser ejercida contra la persona o contra esta y los bienes para la configuración del delito *in examine* en la modalidad de despojo⁴.

Al respecto, los autores, durante las prácticas que realizamos en el Ministerio Público de Loreto, a través del Programa Secigra-Derecho-2011 y durante el ejercicio de nuestras funciones como Asistentes en Función Fiscal de Fiscalías Superiores Penales de Apelaciones de Loreto, hemos advertido la concurrencia de diversos casos en los que los recurrentes (algunos asesorados por sus abogados defensores) denunciaban hechos que eran tipificados en el delito de Usurpación previsto y sancionado en el numeral 2 del artículo 202° del Código Penal, alegando que determinada persona habría ingresado a su inmueble (algunos durante la ausencia del poseedor), ejerciendo "violencia" contra el bien inmueble en sí o contra los bienes muebles que se encontraban en su interior; ante dicha situación, muchos fiscales hacían suya dicha tipificación y formalizaban la correspondiente denuncia penal⁵, generando que dichos casos sean judicializados. Ante ello, un sector de los operadores jurídicos y estudiosos de la materia se pronunciaron al respecto y determinaron que la violencia –en cuanto a los numerales 2 y 3 del artículo 202° del

³ Cuando en realidad existía un error de interpretación de dicho tipo penal.

⁴ Toda vez que el artículo 202° del Código Penal, (antes de la modificatoria), no precisaba sobre qué tipo de bienes podía recaer la violencia.

⁵ Durante la vigencia del Código Procesal Penal de 1991.

Código Penal- debía ser ejercida sólo contra la persona⁶, generando – de este modo- dos posiciones distintas para interpretar dicho apartado jurídico, tal como se aprecia de las distintas decisiones judiciales y los diversos acuerdos plenarios jurisdiccionales distritales⁷ que procuraron dar solución a la discusión doctrinal y jurisprudencial respecto a los alcances de la fuerza física en la usurpación.

No obstante, en la reciente modificatoria realizada mediante Ley N° 30076, el legislador se acogió a una posición -que a nuestro juicio- desnaturaliza el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, toda vez que, la protección en la vía penal únicamente debe producirse en caso de que la violencia recaiga en las personas, y en caso de que esta recaiga sobre las cosas, la vía civil se encontraría expedita.

Por tal razón, nuestra investigación pretende determinar si -ante la indebida interpretación de la norma penal (antes de su modificatoria)-, existía una correcta aplicación de lo establecido en el artículo 202° del Código Penal, basada en soporte doctrinario y jurisprudencial, y si esta se aplicaba en efectivo cumplimiento de los principios generales que rigen el Derecho Penal. Asimismo, nuestro estudio se extiende principalmente a la problemática vigente, es decir, si la última modificatoria al tipo penal en estudio, supone una vulnerabilidad latente de los mencionados principios.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Habiendo descrito la problemática que originó la presente investigación, nos corresponde realizar la formulación del problema en concreto:

“La violencia ejercida contra la persona y el bien como medio comisivo

⁶ Así tenemos a Tomás Aladino Gálvez Villegas, Walther Javier Delgado Tovar, Ramiro Salinas Siccha, Franciso Muñoz Conde, Jelio Paredes Infanzón, James Reátegui Sánchez y Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, entre otros.

⁷ Acuerdo Plenario del distrito fiscal de Puno, 2010; Acuerdo Plenario del Distrito Judicial de Arequipa, 2012; Pleno Jurisdiccional Distrital de Moquegua, 2005.

para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, ¿vulnera el principio de ultima ratio del Derecho Penal?"

1. 4. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela de Post – Grado de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, no se ha encontrado antecedentes respecto a la investigación realizada en torno al Delito de Usurpación.

Sin embargo, de la búsqueda realizada en la Internet, en las Universidades y Escuelas de Post – Grado Internacionales, se ha encontrado un trabajo de investigación que guarda cierta relación con el tema, nos referimos a tesis titulada **“INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 256° DEL CÓDIGO PENAL EN SU SEGUNDO PÁRRAFO QUE TIPIFICA EL DELITO DE USURPACIÓN”**, presentada por Gustavo Amauri Funes López, para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos – Guatemala.

La presente tesis si bien no tiene el mismo problema e hipótesis de estudio, ya que en esta se analiza la inconstitucionalidad de las facultades conferidas a la policía, al Ministerio Público y al Juez, para que los mismos ordenen o procedan al inmediato desalojo de las personas que están usurpando un bien inmueble, conforme al ordenamiento penal de Guatemala; sin embargo esta tesis será importante por los alcances doctrinales sobre el tema del delito de usurpación.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Analizar las distintas posiciones dogmáticas y jurisprudenciales nacionales e internacionales respecto a la configuración del delito de Usurpación en la modalidad de despojo mediante el uso de la violencia, antes y después de la reciente modificatoria.

Objetivo Específico

Determinar que, antes de la modificatoria, la judicialización y posterior condena de los casos que consideraron que la violencia –para la configuración de la usurpación por despojo- podía ser ejercida contra los bienes-, vulneraron el Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal.

Determinar que la reciente modificatoria del artículo 202° del Código Penal (en el extremo del objeto sobre el que debe recaer la violencia), transgrede el Principio de *ultima ratio* del Derecho Penal y discrepa con la regulación de la materia recogida por otras legislaciones.

Sustentar que la interpretación y regulación más adecuada es establecer que la “violencia” como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, y la que merece la necesaria intervención del Derecho Penal, es la que se ejerce contra la persona y no sobre el bien.

1.6. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

La violencia ejercida contra el bien como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, vulnera el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

1.7. VARIABLES

A) Variable independiente:

La violencia recaída sobre los bienes para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo.

a.1. Indicadores:

- Tipificación.
- Doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

a.1.1. Instrumentos:

- Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico.

B) Variable dependiente:

Vulnera el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

b.1. Indicadores:

- Tipificación.
- Doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.
- Los Principios del Derecho y la Interpretación Normativa.
- Procesos judiciales sobre el Delito de Usurpación.

b.1.1. Instrumentos:

- Estudios de Casos.
- Estadísticas.
- Entrevistas.
- Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico.

1.8. OPERACIONALIZACIÓN

| VARIABLES | INDICADOR | INSTRUMENTO |
|--|---|---|
| <p>Independiente:</p> <p>La violencia recaída sobre los bienes para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Tipificación. • Doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. | <ul style="list-style-type: none"> • Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico. |
| <p>Dependiente:</p> <p>Vulnera el principio de <i>ultima ratio</i> del Derecho Penal.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Tipificación. • Doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. • Los Principios del Derecho y la Interpretación Normativa. • Procesos judiciales de | <ul style="list-style-type: none"> • Estudios de Casos. • Estadísticas. • Entrevistas. • Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico. |

| | | |
|--|-----------------------|--|
| | Delito de Usurpación. | |
|--|-----------------------|--|

1.9. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

a) Temporal

La investigación se realizó -por un lado- sobre las sentencias con calidad de cosa juzgada que se expidieron en torno al delito de usurpación en la modalidad de despojo, a cargo de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Loreto durante el período 2001-2012.

b) Espacial

La investigación se circunscribió en el Distrito Judicial de Loreto, en los seis (06) Juzgados Penales que estuvieron vigentes en los años señalados en la delimitación temporal⁸.

c) Social

La investigación, además, tuvo como objetivo de estudio la opinión de los operadores procesales: Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

d) Física

Se analizó las sentencias con calidad de cosa juzgada, que se expidieron en torno al delito de usurpación en la modalidad de despojo.

⁸ Desde el 01 de Octubre de 2012, los Juzgados Penales han cambiado de denominación a Juzgados Penales Liquidadores, sin embargo, el objeto de estudio recaerá sobre las causas tramitadas antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal.



TÍTULO II
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL DELITO

Introducción

Por tratarse del análisis de una de las modalidades de un delito, los autores hemos creído menester iniciar nuestro estudio desarrollando la teoría del delito, a fin de comprender la estructura del mismo y los elementos necesarios para su configuración.

Siendo esto así, por una cuestión meramente didáctica, se ha optado por estructurar la teoría del delito como una escalera de cuatro peldaños, donde, cada uno de éstos lleva el nombre de uno de los elementos que componen el hecho punible, así tenemos al comportamiento, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Asimismo, cada peldaño o escalón presenta sus propios requisitos de configuración o de paso, así: La conducta requiere, por lo menos, voluntad y exteriorización; la tipicidad exige que se hayan configurado los elementos tanto del tipo objetivo y del tipo subjetivo; la antijuricidad precisa, para poderla pasar, la ausencia de causales de justificación; y la culpabilidad, en cambio, requiere: imputabilidad o capacidad penal, el conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar, así como la exigibilidad.

No obstante cada escalón, a su vez, presenta obstáculos o impedimentos para cruzar que, en doctrina son conocidos como las “causales que excluyen el delito”; por ejemplo, la conducta presenta como excluyentes: la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos, así como, los estados de inconsciencia. Si no hay conducta, tampoco habrá delito y mucho menos la imposición de consecuencia jurídico-penal alguna; la tipicidad tiene como excluyentes al acuerdo la ausencia de algún elemento del tipo objetivo o la ausencia de algún elemento del tipo subjetivo, siendo el caso del error de tipo invencible el mejor ejemplo de esta última clase de ausencia. Igualmente, si hay conducta, pero no tipicidad, entonces no se podrá hablar de delito alguno, ni tampoco la aplicación de sanción penal alguna; la antijuricidad presenta como excluyentes a la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un derecho, así como, el cumplimiento de un deber; en ese sentido, podrá haber conducta y tipicidad, pero si no hay antijuricidad, tampoco habrá delito ni consecuencia penal alguna;

finalmente, la culpabilidad presenta como excluyentes a la inimputabilidad -que a su vez presenta a la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y la minoría de edad- al error de prohibición -en especial la invencible- y a la inexigibilidad -que a su vez está conformada por el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable-.

Si, habiendo una conducta típica y antijurídica -esto es, un injusto - pero no hay culpabilidad en el sujeto -es decir, no le es reprochable-, entonces no se configura la existencia de un delito; no obstante, es posible la aplicación de medidas de seguridad, tal como se indicará en los párrafos siguientes.

Por otro lado, si se logra subir los cuatro escalones entonces una puerta se abrirá, figurativamente nos referimos a la "pena", por la sencilla razón que la pena es una consecuencia jurídico-penal que se impone a aquella conducta típica, antijurídica y culpable, salvo que se configure alguna causal de cancelación de la punibilidad, aunque ello no afectaría el haber adjetivado el comportamiento como delictuoso.

Sin embargo, si logramos ascender hasta la antijuridicidad pero no podemos avanzar a la culpabilidad, porque el sujeto presenta alguna anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia -los cuales son supuestos de inimputabilidad- y con el agregado de la peligrosidad delictual que presenta el inimputable, entonces se podrá aplicar otra consecuencia jurídico-penal diferente a la pena, esto es, la "medida de seguridad".

Dicho lo anterior, corresponde desarrollar en forma sucinta, cada uno de los elementos que configuran materialmente al hecho punible.

1.1. COMPORTAMIENTO

El afirmar que el Derecho Penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Esto es el hecho que se describe en el tipo legal, que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación

del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, no constituye sino el primer paso de su elaboración.

En ese sentido, el *esquema causalista* dio un concepto causal a la acción, entendida -según von Liszt⁹- como la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación se le denomina resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación causa y efecto. El movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones, mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores; siendo el caso que, el contenido de esa voluntad - esto es, lo que pretende el sujeto- es un tema que se discute, en el esquema causal, a nivel de culpabilidad.

La crítica que se le ha levantado a la teoría causal de la acción es que la misma no corresponde con la esencia de la conducta. El actuar humano no es una simple causación de resultados, sino la construcción de la realidad. El contenido de la voluntad desempeña en ella un rol decisivo, de modo que no es posible que se le deje de considerar en el concepto de conducta.

Por otro lado, tenemos la *teoría finalista* de la acción, la cual partía de la premisa que el Derecho Penal está vinculado al plano de la realidad por una estructura lógico-real, que le imponía un concepto de acción del que no podía escindir la finalidad, sin que con ello quedara reducida un mero proceso causal. Según Hans Welzel la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento, comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; asimismo, la elección de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto

⁹ Franz Von Liszt en su obra Tratado de Derecho Penal (1881).

al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes.

Sin embargo, causan dificultades a la teoría final de la acción las formas de comportamiento que justamente parecen carecer de una finalidad, pero sin que se les pueda negar relevancia. De esa forma, en los tipos culposos, a la conducta le corresponde una finalidad, no con respecto a un resultado jurídico-penalmente relevante, pues con relación al resultado relevante acaecido solo puede hablarse de una ausencia o de la ejecución defectuosa de una dirección (evitación de la finalidad). Así sucede en las conductas desarrolladas automatizadamente; en las descargas afectivas se puede además hablar también, a lo sumo, de una finalidad inconsciente. Finalmente, la teoría final de la acción por lo general no toma en cuenta los impulsos inconscientes de las conductas.

Asimismo, tenemos la denominada *teoría de la acción social*, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción, que de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición.

La teoría de la acción social no es suficiente para establecer un concepto independiente de acción. El carácter social de la acción implica que debe trascender al plano interactivo-social-; pero la conflictividad jurídica-lesividad- de la acción no es un dato necesario de esta, sino un requisito para que esa acción sea típica, con lo que no puede establecer pretípicamente, debe tener referencia normativa o valorativa.

A partir de 1960 se intentó construir un concepto de acción que abarcara la

omisión, pero tomando como modelo la estructura de ella. Si hasta entonces se concebía a la omisión como una variable de la acción, estos ensayos trataron de invertir la situación, es decir, tratar la acción como una variable de la omisión¹⁰.

Lo común entre los autores que formularon este concepto -entre ellos Jakobs- era caracterizar a la acción sobre la base de la evitabilidad: la acción en Derecho Penal era la evitable no evitación en posición de garante. La posición de garante -que se elaboró para la omisión, con el fin de eludir la amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica- se generaliza y extiende también a la actividad.

Roxin postula un concepto de acción pretípico, al que denominó *concepto personal de la acción*, y lo definió como *lo que se produce por un hombre como centro de acción anímico-espiritual*, o más brevemente, *como exteriorización de la personalidad que tendría una base prejurídica penal*. No obstante, Roxin admitía que era imposible, en algunos casos, sostener un concepto de acción completamente neutral frente al tipo, particularmente en las omisiones.

Para Zaffaroni, el concepto de acción es jurídico, o sea que debe construirse por el Derecho Penal; el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto sino que limita a la construcción del concepto -no se puede abstraer lo que no existe-; la base legal no debe derivarse de los tipos penales sino de la Constitución y del Derecho Internacional, el concepto debe elaborarse teleológicamente, conforme al objetivo reductor y basado en todo el saber jurídico-penal.

En ese sentido, a pesar de las diferentes posiciones en torno al concepto de conducta, hay cierto consenso en admitir que esta tiene como misión la de excluir, desde un principio, determinados acontecimientos en el ámbito de lo punible. Según ello, para el ámbito restante se plantea la cuestión acerca de los elementos esenciales de la conducta.

¹⁰ SIERRA, Hugo y CÁNTARO, Alejandro Salvador, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2005, pág. 155-156.

En ese orden de ideas, identificamos condiciones mínimas para estar presente ante un comportamiento humano, que a su vez sirva de base y enlace para los demás juicios de valor, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para afirmar la existencia de un hecho delictuoso.

En primer lugar, el agente debe ser una persona humana, particularmente los fenómenos naturales no tienen importancia jurídico-penal.

En segundo lugar, no es objeto de valoración jurídico-penal lo que no se exterioriza en la realidad. De ahí que sean irrelevantes los planes, las intenciones y los ánimos si no han tomado forma en un comportamiento externo.

En tercer lugar, no hay comportamiento si no está presente la voluntad; es decir, el control, dominio o dirección de nuestros actos. Así, la mayoría de excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad. Así tenemos:

a) Fuerza física irresistible. Es aquella fuerza material que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse o dejarse de mover; es decir, aquella energía, proveniente de la naturaleza o de un tercero, que es de tal magnitud que la persona que la recibe no puede resistirlo, venciendo su voluntad perdiendo la capacidad de controlar sus movimientos.

Ejemplo: Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso, el sujeto que resbaló actuó con fuerza irresistible -el movimiento sísmico- por lo que no hay acción.

Como se aprecia, la fuerza física irresistible es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide por completo moverse conforme a su voluntad.

b) Movimientos reflejos. Son reflejos condicionados que no constituyen conducta, ya que dichos movimientos no son controlados o producidos

por la voluntad de la persona. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

Ejemplo: Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona.

Se caracteriza, por lo tanto, por un estímulo sensorial que es transformado en movimiento sin intervención de la conciencia o de la voluntad¹¹.

c) Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos.

Ejemplo: A, bajo un estado de sonambulismo, tropieza con un florero muy costoso y de propiedad de B. Al respecto, no se puede hablar de una conducta, ni mucho menos de ilícito penal, dado que A no tenía control consciente sobre sus actos.

La nota común de estos supuestos de involuntariedad es que eliminan la conducta, y al no existir la base sustantiva con que adjetivizar, tampoco se podrá afirmar la presencia de un ilícito penal, y menos aún la aplicación de consecuencias jurídico-penales.

1.2. TIPICIDAD

El primer adjetivo de la conducta delictiva es la tipicidad. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal; es decir, como posible delito.

Así, en primer lugar, el ilícito penal solo puede estar establecido por una ley -

¹¹ Sin embargo, no son siempre fáciles de delimitar a los movimientos reflejos, al menos con las conductas finales breves y las reacciones de miedo, por ejemplo, en el caso de tráfico rodado. En ellas no está eliminada la voluntad -como en el reflejo- sino que es formada tan rápidamente con base en una sensación y transformada en una reacción que no queda tiempo para la formación de un contramotivo.

principio de legalidad-. En consecuencia, las formas de ilícito punible se describen en la ley. Dichas descripciones legales se denominan tipos penales. Cada tipo penal constituye una particular forma de ilícito punible. Para Muñoz Conde, el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal¹².

El tipo es una figura que crea el legislador para realizar una valoración de determinada conducta delictiva; es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes¹³.

En ese sentido, el tipo penal cumple con las siguientes funciones:

- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho Penal.
- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se lo denomina tipo garantía.
- Función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por lo tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

Ahora bien, las leyes formulan tipos según diferentes técnicas de prohibición, lo que da lugar a distintas estructuras típicas fundamentales. Al respecto, Zaffaroni, precisa lo siguiente: "*La señalización de los pragmas conflictivos y del consiguiente campo de prohibición de la conducta puede llevarse a*

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Temis, Bogotá, 1990, pág. 40.

¹³ A diferencia del comportamiento, el tipo constituye un concepto fundamental del sistema cuyo fin es establecer el hecho típico: el carácter de conducta y el contenido de sentido necesario para imputar una realización típica concreto (al respecto, se habla del carácter interpretativo del tipo). Por el otro lado, las funciones señaladas para el tipo, reposan en principios político-criminales.

*cabo mediante la individualización de la conducta (a) atendiendo al fin propuesto por el agente, en cuyo caso resulta un tipo doloso; (b) puede optarse por señalar la acción prohibida atendiendo a que esta se realiza de un modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado que el agente debía observar, de lo que resulta un tipo culposo; (c) puede señalarse el pragma con la conducta prohibida dando lugar a un tipo activo; o bien (d) puede señalarse el pragma con la conducta debida y, por lo tanto, establecer como prohibida otra diferente de esta, por lo que resulta un tipo omisivo"*¹⁴.

Por otro lado, el juicio de tipicidad es la tarea que realiza el juez para establecer si la conducta particular y concreta se adecúa al tipo. Para ello se compara dicha conducta con la individualización típica. La subsunción es el resultado positivo del juicio de tipicidad o juicio de adecuación.

Es en ese sentido, luego de comprobado que en el caso hay un comportamiento humano, se pasa al siguiente nivel: la tipicidad, la cual es la adecuación o subsunción de una conducta en el marco de lo descrito en una ley. La comprobación de la tipicidad indica que existe una correspondencia exacta entre lo que el agente ha realizado y aquello que se encuentra descrito en la ley.

La tipicidad, entonces es la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta prohibida. En este nivel se trata de establecer una relación entre el supuesto de hecho (típico) y la norma (imperativa) que define el deber esencial cuya infracción consiste en el corazón del delito, ya sea de acción u omisión.

Por otro lado, en cuanto a la estructura del tipo penal, cabe señalar que el concepto o teoría del tipo fue enunciada en primer lugar por Ernst von Beling¹⁵ en 1906 y estaba concebido en forma objetiva, es decir, abarcando solamente la exterioridad de la conducta; prescindía de todo lo interno o subjetivo.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *"Estructura básica del Derecho Penal"*. Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 78.

¹⁵ Ernst Ludwig von Beling (Glogovia, 19 de junio de 1866 – Múnich, 18 de mayo de 1932) fue un jurista alemán especializado en Derecho penal.

Posteriormente, encontramos la concepción compleja del tipo penal, la cual aparece con los trabajos de von Weber en 1929 y 1935, y A. Graff zu Dohna en 1936¹⁶, consistiendo en la ubicación del dolo en el tipo. Se llegó a esta conclusión al advertirse que el tipo objetivo era insuficiente tanto para explicar la tentativa como para resolver la limitación de la causalidad.

El concepto de tipo complejo fue contemplado por Welzel¹⁷ quien en 1930 encuentra en el tipo no solo al aspecto objetivo sino también un aspecto subjetivo, integrado además de los referidos elementos subjetivos del tipo o del injusto, representados por el dolo y la culpa; por lo que, se empieza a hablar así del tipo objetivo y del tipo subjetivo, que se integran ambos en el tipo penal.

En la actualidad, se mantiene esta dicotomía, aunque por fundamentos distintos a la teoría finalista; por ejemplo, al atender las exigencias del principio de legalidad, el cual establece que el grado de tipicidad se da cuando encuadra, en sus aspectos internos y externos, una conducta a un correspondiente tipo penal, en la medida que, este último también haya aprehendido la naturaleza del comportamiento -valga la insistencia-, en sus esferas objetiva y subjetiva.

En ese orden de ideas, el tipo objetivo contiene la descripción de un acontecer exterior, perceptible por los sentidos. El tipo subjetivo reúne los elementos subjetivos que inciden en la realización de la conducta.

1.2.1. Tipo Objetivo

El **tipo objetivo**, aunque describe exteriormente una conducta, por sí mismo es insuficiente para calificar de típica una conducta y ha de ser completado con los elementos que integran el tipo subjetivo.

Ahora bien, el tipo objetivo está compuesto por los siguientes elementos:

¹⁶ VILLAVICENCIO TORRES, Felipe. "Lección de Derecho Penal"; pág. 131.

¹⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra el Patrimonio. Tomo II-A. Ediciones Jurídicas. Lima 1995. pág. 365

a) Sujeto activo

Es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal; es la indicación del autor del comportamiento típico. En ese sentido, y observando la técnica legislativa, existen tres formas para identificar al sujeto activo en los tipos penales. Así, la primera forma es a través de la fórmula genérica: "*el que (...)*", ello denota que cualquier persona puede ser autor (en doctrina se le conoce como delitos comunes). La segunda forma es identificar aquellos tipos que, al vincularse con normas especiales, solo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial y que pueden obedecer a características naturales (la mujer como autora del autoaborto) o requerimientos jurídicos (el funcionario público), a estos delitos se les denomina: delitos especiales. Finalmente, existen otros tipos que en su modalidad básica pueden ser cometidos por cualquiera, pero que en una modalidad calificada solo pueden ser cometidos por quienes reúnan la calidad personal exigida; por ejemplo, en algunas legislaciones el parricidio es un agravante del homicidio.

b) Sujeto pasivo

Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. La víctima es el sujeto que se postula o aparece como puntual y concretamente ofendido por los hechos delictivos. Es quien aduce ser sujeto pasivo de las acciones ilícitas, aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal. En la génesis del sistema acusatorio privado, la víctima era el protagonista fundamental del proceso y quien se encontraba legitimada para accionar. Esta situación cambia radicalmente con el advenimiento y consolidación del sistema inquisitivo, y con el surgimiento del monopolio estatal de la función persecutoria y decisoria estatal, con la acción y la pena pública.

En ese sentido, en algunas legislaciones como la nuestra, y para

efectos procesales, se ha distinguido entre víctima y ofendido, donde este último es la calidad señalada para aquellos que indirectamente se han visto afectados por la conducta típica del sujeto activo, o bien, por razones de parentesco con la víctima y por ausencia de esta última, asumen el papel de ofendido.

En el Nuevo Código Procesal Penal se define a la víctima o agraviado como todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo.

c) Bien jurídico protegido

El Derecho Penal liberal se basa en la protección de bienes jurídicos¹⁸, por lo que, se acepta la vigencia del principio *nullum crimen sine injuria* (todo delito debe comportar un daño u ofensa o lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido).

Sin embargo, el concepto material del bien jurídico-penal es objeto de debate en el seno de la doctrina; no obstante, si es unísono considerar las funciones que este cumple, también, lo debería ser, establecer su concepto material; al respecto Caro Coria comenta lo siguiente: "*(...) determinar el concepto material del bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal de lege ferenda) (...)*"¹⁹.

Frente a este panorama, y sin entrar al terreno de la polémica,

¹⁸ Históricamente se ha ubicado la teoría del bien jurídico como producto del temprano liberalismo del Siglo XIX, cuando en 1834 Birbaum rebate la posición de Feuerbach (quien junto a Kleinschord y mucho más tarde Loening, y sobre la base del iluminismo y del racionalismo, apegada al contrato social, indicaba que el delito es la lesión de un derecho subjetivo), al considerar al delito como lesión de un bien (consideraba a los bienes jurídicos como objetos materiales que el Estado protege, los cuales, corresponden a particulares como a la colectividad), se empezó a hablar que la misión del Derecho Penal es, fundamentalmente, la protección de bienes jurídicos.

¹⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: *Revista Themis*, N° 35, Lima, 1997, pág. 139. El citado autor peruano define al bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

señalamos que, el bien jurídico-penal es un valor normativo, el cual está condicionado por la utilidad al individuo y los parámetros constitucionales; no obstante, por la presencia del individuo, está sujeta a las condiciones históricas, socioeconómicas y culturales, las cuales constantemente cambian²⁰. De la citada afirmación, mencionamos a Roxin, quien sostiene lo siguiente: "*Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (...). La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico*"²¹.

El bien jurídico tiene como finalidad limitar la función punitiva del Estado, es decir, el Derecho Penal interviene cuando media una dañosidad social (con referencia al individuo y en los parámetros constitucionales) y, teniendo en cuenta, por un lado, la fragmentariedad y subsidiariedad de esta rama jurídica, y por el otro lado, el merecimiento y la necesidad de pena. Frente a estos lineamientos, el legislador apreciará si tipifica o no la conducta (si lo realiza es porque la conducta ha afectado, ya no un bien jurídico sino un bien jurídico-penal). Por fragmentario se entiende que el Derecho Penal no interviene contra toda conducta que vulnere bienes jurídicos, sino se limita a castigar las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Por subsidiario se entiende que el Derecho Penal intervendrá no solo por la aparición de conductas socialmente dañosas, sino porque no existen o han fracasado o resultan insuficientes otros medios para hacerles frente (es lo que permite denominar al Derecho

²⁰ Estos factores permiten precisar la mutabilidad del bien jurídico, la cual permite la tipificación de determinadas conductas y despenalización de otras, según un determinado contexto histórico, social, económico y cultural (valoración jurídica penal que puede cambiar si varía dicho contexto). Por ejemplo, en el Perú, en el Código Penal derogado de 1924 se penaba el delito de riña, duelo, adulterio y la piratería, los cuales en el Código Penal vigente de 1991 han sido destipificados.

²¹ ROXIN, Claus, "*Derecho Penal. Parte General*", Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 56-58.

Penal como la ultima *ratio legis*). Finalmente, el bien jurídico penal puede ser individual y supraindividual o colectivo, no obstante, este último debe tener referencia al desarrollo personal del individuo o el interés humano; al respecto, Caro Coria comenta lo siguiente: "*Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento (...). La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo solo a tipos de lesión o de peligro concreto*"²².

d) Conducta típica

Como ya se explicó en líneas anteriores, debe darse un comportamiento relevante para el Derecho Penal, es decir, que sea interpretable para el juicio de tipicidad o adscripción (imputación); al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: "*(...) un concepto de acción capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: función clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delitos; una función sistemática, de enlace, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añaden de modo de concreciones; y, en fin una función negativa o de delimitación, mediante la cual quedan excluidos a priori aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal*"²³.

Aparte de la función negativa o de delimitación que cumple el comportamiento, es menester precisar que la conducta tiene relevancia penal cuando es expresión de sentido

²² CARO CORIA, Dino Carlos, "*Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*". En Revista *Themis*, N° 37, Lima, 1998, pág. 206.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "*Sobre los movimientos compulsivos y el concepto jurídico penal de la acción*". En: *Estudios de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2004, pág. 13.

comunicativamente relevante, o como dice Kindhauser: "*En el proceso discursivo de la comprensión comunicativa para coordinar acciones no hay, pues, una subjetividad atomística, ni un abandono de la individualidad a través de una inclusión en la colectividad, sino la obtención de la autonomía individual mediante el intercambio de perspectivas; la apreciación del rol ajeno es necesario para el descubrimiento y constitución de la propia identidad*"²⁴.

Sin embargo, no es conveniente equiparar la acción con la imputación ("causación imputable") debido que, se confundiría el objeto de valoración (aunque designe el aspecto valorativo decisivo) con el juicio de valoración, así como se extendería la imputación objetiva hasta las figuras de movimiento reflejo y actos de inconsciencia²⁵. Asimismo, para el sentido de comunicación de la conducta, la misma, debe ser interpretable; es decir, en palabras de Jakobs, el plano de comunicación debe estar basado en un esquema de interpretación comunicativamente relevante²⁶.

e) Medio empleado

Existen tipos que individualizan conductas que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que solo pueden cometerse en una circunstancia determinada. A estos últimos se les denomina: *tipos circunstanciales*.

Asimismo, cuando el delito se puede ejecutar utilizando cualquier medio, entonces estamos ante tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística en los que se requiere el empleo de un medio determinado.

²⁴ KINDHAUSER, Urs. "*La fidelidad del derecho como categoría de la culpabilidad*". En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal* N° 1, Lima, 2000, pág. 190.

²⁵ Sobre este punto, Silva opina que por razones de pureza analítica, entre otras, pueden aconsejar una separación del examen de las causas de ausencia de acción y de las causas de exclusión de tipicidad.

²⁶ Al respecto, Jakobs indica que, "*el esquema de interpretación comunicativamente relevante no es un mero derivado de la relación de causalidad y de la finalidad (...). Al contrario, esa atribución solo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no solo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado*". (Jakobs, Gunther, "*El concepto jurídico-penal de la acción*". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima, 1994, pág. 82).

f) Resultado

El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación del bien jurídico. Sin embargo, este concepto refleja el denominado resultado material, el cual implica un daño observable, materializado en el bien jurídico y que, al mismo tiempo, presenta una separación espacio-temporal con la conducta; por ejemplo en el homicidio se puede distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte.

Sin embargo, también se habla de un resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro -concreto o abstracto- al bien jurídico penalmente protegido; por ejemplo, la tentativa.

g) Relación de causalidad.

Desde la concepción del delito por Franz von Liszt aparecen como características típicas: 1) la acción, 2) el resultado, y 3) la relación de causalidad, las cuales, *per se*, originan una clasificación de los tipos penales²⁷.

En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el Derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan²⁸. Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón²⁹, Aristóteles³⁰ o Santo Tomás de Aquino³¹;

²⁷ Recuérdese la clásica dicotomía entre los delitos de resultado y delitos de mera actividad. No obstante, esta distinción es rechazada por la doctrina, al considerar que en los delitos de actividad, el resultado se produce simultáneamente con la actividad; en cambio en los denominados delitos de resultado, hay una distancia espacio-temporal entre la actividad-relación de causalidad-resultado.

²⁸ KAUFMANN, Armin, *“Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna”*. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 26.

²⁹ Como se sabe, el planteamiento de Platón giraba en torno al mundo de las ideas, y al no ignorar el problema causal, afirmó que el mundo de las ideas es regido por leyes causales; esto lo demostraría a través de las figuras silogísticas, en las que una conclusión pueda ser claramente señalada como la consecuencia de dos premisas (mayor y menor) que actúen como causas.

³⁰ A juicio de Aristóteles, no existe una sucesión infinita de causas, sino que existe un primer principio de

siendo los trabajos de Stuart Mili, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Derecho Penal³².

En la actualidad se habla de un "principio de causalidad", dado que la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico-formal de la causalidad, la cual puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina **principio de causalidad** y a la relación entre dicha causa y su resultado, **relación de causalidad**. Así pues para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos - acción y resultado- existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos³³.

h) Imputación objetiva.

Imputación significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *imputation*) en autores como Kant, Feuerbach o Berner, por no ir más atrás.

Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho³⁴. Queda entonces

todo, que podría ser considerado la causa de todas las causas. Cfr. Aristóteles, "*Metafísica*", 10º Ed. Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 32.

³¹ Santo Tomás de Aquino precisó que todo lo que se encuentra en movimiento ha sido impulsado por algo y que la causalidad es un presupuesto y no un objeto de prueba; asimismo, afirmó que solo Dios puede ser considerado como causa primaria mientras todo lo que a partir de allí acaece corresponde a fenómenos causales secundarios.

³² John Stuart Mill, en 1843, señaló que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.

³³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz María, "*Tipicidad e imputación objetiva*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 108.

³⁴ Que estas reglas de atribución de un sentido concreto al hecho de un sujeto puedan derivarse tan solo

la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como obra suya.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de este a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse solo en términos de finalidad. Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que solo pueden designarse mediante la idea de libertad. Como indica Silva Sánchez: *"El concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener (...) un carácter más personal"* que el que le atribuye la teoría que los finalistas denominan *"del injusto personal (...) en particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que este ha infringido un imperativo de conducta"*³⁵.

En ese orden de ideas, la imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad.

Estas ideas rectoras permiten afirmar que la imputación objetiva no solamente incide en la atribución de resultados a una conducta típica, sino que la imputación objetiva afecta, además de la atribución de resultados, la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación.

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización del

de la finalidad del agente es algo que ni siquiera los finalistas han admitido de modo general, de modo que las propuestas que FRISCH y ROBLES hacen al respecto (sobre el entrecruzamiento de lo objetivo y lo subjetivo) tienen una amplia capacidad de suscitar consenso.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *"Normas y acciones en Derecho Penal"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 135-136.

riesgo). A continuación, procederemos a desarrollar ambos aspectos:

A. Imputación del comportamiento: La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento lesivo puede imputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clases de roles deben, implícitamente, formar parte del contenido del determinado tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que, los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol configura los denominados delitos de dominio o competencia por organización; en cambio, el segundo tipo de rol determina a los denominados delitos de infracción de un deber o competencia por institución.

La creación de un riesgo prohibido

Como puede derivarse de la propia denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido.

En lo que respecta a los delitos de dominio, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano (que forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo social-mente permitido³⁶. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido

³⁶ Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones. Así, por ejemplo, Feijoó, considera a esta figura como resultado de un juicio de ponderación de intereses (Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *“Imputación objetiva en Derecho Penal”*, Grijley, Lima, 2002, pág. 201 y ss.). En cambio, para Jakobs, el riesgo permitido depende de la configuración de la sociedad (Cfr. JAKOBS, Gunther, *“La imputación objetiva en el Derecho Penal”*. Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externando de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 121 y ss.).

primigenio), normas técnicas y reglas de la prudencia³⁷.

No obstante, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido³⁸. Esta determinación solo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces nos encontramos ante una imputación del comportamiento³⁹.

B. Imputación del resultado: La relación de riesgo

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos.

En tanto la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa), la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios

³⁷ Cfr. JAKOBS, Gunther, Ob. Cit. pág. 124 y ss.

³⁸ El riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *"El riesgo permitido en Derecho Penal"*. Ministerio de Justicia Interior. Madrid, 1995, pág. 86.

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *"Derecho Penal económico. Parte General"*. Ara Editores, Lima, 2003, pág. 413.

causales, sino que debe asentarse igualmente en criterios normativos. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al mismo.

Por tanto, para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, este debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho Penal considera como factor determinante el comportamiento prohibido del autor. No se trata, en consecuencia, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en ámbitos complejos como el medio ambiente o la responsabilidad por el producto.

En nuestra sociedad, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado.

Sin embargo, los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando este puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida.

Hasta aquí, se han comentado los elementos que conforman el tipo objetivo, dándosele prioridad a la imputación objetiva, como herramienta nomológica que permitirá atribuir al autor, como obra suya, la realización tanto de la conducta como del resultado típico.

1.2.2. Tipo subjetivo

Por otro lado, se tiene al **tipo subjetivo**, el cual está conformado por los siguientes elementos:

A) Tipo doloso

a.1) Dolo

En el dolo, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica; es decir, se debe extender a las circunstancias del hecho (elementos típicos) solo en tanto que determinan lo injusto del hecho⁴⁰. Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: "*El objeto del dolo ha de ser básicamente el riesgo contenido y determinable ex ante en la conducta del sujeto. El curso causal y el resultado en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su injusto típico, no son objeto del dolo*"⁴¹.

De la definición dada se desprende que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo.

En lo que respecta al primer elemento, para actuar dolosamente, el sujeto de la conducta debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Para la existencia del dolo no se toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de sus actos, basta que sea al nivel o esfera de lo profano, es decir, que el agente ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo.

⁴⁰ El concepto y ubicación del dolo varía según la posición de una determinada teoría o de autor; por ejemplo, en lo que respecta al concepto de dolo, el causalismo tiene una definición de la cual difiere del finalismo; asimismo, hay diferencia entre aquellos que ven la confluencia del aspecto cognitivo y volitivo de aquellos que ven al dolo como conocimiento (y la culpa como error). Incluso se habla de un concepto de dolo desde la perspectiva criminológica: "*el dolo comprende la actitud interna antisocial que el sujeto manifiesta en su conducta delictiva*" (Elio Morselli).

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "*Aberratio ictus e imputación objetiva*". En: *Estudios de Derecho Penal*. Ob. Cit. pág. 65

En lo que respecta al segundo elemento, para actuar dolosamente no es suficiente el mero conocimiento del tipo objetivo; es necesario además querer realizarlo. Si el tipo objetivo se realiza pero ello no es debido a la voluntad de realizarlo no hay dolo.

Finalmente, la doctrina ha realizado una clasificación del dolo en: a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual.

a.2) Elementos subjetivos distintos del dolo

Normalmente, la esfera subjetiva de los tipos dolosos está limitada al dolo, por lo que hay una congruencia perfecta entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Sin embargo, en algunos tipos penales específicos, para conformar el tipo se requiere la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, que deben concurrir además del dolo.

Estos elementos subjetivos distintos del dolo están referidos a fines y propósitos, cuya necesaria concurrencia en algunos casos confiere al hecho su dimensión de tipo penal.

Así tenemos:

- a) Los tipos de tendencia interna trascendentes, que son: 1) los tipos mutilados o incompletos en dos actos, en los que el primer acto es realizado como paso previo para realizar otro, aunque la realización de este último no es exigida por el tipo - por ejemplo, el matar para facilitar otro delito. 2) los tipos de resultado cortado, se configuran con la realización de una acción con la que el agente pretende alcanzar un resultado ulterior, ya sin su intervención, resultado este que el tipo no requiere - por ejemplo, en el cohecho, este ilícito se consuma con el ofrecimiento o la dación corruptora aunque el

funcionario no proceda según lo pretende el cohechador.

- b) Los tipos de tendencia peculiar; requieren una tendencia interna del sujeto que no se exterioriza en forma completa. Se los denomina momentos especiales del ánimo - por ejemplo, en algunas legislaciones han colocado a la alevosía como agravante del homicidio.

B) Tipo culposo

En principio, el Derecho Penal espera que los ciudadanos sean cuidadosos con ciertos hechos. Este deber de cuidado tiene como fundamento en lo que se espera de un ciudadano motivado a respetar el derecho. En un sistema en el que se adscribe la capacidad de actuar libremente se puede establecer el deber de que se planifique o se tenga cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para los demás. Este deber de cuidado pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organizaciones ajenas que vulneren los derechos de otros como personas.

El Derecho Penal puede asumir como función no solo evitar decisiones conscientes de lesionar a terceros, sino garantizar un mínimo cuidado con bienes ajenos. Y en una comunidad tan interrelacionada como la nuestra, en la que continuamente se puede afectar a derechos de terceros, es lógico que el Derecho Penal garantice un criterio de cuidado al menos con respecto a bienes jurídicos de especial relevancia. La sociabilidad del individuo exige un cierto cuidado o respeto en el contacto con los otros.

Ahora bien, igual que se admite en general que el dolo debe abarcar la producción del resultado típico para que exista un injusto doloso consumado, la falta de cuidado o diligencia debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar este a título de imprudencia.

Lo que interesa a efectos jurídico-penales es el "fin de protección de la

norma de cuidado" penalmente relevante.

De esta manera, y siguiendo la línea de estudio desarrollada por Bernardo Feijóo⁴², el criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el fin de protección de la norma de cuidado, entendido este como la exigencia que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo. En caso de duda no se debe imputar el resultado.

Para determinar la existencia de la relación normativa entre el resultado lesivo y la conducta infractora del deber de cuidado, se puede acudir como criterio auxiliar a la comparación de la conducta realizada con otra cuidadosa. Sin embargo, hay que tener presente que este criterio resulta solo asumible como límite para constatar que no existe tal relación. Se trata de un criterio fáctico y útil procesalmente, pero no es un criterio normativo que esté relacionado con la *ratio* del tipo de injusto imprudente. No se causa por imprudencia todo resultado que se puede evitar, sino solo aquel resultado con el que habría que haber tenido un mayor cuidado.

El criterio del fin de protección de la norma de cuidado, como criterio de imputación de resultados, solo cobra sentido mediante una correcta determinación previa de la infracción del deber de cuidado. Solo así se puede llegar a constatar si el resultado está relacionado con la finalidad o ámbito de protección de la norma de cuidado infringida.

Finalmente, a nivel doctrinal se plantea una clasificación de la culpa, tanto en la denominada consciente o con representación, así como en la inconsciente o sin representación.

Por otro lado, se debe tener cuidado en no incurrir en las denominadas causales de atipicidad, los cuales son aquellos

⁴² FEIJÓO, Bernardo, *“Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado”*. Editorial Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003, pág. 365-366.

supuestos en los que concurren determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal. Así tenemos:

a) Acuerdo

Aquí el titular del bien jurídico dispone, en forma libre y voluntaria, del mismo; por lo que, toda conducta desplegada por un tercero dentro del ámbito de la disposición otorgada por el titular del interés jurídicamente en conflicto, excluye todo prisma conflictivo entre la conducta con un tipo penal.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue el acuerdo con el consentimiento. Así, el consentimiento conserva su denominación si hay por parte del interesado una aceptación de una conducta punible que ataca un bien jurídico cuya lesión no desaparece, siendo su tratamiento la de ser una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. En cambio, toma el nombre de acuerdo si tal conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del titular del derecho y el libre ejercicio de la misma, operando como causal que elimina la tipicidad.

No obstante, nosotros somos de la idea de que el acuerdo es una figura que torna irrelevante para efectos jurídico-penales la conducta de un sujeto, dado que, si el titular del bien jurídico permite la afectación a uno de sus bienes jurídicos, entonces no existe una antinormatividad que resaltar, siendo esta figura una causal que cancela la tipicidad de la conducta, y no la antijuridicidad: si no hay una norma penal violentada es innecesario el buscar si hay una norma permisiva que justifique el actuar del sujeto activo.

b) Ausencia de algún elemento del tipo objetivo

Esta causal que excluye la tipicidad descansa en la no configuración de alguno de los elementos del tipo objetivo; por ejemplo, la ausencia de un funcionario público impide tipificar la conducta dentro de la gama de ilícitos penales especiales que afectan a la Administración Pública; otro ejemplo, es la falta de imputación objetiva, en los casos que la conducta desplegada por el sujeto activo encuadra en el ámbito del riesgo permitido, del principio de confianza, de la prohibición de regreso o en la autopuesta en peligro por parte de la propia víctima.

c) Ausencia del tipo subjetivo.

Como ya se ha indicado, el autor (sujeto activo) debe conocer los elementos que integran el tipo objetivo. Cualquier error o desconocimiento sobre la existencia de estos elementos tienen efectos sobre la tipicidad porque excluye el dolo, debiéndose buscar si se configura un tipo culposo, y si la respuesta es negativa entonces no queda de otra que expresar la ausencia del carácter de típico de la conducta.

Esta operación es conocida en doctrina como error de tipo; es la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

Ahora bien, hay que distinguir entre el error de tipo vencible (relativo o evitable) y el error de tipo invencible (absoluto o inevitable). Es vencible el error cuando el sujeto pudo haberlo evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o de la significación del hecho. Es decir, se hubiera

evitado mediante el empleo de una elemental diligencia y cuidado, como sería el caso del que con facilidad podría haber advertido que el abrigo que se llevaba no era el suyo. La consecuencia jurídica del error de tipo vencible es el tratar de subsumir la conducta desplegada por el activo en un tipo penal culposo; sin embargo, si el mismo no existiese en la respectiva legislación -ejemplo no hay robo culposo- entonces deberá considerarse como atípica la conducta y carente de todo contenido delictuoso.

Por otro lado, es invencible el error que hubiera padecido cualquier persona que estuviese en la situación del autor, aunque fuese cuidadosa y diligente, como sería el caso de que el abrigo ajeno fuese prácticamente igual al propio. En este caso, el error de tipo invencible excluye cualquier forma de tipicidad.

Finalmente se debe recordar que la ausencia de tipicidad en la conducta impedirá que se siga avanzando con los otros juicios de valoración, como son la antijuridicidad y la culpabilidad; dado que, no existen las condiciones para afirmar que se está ante la presencia de un delito y tampoco se generaría consecuencia jurídico-penal alguna contra el autor de una conducta atípica.

1.3. ANTIJURICIDAD

La antijuridicidad es el segundo juicio de valor que recae en la conducta típica. Según López Barja de Quiroga⁴³, la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho. Es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Aquí se da el juicio de desvalor global a la conducta, es decir, se

⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "*Derecho Penal. Parte General*". Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pág. 181.

determinará la no presencia de causales de justificación y la desaprobación del ordenamiento jurídico -en su conjunto- de la conducta típica⁴⁴. Y es político-criminalmente importante porque es presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad.

Históricamente, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Ihering, quien lo entendía, desde el ángulo del Derecho Civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuridicidad objetiva.

En el esquema causalista, la antijuridicidad fue entendida como la contrariedad del aspecto externo del hecho con el Derecho, esto es, contra el orden jurídico del Estado. En ese sentido, si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.

Para el neoclasicismo, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho. Lo injusto se concebía como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo, a diferencia de la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción a la norma de determinación dirigida a la voluntad.

En cambio, para el finalismo, Welzel definía a la antijuridicidad como la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico. Welzel utiliza la palabra “totalidad”, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como la legítima defensa.

En la actualidad, juristas como Muñoz Conde, precisan que el Derecho Penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy

⁴⁴ Esta desaprobación responde a la “unidad del ordenamiento jurídico”, es decir, es ilícito en lo personal, también lo es en lo civil, administrativo, laboral, etc.

graves a bienes jurídicos importantes, conminándolos con una pena. Por su parte, Enrique Bacigalupo sostiene que la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al derecho; es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico; es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

Asimismo, es común diferenciar la antijuridicidad con el injusto. Así, para Muñoz Conde, la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico; el injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica⁴⁵. Jescheck señala a la antijuridicidad como la contradicción de la acción con una norma jurídica; el injusto es la acción misma, valorada jurídicamente⁴⁶.

Gómez Benítez considera al injusto penal como la acción antijurídica y típica; es un sustantivo que alude a un desvalor que se forma sumando el desvalor de la tipicidad y el de la antijuridicidad⁴⁷.

Por otro lado, en la doctrina se ha distinguido clases de antijuridicidad; así tenemos:

- 1. Antijuridicidad formal**, la cual es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge; por ejemplo, el estado de necesidad o la legítima defensa.
- 2. Antijuridicidad material**, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. pág. 84.

⁴⁶ JESCHECK, Hans, citado por Felipe Villavicencio T. en "*Derecho Penal. Parte General*". Grijley. 3° Reimpresión. 2009. pág. 210.

⁴⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Ob. Cit. pág. 80.

porque puede generar robos.

3. Antijuridicidad genérica y específica. Es genérica cuando se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

Asimismo, normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico -función indiciaria de la tipicidad- pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

Para Enrique Bacigalupo un comportamiento está justificado cuando el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para proceder como obró. Según Carlos Daza, las causas de justificación son una causa de licitud, pues quien actúa en defensa necesaria, estado de necesidad, lo que está haciendo es realizar un hecho típico, es decir, hacer uso de su derecho para obrar.

En ese sentido, las causas de justificación o excluyentes de la antijuridicidad, son:

a) Legítima defensa

Consiste en repeler, ya sea el propio atacado o una tercera persona, una agresión humana ilegítima, actual o inminente, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.

La legítima defensa se basa en el principio de que por regla general nadie está obligado a soportar lo injusto. Este permiso se habilita ante una agresión ilegítima, debe ser necesaria para repelerla, además debe ser racional y no provocada⁴⁸.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. Ob. cit. pág. 193.

Sus requisitos son:

- Agresión ilegítima; es el ataque realizado por una persona humana, el cual es típico y antijurídico, esto es, contrario a derecho, esta noción incluye el comportamiento de los enfermos mentales y menores de edad, dado que, estos constituyen supuestos de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad, siendo suficiente para justificar una legítima defensa contra un orate o menor de edad, si estos han realizado una agresión típicamente antijurídica.

Asimismo, la agresión debe ser actual, es decir, ha debido empezar a producirse. Igualmente debe ser inevitable el repelerla, esto es, que no existe otro recurso para evitar la agresión.

- Necesidad racional del medio empleado; la determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla quien repele la agresión, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.
- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; el que es agredido no debe haber provocado la agresión.

b) Estado de necesidad justificante

Es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el Derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona.

Esta figura presenta los siguientes elementos:

- Situación de peligro, son los riesgos, provenientes de la naturaleza o del ser humano a través de movimientos carentes de dominio o voluntad -caso contrario estaríamos ante un escenario de legítima defensa-, en las que se ve envuelto un bien jurídico penalmente protegido.
- Elemento subjetivo, es la condición de infringir un deber o causar otro mal para salvar un bien jurídico puesto en peligro que,

valorativamente es de mayor importancia que aquel bien jurídico afectado.

- Elemento objetivo, esto es, el causar una afectación sin tener la obligación de afrontar un peligro.

c) Ejercicio legítimo de un derecho.

Está justificado quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, en la medida que el actuante sea el titular del derecho y lo haya ejercido de manera razonable y proporcional, esto es, cumpliendo con los requisitos de ejercicio que señala la ley.

En efecto, semejantes manifestaciones no tienen por qué conformar una causa de justificación en tanto puede que la conducta desarrollada desborde los cauces legalmente establecidos, diluyendo el carácter legítimo ostentado por la mencionada acción⁴⁹.

Constituye una regla destinada a la solución de problemas concretos que puedan surgir en el ejercicio de determinados derechos, ejercicio que evidentemente chocará con el derecho tutelado en el correspondiente tipo penal⁵⁰.

En ese sentido, el ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación, se fundamenta en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Pues este solo tendrá aceptación cuando haya sido ejercido legítimamente, es decir, por la vía autorizada por la ley. Y también en la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida para que excluya la antijuridicidad, debe ser dentro de la legalidad; es decir, que derive de una autoridad, que esta tenga competencia en el caso y que reúna los requisitos legales.

d) Cumplimiento de un deber.

⁴⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. cit., pág. 475.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et ál. *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. 2° Ed. Aranzadi Navarra, 2000, pág. 486.

El fundamento es similar que la causa de justificación anterior, con la diferencia que, en este caso, el sujeto al cumplir con las obligaciones que han nacido de la ley, cargo u oficio, ve justificado por el Derecho su comportamiento.

Dentro de la noción cumplimiento de un deber están comprendidas, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas. Por lo cual, con justa razón, no actúa antijurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.

Lo expresado demuestra que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de antijuridicidad pueden derivar: de una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley; o de una orden de la autoridad, entendiéndose por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden, que debe ser formal y sustancialmente legítima.

En ese orden de ideas, toda conducta tipificada en la ley constituye, de ordinario, una situación prohibida, por contener mandatos de no hacer; más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber -como en el ejercicio legítimo de un derecho- adquiere carácter de licitud, excluyendo con ello la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal. En otras palabras, el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de esta directamente su justificación.

Por otro lado, toda esta gama de figuras son excluyentes de la antijuridicidad, lo que originaría el no estar ante un injusto penal, siendo innecesario continuar con el siguiente nivel de valoración, esto es, la culpabilidad. Asimismo, dejamos mención que en cuanto al error en las causas de

justificación, seguimos el tratamiento que le brinda la teoría limitativa de la culpabilidad; esto es, equiparar esta clase de error con las consecuencias jurídico-penales que brinda el error de prohibición.

En ese sentido, sin antijuridicidad el análisis del carácter delictuoso de una conducta queda incompleto, al quedarnos únicamente con una conducta típica pero no antijurídica. Ello importa excluir la presencia de un delito, así como, la imposición de algún tipo de sanción, máxime si las causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, constituyen normas permisivas que denotan la falta de contrariedad entre la conducta con el ordenamiento jurídico.

1.4. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el último juicio de valor para establecer la presencia de un hecho punible. Esta categoría normativa enjuicia al sujeto -teniendo como referencia la conducta típica y antijurídica que realizó- a fin de establecer su capacidad de motivación para con las normas jurídicas, así como, la necesidad de aplicarle los efectos preventivos de la sanción penal.

Al respecto, Bacigalupo precisa que la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma.

Por otro lado, la culpabilidad presenta los siguientes elementos:

1.4.1. Imputabilidad o capacidad penal.

La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas -psíquicas y físicas- que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad.

El acento está puesto en el proceso psicológico desde una perspectiva

valorativa; no se trata de cualquier comprensión, sino solo del injusto, y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esa comprensión⁵¹.

Sin embargo, este planteamiento es criticado por Bustos, quien afirma que esta concepción adolece del defecto general del normativismo, esto es, de poner el acento en la norma, en la acción y no debidamente al sujeto responsable. De ahí entonces, según Bustos, se le considera al hombre como individuo, no como ser social, y que el presupuesto general y abstracto de la imputabilidad sea el libre albedrío.

Así, el jurista chileno acota lo siguiente: Se ha de partir del hombre como actor social y, por lo tanto, la perspectiva de la imputabilidad es antes que nada social concreta. Luego, es la perspectiva de una determinada concepción del Estado o de la sociedad. De ahí que una primera crítica fundamental al normativismo es que aplica la absolutez de los valores que ha empleado para la configuración del tipo legal a una consideración valorativa del sujeto. La imputabilidad no es sino un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, lo que se le puede objetar a la tesis de Bustos, en primer lugar, es la imprecisión de la fórmula: conciencia social; y en segundo lugar, si bien el hombre es un ser social, no se le puede desconocer los otros componentes que lo definen como tal: lo biológico, psicológico, moral, cultural, ergológico, etc.⁵².

Frente a lo señalado, se puede formular el siguiente concepto de capacidad de imputabilidad: *es imputable, en primer lugar, aquel autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de*

⁵¹ Ciertamente, este concepto de imputabilidad está de acuerdo con una concepción normativa de la culpabilidad y es en especial en relación al sujeto, a sus procesos de motivación y de formación de su voluntad de actuar, que pueden ser alterados entonces desde un punto de vista cognitivo, volitivo o afectivo. Ello permite una mejor consideración de todos los procesos afectantes de tales capacidades.

⁵² Sobre esta noción del hombre se puede elaborar la noción de imputabilidad e inimputabilidad, pues como dice Reyes Echandía, las mismas poseen ingredientes psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales. REYES ECHANDÍA, Alfonso, *"Derecho Penal. Parte General"*, 11° Ed, Themis, Bogotá, 1987, pág. 188.

reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento. Se pueden apreciar los dos aspectos de la imputabilidad: lo intelectual de la capacidad de imputabilidad (la capacidad de comprensión), como también su aspecto volitivo (capacidad de dirección). Y, en segundo lugar, la imputabilidad del agente no se agota en una valoración de contenido psicológico -psiquiátrico, sino que también se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo⁵³.

Por otro lado, la imputabilidad puede verse eliminada o excluida por las siguientes situaciones:

a) Anomalía psíquica.

Esta causal también es conocida como trastorno psíquico patológico o por enfermedad mental. Lo más relevante, lo característico, para determinar la incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental, radicará en la apreciación de la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho cometido o de actuar conforme a dicha comprensión. Esta opción, que cuenta con un amplio respaldo en la doctrina y en el Derecho comparado, no se encuentra libre de ciertas objeciones, sobre todo, por parte de un importante sector de nuestra doctrina penal más moderna, que fundamenta la denominada "culpabilidad", no en la posibilidad de que el sujeto hubiera podido o no actuar de otra manera -algo indemostrable-, sino en la accesibilidad -como por ejemplo: ante la ausencia de ciertas enfermedades o anomalías psíquicas-a la motivación por la norma penal.

En la legislación penal moderna se observa una marcada tendencia a ampliar el ámbito de las causas de inimputabilidad por razón de la enfermedad mental, admitiéndose dentro de las eximentes de responsabilidad criminal no solo los supuestos de enfermedad mental

⁵³ Al respecto, Frías Caballero precisa que la imputabilidad es un concepto cultural de índole compleja, psiquiátrico, psicológico y valorativo. FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 155.

en sentido estricto (la psicosis), sino también otros casos que abarcan distintas anomalías o perturbaciones psíquicas (por ejemplo, el párrafo 20 del Código Penal alemán se refiere a "otras anormalidades psíquicas graves"; el inciso 1) del artículo 20 del Código Penal español alude a "cualquier anomalía o alteración psíquica"; y en el inciso 1) del artículo 20 del Código Penal portugués se remite a "una anomalía psíquica").

La progresiva ampliación de las eximentes de responsabilidad criminal por inimputabilidad, debido a la enfermedad mental del sujeto, llevará consigo un incremento del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales, con todos los problemas de garantías para el afectado y que ha llevado a un importante sector doctrinal a reclamar para la aplicación de las medidas de seguridad los mismos principios garantizadores que informan la aplicación de las penas⁵⁴.

Por otro lado, dentro del Derecho Penal comparado se pueden destacar tres fórmulas legislativas, que configuran los supuestos de inimputabilidad por razón de la enfermedad del sujeto: (a) biológica; (b) psicológica; y, (c) mixta⁵⁵.

La fórmula biológica relaciona la exención de responsabilidad criminal con la existencia de la enfermedad mental. Sin embargo, presenta graves inconvenientes: que el enfermo mental, al margen de la conexión causal de la enfermedad con el delito cometido, sea exento de responsabilidad criminal dando lugar a un criticable automatismo entre enfermedad mental e incapacidad de culpabilidad; y que la inimputabilidad quedaría limitada solo a quienes padecieran una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis), cuando en la praxis se admiten como supuestos de exención de responsabilidad criminal otros casos, como los relacionados con los psicópatas. Se

⁵⁴ Ídem. pág. 583.

⁵⁵ TORIO LÓPEZ, Ángel, "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de 'enajenación'". En *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez – Victoria*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 973 y ss.

cuestiona o se duda sobre la validez científica de la diagnosis acerca de la enfermedad mental en que esta fórmula se fundamenta.

La fórmula biológica, en cuanto se limita a describir datos existentes en la realidad relativos a la enfermedad mental (situaciones patológicas, morbosas, etc.) tiene a su favor que proporciona un alto nivel de seguridad jurídica.

Por otro lado, está la fórmula psicológica, la cual, se caracteriza por hacer depender la exención de responsabilidad criminal de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Aquí, la enfermedad mental no es presupuesto para la exención de la responsabilidad criminal. Se ha señalado que esta fórmula es más bien una fórmula normativa, siendo fundamental en la misma la determinación de si en el momento de la comisión del hecho el autor era capaz o no de atender a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula facilita una jurisprudencia más libre que en la fórmula anterior (la biológica), quedando englobado el juicio sobre la imputabilidad en la fórmula genérica de la capacidad del sujeto para auto-determinarse por el mandato normativo y, en todo caso, fuera de cualquier comprobación empírica. La aplicación de esta fórmula da lugar a una excesiva discrecionalidad judicial, y dificulta la posibilidad de una jurisprudencia uniforme, resultando contraria a las exigencias de taxatividad. Se postula en la jurisprudencia inglesa y norteamericana⁵⁶.

Finalmente, la fórmula mixta (biológica-psicológica), requiere para la exención de la responsabilidad criminal la concurrencia de dos presupuestos: primero, una base psicopatológica (elemento biológico), que se constatará por la Psiquiatría; y segundo, que esa

⁵⁶ SEGURA GARCÍA, "Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada insanity defense". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 58, 1996, Madrid, 1996, pág. 218 y ss.

causa psicopatológica determine que el autor, en el momento de la comisión del hecho delictivo, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (elemento psicológico). En este segundo presupuesto la competencia es exclusiva de los tribunales de justicia, quienes -con el apoyo de los dictámenes periciales de la Psiquiatría- han de comprobar si el autor del delito podía o no responder a la motivación normativa.

Esta fórmula se ha impuesto en diversas legislaciones: incisos 1), 2) y 3) del artículo 20 del Código Penal español de 1995; parágrafo 11 del Código Penal austríaco; artículo 122-1 del Código Penal francés; artículo 20 del Código Penal portugués; parágrafo 20 del Código Penal alemán; artículo 10 del Código Penal suizo, etc.

La fórmula mixta tiene ciertas ventajas respecto de las otras fórmulas: frente a la biológica, la mixta requiere que la relevancia de la anomalía o alteración psíquica del sujeto sea constatada también en relación con el hecho concreto; y frente a la psicológica, la mixta tiene en cuenta las perturbaciones psíquicas recogidas en el Código Penal, que son susceptibles de ser investigadas por la Psiquiatría y Psicología, y por ello cumple más satisfactoriamente con las exigencias de seguridad jurídica.

La anomalía psíquica, relevante para el Derecho Penal, se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionados, psicosis infecciosas y otras.

No obstante, para Villa Stein, el término "anomalía" que usa, por ejemplo el Código Penal peruano en su artículo 20, es incorrecto, pues debido a criterios estadísticos y teleológicos comprendería muchas más conductas de las que se puede referir el numeral del

código⁵⁷. Además, no todas las enfermedades mentales son compatibles con la idea de la imputabilidad, sino solo aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivos, afectivo y conativo⁵⁸.

Sobre esto, Quintero afirma que: "lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta de acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptables por los demás"⁵⁹. Para Bustos se trata de un trastorno mental permanente o enajenación que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales⁶⁰.

Pero esto es insuficiente para determinar la inimputabilidad. La anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía le impida comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales), o determinar su conducta de acuerdo a dicho conocimiento⁶¹.

Y frente a ello, consideramos que son las psicosis el tipo de anomalía psíquica por excelencia que genera en la persona la calidad de inimputable.

En efecto, las psicosis producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas y pueden ser endógenas, que provienen de

⁵⁷ VILLA STEIN, Javier, "*Derecho Penal. Parte General*" 1° Ed. Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 369.

⁵⁸ Ídem. pág. 371.

⁵⁹ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., pág. 535.

⁶⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan J. "*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*". Editorial Ariel S.A. 2° Ed. Barcelona 1991., pág. 259.

⁶¹ Para GARCÍA CAVERO, no poseen la capacidad de comprender la vinculatoriedad del orden jurídico-penal. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pág. 693.

factores constitucionales, entre ellas están las esquizofrenias, la demencia maniáco-depresiva, etc.; o exógenas, que pueden ser psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), psicosis por infección (parálisis progresiva), epilepsia, arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc.⁶².

Precisamente, el uso de la expresión **anomalía psíquica** en el Código Penal peruano permite la eximente tanto para enfermedades mentales u otras perturbaciones psíquicas graves (alteraciones psíquicas) como las oligofrenias graves (anomalía psíquica)⁶³.

Por otro lado, hay discusión sobre la psicopatía, como causal de inimputabilidad. Sin embargo, la psicopatía -también denominada personalidad anormal- presenta, en la persona que la padece, una grave distorsión en la actividad afectiva y que repercute en su esfera intelectual, impidiendo la capacidad de vivenciar la existencia ajena como persona y en consecuencia también la suya.

Como síntesis de esta caracterización, el psicópata no puede internalizar valores ni castigos, por lo cual es absurdo que el Derecho Penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho. Si se relaciona este cuadro patológico con las advertencias que se han formulado, se verá que la consideración jurídico-penal de la psicopatía como causa de inimputabilidad penal responde al reconocimiento del concepto moderno de enfermedad mental y la superación del antiguo concepto positivista⁶⁴.

b) Grave alteración de la conciencia.

La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros.

⁶² ROXIN, Claus, "*Tratado (...)*". Ob. cit., pág. 827.

⁶³ MIR PUG, Santiago. Ob. cit., pág. 563.

⁶⁴ ZAFARONI, Eugenio Raúl et ál. Ob. cit. Pág. 678.

Sumamente crítico sobre la utilidad de esta figura es Quintero, quien señala lo siguiente: "(...) *la presencia del trastorno mental transitorio obedecía al deseo de ampliar el ámbito de la eximente, en la convicción de que faltando esa expresa mención sería difícil dar cabida a los episodios de locura pasajera, pues se partía de un concepto de enajenación, semánticamente cargado de la idea de permanencia. Actualmente nadie cree en la existencia de tales enfermedades temporales, sino en las enfermedades permanentes que se manifiestan solo a veces. En todo caso, no obstante, no resulta especialmente perturbadora la expresa referencia al trastorno mental transitorio*⁶⁵.

Dicho lo anterior, la mayor parte de la doctrina, no comparte la teoría de Quintero, puesto que, aun hasta el más profano parte de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, pero que, en circunstancias particulares lo perturba, impidiéndose así darse cuenta lo que está haciendo en el momento en que actúa: una perturbación de su conciencia.

Así, en la grave alteración o perturbación de la conciencia, las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas.

Estas causas de grave alteración de la conciencia carecen de un fondo patológico, ejemplo: agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados post-hipnóticos y determinados estados pasionales o afectivos. En todo caso, estos trastornos deben ser profundos eliminándose aquellos que se mantienen aún dentro de lo normal. Como indica Jakobs, el trastorno de la conciencia puede ser un trastorno psíquico patológico (delirio febril; embriaguez). El concepto tiene significación propia para los trastornos psicológicamente normales de la conciencia, como los estados crepusculares en el agotamiento extremo, los estados post-

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., pág. 538.

hipnóticos, la alteración propia de los estados pasionales⁶⁶. La alteración es, pues, una desorientación, que no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde, sino el discernimiento.

En principio, cabe aclarar que la inconsciencia no afecta a la culpabilidad, sino a la propia capacidad de acción del hombre; una persona en estado de inconsciencia bien podrá llevar a cabo un movimiento corporal o permanecer en quietud corporal, pero tales comportamientos, debido a la voluntad faltante, no constituyen ni acciones ni omisiones. Las cuestiones acerca del grado en que el sueño, la hipnosis o la embriaguez generan inconsciencia y el grado en que ellos deban constituir simples trastornos, en el sentido de excluyente de culpabilidad, son cuestiones límite y, en consecuencia, constituyen fuentes de aguda controversia.

En efecto, la psicopatía también debería ser considerada como causal de inimputabilidad, puesto que se trata de variaciones de la personalidad en sentido negativo, en las que el afectado padece la anormalidad, o la sociedad al afectado. Como características de la variación se citan: la pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad, la labilidad psíquica, etc.

Sin embargo, no todo trastorno de la conciencia constituye una base biológica, sino solo la profunda, es decir, aquella de tanta intensidad que la estructura psíquica del afectado quede destruida.

Así, por ejemplo, *los estados pasionales intensos*, los cuales si bien presentan problemas específicos aún no esclarecidos, el Derecho Penal acepta la posibilidad de inimputabilidad.

Asimismo, se tiene a la *embriaguez*. Aquí lo que excluye la imputabilidad no es que el sujeto esté ebrio en el momento del hecho,

⁶⁶ JAKOBS, Gunther, "Derecho Penal (...)", Ob. cit., pág. 638.

sino que el alcohol condujo al agente a un estado grave de alteración de la conciencia, que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender. Pero a veces esta alteración de la conciencia puede ser provocada, dándose lugar a la imputabilidad por una *adió libera in causa*. Esta figura se presenta en el supuesto del sujeto que busca, contempla la posibilidad y acepta, de colocarse en un estado de inimputabilidad para así delinquir y luego invocar inimputabilidad. El fundamento de la punición del *actio libera in causa* radica en el abuso del derecho al ejercicio de libertad individual, ya que la conducta deliberada del sujeto ha generado el condicionamiento (situación de inimputabilidad por ebriedad).

Además, se tiene la situación del *abuso y la adicción*, la cual, se encuentra situado entre las personalidades psicopáticas, por una parte, y los desarrollos psíquicos anormales, por otra, y aún hay, finalmente, en ese terreno, un puente especial que conduce a las enfermedades psíquicas. La peculiaridad de la adicción frente a los demás estados condicionados psicopático reside en que a las reacciones y propensiones psíquicas anormales se añade un tóxico, que puede conducir por su parte a psicosis fundamentadas somáticamente y a alteraciones de la personalidad condicionadas orgánico - cerebralmente. En la medida que la adicción, como trastorno psico-somático no anule la imputabilidad, la exculpación por inexigibilidad depende de si el adicto se puede remitir, en cuanto a la génesis de su acción, a circunstancias de las que no es responsable.

c) Minoría de edad

Los códigos penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad. La tendencia es tomar en cuenta los dieciocho años de edad.

En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *iuris et de jure* de que aún no

han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. Por este motivo es que no se les impone ninguna sanción prevista en el Código Penal, esto es: pena o medida de seguridad.

La consideración de la minoría de edad como causa de inimputabilidad reside precisamente en la consideración de que las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por lo tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad.

d) Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar.

El conocimiento de la antijuridicidad no es contenido del dolo, sino de la culpabilidad. Después de comprobar la imputabilidad del sujeto activo, debemos buscar las condiciones para emitir el juicio definitivo en torno a la culpabilidad del agente.

Al respecto, la doctrina precisa la presencia de cuatro situaciones distintas en cuanto al conocimiento del sujeto⁶⁷. Por un lado, el sujeto puede actuar con conocimiento pleno y actual de la antijuridicidad de su conducta. En estos casos, el sujeto actúa con plena culpabilidad, es decir, sin que se produzca ninguna clase de error.

Otra situación es la que Welzel denominó *conocimiento inactual pero actualizable del sujeto*: el sujeto sabe sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piense actualmente en ellas. Estos casos reconocidos por Welzel

⁶⁷ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. La Ley, Madrid, 2007, pág. 155.

como conocimiento inactual son en su mayoría incluidos por la doctrina moderna dentro del concepto de co-consciencia. Esto es, para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso pensar expresamente en dicha antijuridicidad. Al contrario, basta un saber implícito, actualizable sin dificultad, para que exista auténtico conocimiento de la antijuridicidad. Desde este punto de vista, se trataría de una situación de co-consciencia, pero consciencia a fin de cuentas, puesto que en la mayoría de las situaciones a la conciencia de los actos, acompaña una valoración que los mismos merecen.

Ahora bien, basta el nivel anteriormente citado para que se configure el segundo elemento de la culpabilidad. Sin embargo, el mismo puede ser excluido a través del error de prohibición.

Al respecto, Luzón Peña⁶⁸ precisa que el error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundamentales o presupuestos de la prohibición; sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento y por lo tanto no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta.

Los conceptos de conocimiento potencial de la antijuridicidad y el error de prohibición son excluyentes entre sí. Es decir, el error de prohibición se dará cuando en el momento de su actuación al sujeto le falte el conocimiento de la antijuridicidad, bien por tener una representación positiva de la ilicitud de la conducta, bien por no tener ninguna representación.

Como se puede apreciar, el error de prohibición descansa en el error, o ignorancia en torno a la ilicitud de determinada conducta, ya sea por razones religiosas, culturales o étnicas. Ello, permite diferenciarlo con el error de tipo, donde, en este último, la equivocación reside en uno de los elementos del tipo objetivo, por

⁶⁸ LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2da Edición, Universitas, Madrid, 1999, pág. 465.

ejemplo, el llevarse el abrigo de alguien, pensando que es el de uno.

Ahora bien, el error de prohibición puede ser invencible o inevitable, cuando aun empleando la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto y tiene como efecto eliminar la culpabilidad. Es aquí cuando el error de prohibición se erige en una causa de inculpabilidad, pues resulta inexigible la comprensión de la antijuridicidad.

Finalmente, el error de prohibición puede ser vencible, o sea, cuando no hubiera existido el error si el sujeto hubiera empleado la debida diligencia; el juicio de culpabilidad sigue existiendo porque el autor tuvo la posibilidad de superar el error, aunque el castigo penal se vea atenuado o disminuido.

1.4.2. Exigibilidad.

Se vincula con la exigencia al sujeto de actuar de diferente forma a como se comportó, a fin de que su conducta coincida con las exigencias del ordenamiento jurídico y de esa manera no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos.

A través de este elemento se aprecia la eficacia de los fines preventivos de la pena, es decir, que ante una persona que presenta un déficit de respeto -o como diría Jakobs, de fidelidad al Derecho- se ve justificada la necesidad de aplicarle una sanción penal, con fines de prevención tanto general, como especial.

Sin embargo, en doctrina más se han analizado las causales que excluyen a tal elemento, las cuales son agrupadas dentro de las **causales de inexigibilidad**. El fundamento de estas es la deformación en el contenido de la voluntad que experimentó el sujeto activo. No es un tema de comportamiento, porque el sujeto cuenta con voluntad de actuar.

En efecto, en todos los casos de no exigibilidad el sujeto quiere o, por lo menos, acepta ejecutar la conducta típica, a conciencia, incluso de su antijuridicidad, pero esta voluntad de realización se ha formado en él defectuosamente como consecuencia de la presión ejercida sobre sus motivaciones por las circunstancias concomitantes que, sin suprimirla de todo, han limitado, sin embargo, considerablemente su libertad.

Así, la doctrina reconoce dos escenarios de inexigibilidad, los cuales son:

a) Estado de necesidad exculpante

Si recordamos lo indicado en líneas anteriores en cuanto a la antijuridicidad, la concurrencia del estado de necesidad justificante presupone que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar. La cuestión que inmediatamente surge es: ¿qué ocurre cuando, dándose el resto de las exigencias del estado de necesidad, el mal causado es igual, o incluso mayor, que el que se trata de evitar? ¿Qué ocurre con aquella persona que mata para salvar su vida?

No pudiéndose considerar tales acciones justificadas, y calificándolas, por lo tanto, como conductas típicas y antijurídicas, lo cierto es que en la realización de las mismas nos hallamos ante una situación de conflicto entre bienes jurídicos, y que por lo tanto no pueden recibir la misma respuesta penal que en los casos en los que tal conflicto no existe. Para dar respuesta a esta cuestión, la doctrina ha venido elaborando la exención de pena, en muy determinadas circunstancias, bajo la figura del estado de necesidad exculpante.

Para la mayoría de las doctrinas, el fundamento de la exención radica en que la pena no resulta necesaria en este grupo de casos, porque ante la situación de peligro de bienes jurídicos propios o de personas cercanas tan relevantes -vida, integridad física o libertad- la capacidad de motivación ante la norma se dificulta en gran manera; por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el Derecho.

Como requisitos para su aplicación, se predica que el peligro que amenace a los bienes jurídicos sea inmediato y grave, y que no sea evitable de otro modo, y que no haya sido provocada por el autor, o que esté dirigido hacia él el peligro, no tenga obligación especial de sacrificio.

b) Miedo insuperable

Esta figura es una causa de inexigibilidad, donde el foco de la valoración no se proyecta sobre los efectos anímicos o psicológicos que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se haya sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un ciudadano medio, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo.

1.5. TENTATIVA O CONSUMACIÓN

Si bien es cierto, que con el juicio de culpabilidad damos por cerrado las notas constitutivas de un hecho punible; también es cierto que, tanto en el Derecho positivo como en doctrina y jurisprudencia, se manejan otras categorías normativas, que guardan relación con el ilícito penal; nos estamos refiriendo, por ejemplo, a los grados de realización o ejecución de un hecho punible.

Así tenemos, en primer lugar, a los actos preparatorios, estos son aquellos en que el autor elige los medios, con la finalidad de estar en condiciones de realizar la consumación.

En lo que respecta a la tentativa, esta consiste (siguiendo a Roxin), en una puesta en peligro cercana al tipo o infracción cercana al tipo de la norma; al respecto, el mencionado autor comenta lo siguiente: "*El fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente a partir de una*

*infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo*⁶⁹; de la citada opinión, compartimos la presencia de fines preventivos en la tentativa (de esta manera se fundamentaría casos como tentativa inidónea, el desistimiento, entre otros); sin embargo, discrepamos con el autor, al basar también la tentativa en la "conmoción", debido que, esta conmoción (teoría de la impresión: la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor) es de orden fáctico o psicológico-social, el cual varía según el tipo de sujetos (algunos se conmoverán por la tentativa del autor y otros no, incluso está sujeta al grado de conocimiento o ilustración de las personas, ejemplo: algunos creen en la superstición -se impresionan- y otros no, sin embargo, es impune la tentativa supersticiosa o irreal). Al respecto, Jakobs comenta lo siguiente: "*La sede del problema de la tentativa no es la "conmoción" "psicológico-social" de "generalidad" alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo*"⁷⁰. En suma, la punición de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro dolosa cercana al tipo (inmediatez temporal)⁷¹.

Ahora bien, se debe de recordar que la tentativa dolosa es la punible, y la misma se advierte cuando el sujeto activo, intencionalmente, empieza a realizar aquellas conductas mencionadas por el verbo rector del respectivo tipo penal y, tomándole en cuenta, su plan delictivo.

Por otro lado, el siguiente nivel es la consumación, esto es, cuando en el hecho se dan todas las características del tipo, tanto objetivas como subjetivas. La consumación está determinada, entonces, por el tipo penal, siendo el bien jurídico que pretende amparar un dato decisivo.

Asimismo, se distingue entre delito consumado y delito agotado; en el primero no es necesario que su realizador haya logrado los fines últimos que lo impulsaron a concretar el hecho; en cambio, en el segundo sí lo requiere. Cuando el ladrón se apodera de un bien, consume el delito de robo,

⁶⁹ ROXIN, Claus, "*Acerca del fundamento penal de la tentativa*". En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Idemsa, Lima, 1997, pág. 258.

⁷⁰ JAKOBS, Gunther, *Tratado de derecho (...)*. Ob. cit., pág. 863.

⁷¹ Sobre la inmediatez temporal, esta es una resultante de la teoría Objetivo-Individual de Welzel, la cual consiste en que la tentativa comienza con aquella actividad, la misma que, para el autor según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

pero no lo agota sino hasta cuando obtiene el lucro esperado, al reducir a dinero los efectos de delito, que fue precisamente lo que lo impulsó a delinquir.

El agotamiento aparece como algo que sucede con posterioridad a la consumación al producirse todas las consecuencias dañosas esperadas con el delito y a las cuales se orientaba la actividad del agente.

Ahora bien, en la mayoría de legislaciones la punibilidad ya se concreta con la consumación, no siendo necesario el agotamiento.

1.6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

El presente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pasa obviamente por el examen del Código Penal vigente. Y este examen debe hacerse desde una doble perspectiva: Primero, evaluando el sistema de las circunstancias, analizando principalmente su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal. Y segundo, debe hacerse también comprobando en qué medida las concretas circunstancias modificativas hoy existentes tienen sentido, tanto en sí mismas consideradas, como también en relación con el conjunto del sistema.

Aunque el estudio de las circunstancias modificativas se justifica por su propio interés intrínseco, no debe olvidarse que las mismas desempeñan un papel nuclear en el sistema jurídico de determinación de la pena, lo cual otorga a este, precisamente, una especificidad notable en relación a los otros modelos positivos de nuestro entorno cultural. Quizás por ello convenga recordar a Hassemer, quien decía que la determinación de la pena es desde hace tiempo un "muro de lamentaciones" de los penalistas. Y lo más lamentable -continúa señalando el citado autor- es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado, ni con mucho, un grado de precisión y transparencia similar al alcanzado por la dogmática de los presupuestos de la punibilidad. Es por ello por lo que la determinación de la pena sigue siendo todavía hoy

dominio de la "justicia real".

Ahora bien, las circunstancias modificativas son parte integrante del hecho, no obstante, la norma no le otorga igual valor que a los elementos principales o fundamentales del delito, es decir, a los que constituyen el presupuesto. Esto obedece a que la naturaleza de las citadas circunstancias es totalmente accidental ya que no incide en la sustancia de la infracción. Así tenemos: **los agravantes y atenuantes**.

Los agravantes son aquellos hechos que, uniéndose a los elementos materiales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor. Asimismo, la doctrina ha clasificado a los agravantes en objetivas y subjetivas. Así, son objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del daño producido por el ilícito o bien de la mayor facilidad de ejecución que supone una mayor desprotección del bien tutelado, independientemente de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. En cambio, se consideran subjetivas, aquellas que no están relacionadas directamente con el hecho cometido, sino que el autor se ve reprochado con mayor pena por situaciones relacionadas con su persona o con circunstancias de su vida anterior.

En ese sentido, se llama circunstancias agravantes objetivas a aquellas que se encuentran unidas a los elementos materiales de la infracción. Tal es el caso del robo cometido con pluralidad, nocturnidad o haciendo uso de armas.

Son subjetivas aquellas que se encuentran vinculadas a la culpabilidad del autor o que individualiza a quien comete la infracción (autor) o a quien le perjudica (víctima). Tal es el caso de la premeditación en el homicidio.

Por otro lado, encontramos también otra clasificación de los agravantes; es decir aquella que tipifica los agravantes especiales y generales. En ese sentido, son especiales aquellas que solamente recaen sobre determinados o algunos tipos penales, tal como la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge que determina el contenido material del parricidio. Por su parte, las

agravantes generales son aquellas que recaen sobre cualquier tipo penal, como ocurre con la reincidencia.

Asimismo, una tercera clasificación hecha por la doctrina a las circunstancias agravantes es la que las divide en legales y judiciales. Las agravantes legales son aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la ley; por su parte, las agravantes judiciales son aquellas que son impuestas por el juez al momento de juzgar el hecho. Sin embargo, en sistemas donde rige el principio de legalidad, en forma exclusiva y excluyente, no se permite las agravantes judiciales.

Finalmente, tenemos las atenuantes, cuya función es la disminución de la pena, y al igual que los agravantes, son calificados como objetivas y subjetivas, especiales y genéricas, así como legales y judiciales. En ese sentido, se deberá tomar en cuenta estos elementos accidentales, ya sea como parte, a fin de favorecer su caso con temas referidos al monto de la pena, o bien como juez, al tener, llegado el momento, la tarea de individualizar el tipo y *quantum* de la sanción penal.

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Introducción

La ley penal es en “*stricto sensu*” la única fuente directa del derecho penal, sólo ella aloja normas penales. Por ello, nos ha parecido oportuno detenernos a esbozar cómo se interpretan las leyes penales y a dejar constancia de cuáles son los criterios rectores en la materia.

Las normas penales están alojadas en leyes formuladas de forma muy genérica -el que matare a otro, el que atentare contra la libertad sexual de otra persona-, pensadas no para uno sino para una generalidad de casos: *para todos los que encajen en los hechos valorados en la norma*. Y para que las normas penales puedan ser aplicadas a casos concretos resulta imprescindible interpretar los textos legales que las contienen; esto es, descubrir el sentido objetivo de los mismos y su alcance. Sin hacerlo, mal se podrá saber si un suceso determinado es punible o no, si tiene cabida o no en un específico artículo del Código Penal. Y esta tarea interpretativa es necesaria siempre, aun cuando se trate de preceptos sumamente claros.

Un precepto claro es el que “castiga a quien mata a otro”. Sin embargo, pese a su claridad, da pie al planteamiento de muchas preguntas que no pueden ser respondidas sin una previa interpretación del artículo 106°, y sin conectarlo con otros preceptos del Código Penal, preguntas como las siguientes: ¿desde cuándo existe un otro y hasta cuándo se puede matar a otro? Y si se mata en legítima defensa ¿qué ocurre? ¿se castiga al que no mata pero ayuda a que otro mate?, etc. Todo ello sin contar con la necesidad de acudir a otras ramas del saber, como la medicina, la psicología forense, etc., para comprender determinados fenómenos o realidades.

Hay muchas clases de interpretación, que cabe esquematizar como en atención al autor, a los medios empleados y a los efectos que produce. Pero antes, resulta obligado decir, que toda interpretación realizada en una resolución judicial ha de satisfacer el canon de motivación y ha de ser congruente con el canon de razonabilidad argumental axiológicamente fundamentada. Pues lo contrario, significaría que una aplicación arbitraria e injusta de la ley, procedida, obviamente, por una interpretación arbitraria, puede constituir un delito de prevaricato.

2.1. VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

Como en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico, la aplicación del derecho es monopolio de las autoridades legalmente constituidas. En materia penal, hay que considerar no sólo a las autoridades jurisdiccionales (jueces, tribunales, representantes del Ministerio Público), sino también otras que, sin pertenecer al aparato judicial, toman decisiones sobre cuestiones de su competencia (autoridades encargadas de la ejecución de penas, por ejemplo). En sus decisiones sobre los casos *sub judice* deben apoyarse sobre una base legal, la cual, según el principio de legalidad, es la ley.

Si nos limitamos al caso del juez, hay que señalar que para absolver o condenar deberá invocar una disposición legal. En el periodo en que dicho principio fue estatuido en los ordenamientos legales, la relación entre la autoridad jurisdiccional y la leyera percibida como su sumisión estricta a las disposiciones legales. Así, se estimó que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor"⁷².

Así, se aplicaba de manera rígida el principio de la separación de los poderes legislativo y judicial. Los jueces no debían dictar leyes y los legisladores no debían intervenir en los procesos judiciales. La sumisión estricta de los jueces a lo establecido en las leyes implicaba, según el criterio predominante entonces, la restricción y hasta la prohibición de la interpretación de la ley. Así, Montesquieu sostiene que "en los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano"⁷³. En esta misma perspectiva, Beccaria afirma que en efecto, "en el caso de un delito, hay dos partes: el soberano que

⁷² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. "Del espíritu de las leyes", traducido por Mercedes Blásquez, y Pedro Vega, Introducción de Enrique Tierno Galván. Madrid 1987. Citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor en "Manual de derecho penal. Parte general". T. I. 4ta Ed. Lima 2011, p. 183.

⁷³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 183.

señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe sólo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con 'aplicada'. En esta forma, la aplicación sólo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes oscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún más grande 'si las leyes no son redactadas en lenguaje popular'⁷⁴.

En nuestro país, con el reconocimiento de la pluralidad cultural, por ejemplo, se debe dejar de considerar el derecho, por tanto, la ley como la expresión de una cultura hegemónica sino como la conjunción y cohabitación de diversos principios y valores. En consecuencia, la vinculación del juez a la ley pasa por la toma en consideración estricta de la constitucionalidad de las disposiciones.

El modo de percibir dicha vinculación se flexibilizó debido a los cambios substanciales en la manera de concebir el derecho y su aplicación. Muchas de estas modificaciones concernieron al principio de legalidad. Así, por ejemplo, se eliminaron las penas tasadas, señalándose un *mínimum* y un *máximum* dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. También, se restringió, en la redacción de la ley, el uso de fórmulas casuísticas prefiriéndose emplear términos que, luego, fueron denominados "elementos normativos", que admiten un amplio margen de apreciación.

Sobre la base del reconocimiento de estas circunstancias, se admite de manera amplia que la actividad judicial implica de modo fundamental la interpretación de las disposiciones legales, así como la de los hechos a los cuales es aplicada. Esto permite afirmar que el derecho es una práctica

⁷⁴ BECCARIA, Cesare. "Tratado de los delitos y de las penas". Ed. Latinoamericana. Estudio Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. 2da. Ed. México 1994. p. 56.

social compleja que consiste esencialmente en interpretar"⁷⁵.

La vinculación del juez a la ley penal existe también entre esta y toda persona que la aplica. Los juristas, al analizar un caso determinado, también beben partir de lo establecido en las disposiciones penales. Por lo tanto, su labor es similar a la que practican los jueces; pero a diferencia de los juristas, los primeros están condicionados por la obligación de resolver el caso concreto y por el contexto funcional en el que actúan. En esta labor, tanto jueces como juristas deben concretar los hechos, es decir, determinar cuáles son los relevantes para el derecho mediante la reconstrucción o interpretación de los mismos; escoger las disposiciones legales que consideran les son aplicables e interpretados para juzgar el caso concreto⁷⁶.

2.2. EL DERECHO COMO LENGUAJE

El derecho penal moderno, de acuerdo con el principio de legalidad, es sobre todo lenguaje escrito. En realidad, la existencia de las reglas depende del lenguaje⁷⁷, El derecho, por tanto, "tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesto por el postulado de la alteridad"⁷⁸. Para comprender en qué consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje. Al respecto, hay que distinguir entre el lenguaje en el que están expresadas las normas y el de los juristas acerca del derecho.

Si bien no todas las normas jurídicas tienen la función de prescribir, hay que destacar que una de las características primarias del derecho "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella; se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. "El sentido del derecho". Barcelona 2001. Pág. 267.

⁷⁶ CAPELLA, Juan Ramón. "Elementos del análisis Jurídico". Barcelona 1999. p. 130.

⁷⁷ MORESO, Juan José. "Lenguaje Jurídico". En Ernesto Garzón Valdés, y Francisco Laporta. "El derecho y justicia". Madrid 1996. p. 105.

⁷⁸ CAPELLA, Juan Ramón. "El derecho como lenguaje. Un análisis lógico". Barcelona 1968. p. 28.

entiendan que ellas les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas"⁷⁹. La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta -"mediante formas generales explícitas"- es posible gracias al lenguaje.

En el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, la disposición legal debe ser una fórmula lingüística escrita, accesible a todos. Por la técnica legislativa empleada, las leyes con las que se incriminan comportamientos parecen dirigirse, en primer lugar, a las autoridades que las aplican. Así, según el artículo 106, la autoridad competente deberá sancionar con una pena privativa de la libertad a quien mate intencionalmente a una persona. Sin embargo, estas normas se dirigen también a la generalidad de los miembros de la comunidad, con la pretensión de regular sus conductas⁸⁰. Mediante el artículo 106, se prohíbe matar a una persona y, por tanto, se ordena abstenerse de realizar tal comportamiento.

2.3. NOCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación consiste en la atribución de significado a las fórmulas lingüísticas, denominadas proposiciones o disposiciones jurídicas⁸¹. Este es uno de los diversos sentidos con que se utiliza el término interpretación. Sus variados sentidos deben ser tomados en cuenta, pues, "no es lo mismo interpretar los aspectos de hecho de una situación que se desea encarar jurídicamente, que escoger y aplicar los preceptos normativos, jurídicos u otros (...)"⁸². Además, se le emplea tanto para referirse a la actividad interpretativa como al resultado obtenido mediante esta. Este es el significado atribuido a la disposición legal (objeto interpretado)⁸³.

Como el punto de partida de la interpretación es la disposición a interpretar y su conclusión es la adscripción de un sentido a dicha disposición, la interpretación "supone una relación entre el texto previo, un sujeto (el

⁷⁹ HART, Herbert. "El concepto del derecho". Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires 1963. p. 49.

⁸⁰ HART, Herbert. *Ob. Cit.* p. 49.

⁸¹ LARENZ, Karl. "Metodología de la ciencia del derecho", traducido por Enrique Gimbernat, 2da ed. Barcelona 1966. Traducción de la 4ta ed. alemana por Rodríguez Molinero, Barcelona 1980. p. 246.

⁸² VERNENGO, Roberto J. "Interpretación del derecho". En Ernesto Garzón Valdés, y Francisco Laporta. "El derecho y justicia". Madrid 1996. p. 240.

⁸³ TABELLO, Giovanni. "*L'interpretazione della legge*". Milán 1980, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 186.

intérprete) y un nuevo texto"⁸⁴, el cual busca explicitar el sentido del texto original.

Una característica específica de la interpretación jurídica es el hecho de que el intérprete no sólo traduce (renovación semántica del lenguaje normativo), sino que también actúa aplicando las disposiciones en el sentido que les atribuye al interpretarlas⁸⁵.

De acuerdo con estas consideraciones, parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, adscribe un sentido a la disposición legal aplicable. Esta noción se aleja de aquellas que conciben la interpretación como consistiendo en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos posibles de las palabras ha sido empleado por el legislador. Es decir que "sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero, este acto de interpretación permanece, asimismo, enteramente ligado al sentido del texto"⁸⁶.

2.4. NECESIDAD DE INTERPRETAR

A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones, se tuvo la convicción de que el derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. De modo que se consideró que la labor de interpretar debía estar plenamente sometida a la legislación. De acuerdo con un criterio absolutista, se afirmó que no era indispensable interpretar la ley y que había que respetar de manera estricta su sentido literal o, en caso de dudas, remitirse a la denominada "interpretación auténtica" a cargo de la autoridad competente (en primer lugar, el soberano o el Parlamento).

Así, por ejemplo, en Francia, mediante el Decreto Orgánico del 16 de

⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *Ob. Cit.* p. 268; VERNENGO, Roberto J. *Ob. Cit.* p. 240.

⁸⁵ FROSINI, Vittorio. "Teoría de la interpretación jurídica". Bogotá 1989, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, T. I. *Ob. Cit.* p. 187.

⁸⁶ VIOLA, Francesco. "*Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giurídica*", en RIFD, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor en "Manual de derecho penal. Parte general". T. I. *Ob. Cit.* p. 188.

agosto de 1790, se prohibió a los jueces interpretar de "modo general" las leyes y se les ordenó dirigirse al Parlamento cuando consideraran indispensable que una ley debía ser interpretada. Asimismo, luego de la promulgación del CP de Baviera (1813), se prohibió comentar sus disposiciones⁸⁷. Esta clase de prohibiciones tenía su origen en la idea de que el juez estaba vinculado de manera estricta al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

Bajo esa misma finalidad, era inútil la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. El sentido del texto es el sentido comprendido *prima facie* y, en consecuencia, en estos casos, es posible prescindir de la labor interpretativa (*in claris non fit interpretatio*). Este es el criterio que está íntimamente relacionado con la idea de que las leyes deben ser redactadas de manera clara, precisa y bastante amplia para comprender todos los casos de manera que, según el principio de legalidad, cada miembro de la sociedad disponga de una descripción verbal que pueda usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cuándo es oportuno hacer algo.

Sin embargo, la imprecisión del lenguaje hace inadmisibles estas concepciones. Afirmar que el texto es claro, "implica siempre una interpretación al menos implícita"; es decir, supone que ya ha sido comprendido en un sentido dado y que este ha sido reconocido como el "verdadero". La interpretación no puede ser entendida como la simple comprensión literal del texto, dado que toda intelección literal implica una previa que debe ser confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado.

Así, a pesar de que el derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, "en los casos concretos articulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje"; es decir, siempre es posible representarse un objeto respecto al cual carecemos de criterios para

⁸⁷ RECANSES SICHES, Luis. "Introducción al estudio del derecho". 7ma. Ed. México 1985, p. 181. SOLER, Sebastián. "Interpretación de la ley". Barcelona 1962. p. 9.

determinar si es comprendido por la referencia de la expresión en cuestión. Tomando conciencia de este hecho, hay que recordar, según Hart, que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho"⁸⁸.

Los métodos y argumentos interpretativos son, de modo predominante, fruto de momentos histórico-culturales particulares. Además, la vaguedad de las palabras está en relación a si, de acuerdo con el contexto de comprensión y aplicación de la norma, un aspecto de la realidad considerada está o no comprendido en la referencia de la expresión lingüística. Por eso resulta indispensable tener en cuenta dicha vaguedad.

Por tanto, la expresión gana en precisión cuando se determina el contexto. El término infanticidio, en una conversación entre legos, hace referencia al hecho de matar a un niño (un infante).

Por el contrario, en nuestro discurso jurídico penal significa que la madre mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal (art. 110). La expresión menor de edad, en el lenguaje común, es empleada, muchas veces, para dar a entender que una persona tiene menos edad que otra. En el contexto del derecho, en general, y del derecho penal en particular, puede ser comprendida de diferentes maneras. Por ejemplo, menor que no posee capacidad penal (art. 20, inc. 2), menor víctima de delitos sexuales (art. 173), menor incapaz de consentir. Con referencia al delito de bigamia el término "matrimonio" (art. 139), puede comprenderse como referencia tanto al matrimonio civil como al religioso o a uno sólo de estos (en el contexto penal, el definido por el derecho civil).

Las dudas respecto al sentido de una palabra pueden surgir cuando es utilizada dos veces en la misma disposición; caso en el que cabe preguntarse si tiene igual significación. Por ejemplo, en el primer párrafo del artículo 427° del Código Penal se establece: "El que hace, (...) un

⁸⁸ HART, Herbert. *Ob. Cit.* p. 159; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. "Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica". Barcelona 1989. p. 38; CARRIÓ, Genaro. "Notas sobre derecho y lenguaje". Buenos Aires 1976. p. 31; ATIENZA, Manuel. "Introducción al derecho". Barcelona 1985. p. 13.

documento falso o adultera uno verdadero" y en el segundo párrafo, se expresa: "El que hace uso de un documento falso o falsificado". El término falso puede significar lo mismo y, por tanto, la palabra "falsificado" hay que comprenderla en el sentido de documento adulterado, al que hace referencia la segunda alternativa indicada en el pf. 1 o, por el contrario, habría que considerar que ha sido empleado con significados diferentes y que es indispensable precisar.

Hay que tener en cuenta que el intérprete, actualmente, está bastante condicionado por el contexto cultural plural y por una situación social en constante evolución. Situación que difiere mucho de aquella más homogénea, cultural y socialmente, en la que el derecho era, en esencia, concebido como un conjunto de reglas y se estimaba, ideológicamente, resuelto el dilema de los valores fundamentales⁸⁹.

2.5. METAS DE LA INTERPRETACIÓN

2.5.1. Concepción subjetiva

La concepción subjetiva, también llamada "tesis de la intención de la autoridad" se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, este no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. Así, se considera que el fin de la interpretación es determinar la voluntad del legislador histórico que elaboró la ley, tal como los trabajos preparatorios y los propiamente legislativos pueden revelada más allá del texto; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que este quiso comunicar"⁹⁰. De esta manera, el juez, por ejemplo, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Se suponía así que la ley contenía la solución, la cual debía ser descubierta mediante la interpretación.

Para comprender la concepción subjetiva hay que considerar que la

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil". Madrid 1995, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 194.

⁹⁰ ROSS, Alf. "Sobre el derecho y la justicia", traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires 1970. p. 117.

elaboración deliberada de la legislación está dirigida por la intención de expresar un precepto de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Esta intención del órgano estatal competente para legislar debe reflejarse en el trabajo del intérprete dirigido a determinar el sentido de las disposiciones legales. De esta manera, tanto su labor como los resultados que obtenga serán legitimados, aun cuando el sentido que dé a las disposiciones interpretadas no sólo esté fundamentado en la intención del legislador. Sin embargo, esta "tesis de la intención de la autoridad" es objeto de críticas que deben tenerse en cuenta, para precisar el papel que juega en la interpretación.

El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador⁹¹. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real, la cual debe ser determinada como contenido de la ley. Si esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un órgano colegiado (Parlamento). Sus miembros tienen en realidad múltiples intenciones, orientadas a producir efectos diversos en el ámbito social. Sin duda la determinación de la intención del legislador histórico es importante para la legitimación de la legislación⁹² y para el esclarecimiento del mensaje legislativo, pero su búsqueda constituye un procedimiento que sirve, con frecuencia, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando -para lograr su aceptación la autoridad del legislador.

⁹¹ RAZ, Joseph. "La intención en la interpretación", en *Doxa* N° 20. p. 213.

⁹² RAZ, Joseph. *Ob. Cit.* p. 213.

2.5.2. Concepción objetiva

En la actualidad, la gran mayoría admite que el proceso interpretativo no siempre concluye en una sola solución. El resultado no es preciso, ni exento de ambigüedad. Determinar cuál de los posibles sentidos es el resultado "correcto" es un acto de apreciación valorativa, que está marcado por la manera cómo se determine la meta del conocimiento.

Para tener en cuenta las exigencias planteadas por los casos concretos, que no son los mismos que los que el legislador tuvo en consideración al dictar la ley, se dejó de pensar en el legislador histórico y se imaginó un legislador abstracto que la dictaba en el momento en que debía ser aplicada. Así, se atribuyó a la ley una autonomía y se consideró que la meta de la interpretación era la determinación de "su voluntad", de su sentido razonable, normativo⁹³.

Los sostenedores de la concepción objetiva afirman que la ley, una vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le diera el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. Así, se va adaptando la ley a las nuevas situaciones.

2.5.3. Criterio Mixto

Fuera de que, debido al carácter práctico del derecho, hay que considerar, de manera necesaria, los casos concretos y responder a sus exigencias actuales, la separación radical de las concepciones subjetiva y objetiva es artificiosa. El intérprete no puede indagar sobre los diversos sentidos posibles del texto legal, sin plantearse la cuestión de cuál de estos corresponde mejor al caso concreto; salvo que lleve a cabo una interpretación especulativa o teórica. También es engañosa en la medida en que se basa en la separación ficticia de la

⁹³ LARENZ, Karl. *Ob. Cit.* p. 250; y ROSS, Alf. *Ob. Cit.* p. 117, señalan: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un objetivo".

voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del "mundo interno" del "legislador". Para conocerla se tiene que recurrir a las palabras que constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado.

Para entender mejor esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una "comprensión previa del texto (pre-comprensión), que supone el conocimiento -entre otros factores- de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y políticas que han condicionado el nacimiento" del texto en cuestión⁹⁴. Lo que permite poner en evidencia la manera de como la idea del legislador se impone "según la situación concreta", en la que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por su situación.

En la medida en que se reconocen las leyes positivas como fuente del derecho, la intención del legislador debe ser tomada en consideración para adscribir un sentido a las disposiciones legales⁹⁵. Sin embargo, este proceso está condicionado por los criterios de interpretación reconocidos. Además, la intención del legislador no es el único factor orientador de la actividad del intérprete y tampoco basta para legitimar el resultado de la interpretación.

No existe, en consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objetiva. Si se prefiere seguir hablando de teorías subjetiva y objetiva, debe cambiarse el criterio de clasificación. Este consiste en considerar a qué elementos recurre el intérprete para determinar el sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hecho, ligadas a la estructuración de la

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und methode*. 3era Ed. Tübingen 1972, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 197.

⁹⁵ RAZ, Joseph. *Ob. Cit.* p. 199.

expresión y a su adecuación, diremos que la interpretación es concebida de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva⁹⁶.

2.6. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

En la doctrina penal nacional, las opiniones no son muy claras. Así, por ejemplo, se sostiene que "se trata de captar a través del conocimiento el exacto sentido de la ley, su verdadera voluntad, es decir la voluntad que late autónomamente dentro de la ley. No se busca la voluntad del legislador sino de la ley, que es cosa distinta"⁹⁷. De las sentencias publicadas no se puede deducir una concepción coherente y con cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos los jueces recurren de manera indiscriminada y diversa a los diferentes criterios. Si bien la tendencia predominante es la de interpretar literalmente el texto legal, algunas veces se alude a la "voluntad del legislador" o la "voluntad de la ley". El ejemplo que damos al presentar los criterios interpretativos muestra esta confusión en la manera de concebir la comprensión y la aplicación de la ley.

Por ejemplo, en una antigua ejecutoria referente a la bigamia, se pronunció sobre el problema de saber si en el artículo 214 del Código derogado (artículo 139° del Código vigente del Código Penal) la palabra matrimonio se refería tanto al civil como al religioso. Se sostuvo que *"aun cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos"*⁹⁸. Sin

⁹⁶ ROSS, Alf. *Ob. Cit.* p. 118.

⁹⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general". 2da Ed. Lima 1995. p. 207.

⁹⁸ Ejecutoria Suprema del 08 de junio de 1940, en Anuario Judicial 1940. Pág. 59.

embargo, ha predominado el criterio restrictivo, que sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil. En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa en particular del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley.

2.7. CLASES DE INTERPRETACIÓN

En doctrina, se mencionan diversos métodos o argumentos interpretativos. Estos están concebidos, comúnmente, como procedimientos o técnicas utilizados para atribuir a los textos legales un significado. Desde otra perspectiva, se puede decir, asimismo, que justifican la atribución de un sentido a un texto legal. Son admitidos de manera amplia por los juristas, aun cuando no estén siempre de acuerdo sobre su índole y el papel que desempeñan. A veces, han sido regulados en la ley por considerarse que era conveniente orientar a los jueces sobre la manera de determinar el sentido de las normas. Sin embargo, aún en estos casos, no se trata de directivas a las que debe someterse automáticamente el juez o el intérprete en general. La regulación legislativa de algunos de estos métodos ha tenido, asimismo, la finalidad de darles la prioridad respecto a los demás. Esto está condicionado por las concepciones que se adopten sobre el derecho y la interpretación; por ejemplo, el considerar como prioritario el recurso al método literal suponía reforzar la posición de la autoridad de quien dicta las leyes y limitar fuertemente la facultad discrecional del órgano jurisdiccional.

La búsqueda del sentido de la norma que se interpreta no está, en consecuencia, determinada por el método. Por el contrario, este depende de lo que se quiera encontrar; en otras palabras, el método está en función de lo que se indaga⁹⁹. La diversidad de los objetivos con que se interpreta hace que nuestro sistema se caracterice por la pluralidad de métodos.

Debido a que se considera, cada vez de manera más amplia, que la interpretación no es un mecanismo con el que se descubre el verdadero y único sentido de la norma, se va imponiendo el criterio de percibir dichos

⁹⁹ CAPELLA, Juan Ramón (1999). p. 34.

métodos de interpretación, sobre todo, como elementos retóricos empleados por los jueces u otros intérpretes para desarrollar su argumentación de justificación del sentido que han otorgado a la disposición legal interpretada¹⁰⁰.

En derecho penal, todos los métodos de interpretación son aplicables. Sin embargo, a diferencia de los demás ámbitos jurídicos, deben utilizarse dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad. De acuerdo con la perspectiva adoptada para precisar la semántica de las normas legales¹⁰¹, se distinguen el método gramatical o lingüístico, el histórico, el sistemático o conceptual y el teleológico o político. Es oportuno advertir que la terminología utilizada para mencionados casos no es uniforme, y pueden variar según el fin didáctico y pedagógico. Dentro de aquellas tenemos las siguientes:

a) Por su origen

Según quien efectúa la interpretación, esta puede ser:

Auténtica

Es aquella que realiza el propio legislador en otra o en la misma ley, y es vinculante. Existen leyes, frecuentemente, sobre las cuales cabe dudar acerca del mensaje que quiso transmitir porque, se sospecha que no se eligieron adecuadamente, tanto las palabras como su ordenación sintáctica, por lo cual se debe dar una segunda ley interpretativa de la primera determinando su real contenido. Esto ha surgido debido a que se han presentado una serie de casos, en los el legislador ha emitido una ley con una voluntad totalmente diferente a la que se desprende de la ley. La ley interpretativa, también puede presentarse en las situaciones en las que se debe aclarar o establecer el significado de un determinado término, por ejemplo, el artículo 425º del Código Penal, en el cual se establece quienes son considerados

¹⁰⁰ VERNENGO, Roberto J. *Ob. Cit.* p. 254

¹⁰¹ CAPELLA, Juan Ramón (1999), p. 140.

funcionarios y servidores públicos, aunque ello no agota la labor interpretativa, ya que, surge la necesidad de interpretar la ley interpretativa.

La ley interpretativa es retroactiva, porque se limita a aclarar la voluntad contenida en la ley interpretada. Si en algún momento se aparta de las disposiciones pre-existentes, no será, propiamente, una ley interpretativa y, será obvio que no podrá retrotraer sus efectos más gravosos, en vista al quebrantamiento que sufriría el principio de legalidad (Nullum crimen sine previa lege penale).

La interpretación auténtica puede ser **contextual** o **posterior**; es contextual cuando surge en el mismo momento que la ley. Por ejemplo: los títulos y los epígrafes. Cabe preguntarse si la exposición de motivos que surge con la misma ley puede ser calificada dentro de este contexto, en nuestro concepto no, ya que no expresa exactamente el pensamiento legislativo -dado que en la formación de leyes intervienen muchas personas-.

La interpretación auténtica es posterior cuando se utiliza una nueva ley para aclarar las oscuridades de la ley anterior, constituye una nueva norma legal, esta se da debido a la importancia de la materia. En este grupo no debemos incluir las denominadas Fe de erratas, ya que, estas se deben limitar a corregir los errores de impresión o expresión que suelen aparecer en el texto legal y, que razonablemente no ejercen ninguna influencia sobre la manifestación de la voluntad de la ley -en la actualidad se está dando un mal uso de esta técnica, creando y ampliando supuestos dentro de las leyes-.

Judicial

Es la realizada por los órganos jurisdiccionales, Jueces o Salas Penales. Esta surge a través de sus decisiones, sentencias y acuerdos, no es vinculante para ellos mismos, ya que pueden cambiar de criterio en sucesivas sentencias.

Para llegar a esta interpretación los magistrados tienen en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y la doctrinal, así como su propio criterio, resultando una interpretación *sui generis*. Toda interpretación implica una interacción entre el sujeto intérprete y el objeto interpretado, por lo tanto, no es posible aplicar el derecho en forma “neutra”; es decir, el Juez nunca infiere una decisión sólo de la ley, sino que llega al caso siempre con un determinado pre-concepto, establecido principalmente por la tradición y las circunstancias.

El silencio, la oscuridad, la contradicción o la insuficiencia de la ley no exime al Juez del deber de interpretarla y observarla. Esto en materia penal está sujeto a ciertas limitaciones, principalmente en lo referido al principio de legalidad.

No debemos dejar de mencionar que los magistrados desarrollan el Derecho en la medida que lo aplican. En este sentido, el profesor Roxin señala: “Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos (...) sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos (...). Por el contrario, el Juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación”.¹⁰²

Doctrinal o privada

Es la mantenida por los juristas y estudiosos del derecho en sus obras específicas. Evidentemente no resulta vinculante pero, su

¹⁰² Ob. cit. ROXIN, Claus. “Derecho penal. Parte general”. pag. 153.

influencia es mayor de lo que habitualmente se cree, pues viene a constituir como una pauta orientadora.

Dado que, los juristas no se ven con la premura de resolver un caso y que, se desarrollan con mayor independencia respecto de los textos legales, la interpretación doctrinaria tiende a ser, por una parte, más flexible que la judicial y; por otra, más sistemática, esto es, más abstracta, general y unitaria.

Un intercambio entre la interpretación judicial y doctrinaria resulta enriquecedor pues, la primera gana en el contenido de justicia y coherencia si se hace cargo de los progresos experimentados por la ciencia y; la segunda, obtiene de la primera el material al que se aplica sus elaboraciones y preserva de ese modo el realismo de su construcción.

Definitivamente, la interpretación doctrinal contiene un importante valor orientador que mucho habrá de servir a quienes, por exigencias del principio de igualdad, deben sujetarse a los imperativos normativos. Como afirma Jescheck¹⁰³: “el contenido político de la ley penal se transforma con la interpretación en la praxis de la aplicación del derecho”.

b) Por los medios empleados

En atención a estos, la interpretación puede ser:

Literal o Gramatical

Constituyendo el lenguaje el medio por el que se establecen las disposiciones legales, no sorprende que haya acuerdo en admitir que el primer factor que debe tenerse en cuenta es, precisamente, la expresión lingüística. El punto de partida es, por lo tanto, el

¹⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Tratado de derecho penal. Parte general”, traducido por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1981, Vol. I, p. 211, una de las polémicas más famosas en la metodología jurídica en materia de interpretación se da entre la teoría subjetiva (si debe o no atenderse a la voluntad del legislador histórico), y la teoría objetiva (atender al sentido objetivo actual de la norma)

análisis del sentido literal. Como ya hemos afirmado, con reserva respecto a la terminología utilizada, "lo que parece evidente es que el espíritu (se) descubre a través de la letra"¹⁰⁴.

Según la manera tradicional de percibir el método gramatical, se trata de la forma más simple de interpretación y consiste en indagar por el significado inmediato vinculado al uso común de las palabras. Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Sin embargo, como ya lo hemos visto, las palabras no poseen un sentido de esta índole. En su mayor parte, son ambiguas, vagas; su campo de referencia no está definido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a esto, mediante el esclarecimiento del sentido literal sólo puede lograrse fijar, más o menos, la amplitud de la expresión lingüística. El problema consiste en saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un elemento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si sólo es el resultado obtenido recurriendo a todos estos. Si lo último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación. Para determinar qué contenido semántico hay que darle, es indispensable adoptar las otras perspectivas concernientes a los restantes métodos. Pero, esto no implica que, al final del proceso interpretativo, no sea posible concluir confirmando que el sentido que deba adscribirse al texto legal sea el sentido literal.

Sistemática

Según este método, la disposición legal es interpretada recurriendo a diversos argumentos y técnicas con referencia, por ejemplo, al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico, al hecho de que los términos son utilizados por el legislador en el mismo

¹⁰⁴ GIOJA, Ambrosio L. "Ideas para una filosofía del derecho". T. II. Buenos Aires 1973, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 201.

sentido o con significaciones diversas de modo constante, a la circunstancia de que debe atribuirse el significado que concuerde mejor con aquel dado a otras disposiciones jerárquicamente diferentes o al hecho de que se recurra al argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas. Es decir, se trata de adscribir un sentido a la ley teniendo en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, en efecto, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la regla en cuestión o ampliado a disposiciones pertenecientes a otros dominios del derecho y aún a los principios generales.

La comprensión del método sistemático muestra que no se puede distinguir de manera radical cada uno de los métodos o argumentos interpretativos. De modo que debe ser caracterizado porque su objetivo principal es hacer posible la coherencia del ordenamiento jurídico¹⁰⁵.

El punto de partida del análisis sistemático es, por tanto, la idea de que el sistema jurídico es un todo coherente y que comprende tanto la ley escrita y la costumbre, como los principios y valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridad es de las leyes o de las disposiciones legales, el juez no puede retardar ni denegar la administración de justicia "bajo pretexto de defecto o deficiencia en la ley" (art. 422). Es decir, debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub judice*. En estas circunstancias, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la

¹⁰⁵ SOLER, Sebastián. *Ob. Cit.* p. 110.

conclusión que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa legislativa.

Sin embargo, tampoco hay que caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en evidencia que afirmar su coherencia y plenitud absolutas, significa admitir una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores de la comunidad. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y el orden social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación.

En la práctica judicial, se recurre al criterio sistemático, con cierta frecuencia, en los casos en que el texto legal contiene una expresión que también es utilizada en ámbitos diferentes al derecho penal. Por las connotaciones constitucionales que tiene es interesante plantear las dificultades que comporta la comprensión de los términos funcionarios y servidores públicos, que son empleados para caracterizar a los sujetos activos de los delitos contra la administración pública.

Histórica

Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Así, se trata de determinar qué concepciones inspiraron a quienes redactaron

y aprobaron el texto, cuáles fueron las finalidades que se propusieron alcanzar. También, se busca delimitar el contexto social en que tuvo lugar el proceso Legislativo. Con estos objetivos, se recurre a todos los materiales que hagan posible esta indagación histórica, cuyos resultados pueden facilitar la atribución de un sentido al texto que se interpreta. Entre dichos materiales, deben considerarse, por ejemplo, los documentos escritos que contienen datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios, etc.).

El método histórico puede permanecer al nivel del esclarecimiento del texto mediante el análisis de los datos referentes a la manera como se ha utilizado el lenguaje, conforme a la época de los trabajos legislativos, para expresar el mandato legal. Sin embargo, puede también consistir en recurrir sobre todo a la determinación del fin perseguido por el legislador, lo que supone tener en cuenta la *"ratio legis"*. En una u otra perspectiva, resulta claro que una separación radical del método histórico respecto al literal o gramatical, al sistemático o al teleológico no es fácil de practicar. Esto confirma una vez más que debe recurrirse indistintamente a todos los argumentos interpretativos, teniendo en cuenta que están muy relacionados.

La eficacia del método histórico está, manifiestamente, vinculada con la mayor o menor posibilidad de contar con las fuentes documentales necesarias. Si en relación con una ley, recientemente discutida y aprobada, es más fácil indagar sobre las opiniones, los valores de quienes la elaboraron y aprobaron; esta tarea resulta más ardua respecto a leyes antiguas. Además, hay que considerar que, en función de la manera como sea utilizado, el método histórico puede desembocar en una interpretación conservadora, en la medida en que sirve para impedir una actualización del texto legal mediante la defensa de

los viejos criterios que justificaron su adopción.

De modo que el juez no está obligado a tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos, las que pueden ser útiles para aplicar la ley al caso concreto, como también para ordenar de modo correcto los motivos justificantes de su decisión.

Teleológica

El método teleológico consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; en relación con lo último se señalan "la naturaleza de las cosas", "la equidad", "seguridad", etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades político-sociales que la norma instrumenta y, asimismo, del contexto social en el que esta ha de producir sus efectos¹⁰⁶. En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley con la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo habrá que preguntar qué fin puede tener razonablemente una regulación; para lo que habría que tener en cuenta los fines objetivos del derecho. Sin embargo, hay que admitir que no siempre se puede establecer sin equívoco el propósito de una ley y, en el caso de ser identificado, no proporciona la única guía de la actividad legislativa. Por esto, es preferible considerar que la interpretación teleológica consiste en la "integración de una multiplicidad de valoraciones; y, el propósito de la ley solamente indica una consideración única de esa

¹⁰⁶ CAPELLA, Juan Ramón (1999), p. 143.

multiplicidad"¹⁰⁷. Cuando se habla de método teleológico, se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse de modo sensato a la disposición legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada en el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, "razón de ser de la ley".

La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan, ni por su claridad, ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, Perrin pretende que "conviene, al menos teóricamente, distinguir *la ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley"¹⁰⁸. Así, la *ratio legis*, examen atento de los intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, mucho más amplio.

Desde una perspectiva semejante, la Corte Suprema ha afirmado en una de sus decisiones "que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales"¹⁰⁹.

El espíritu de la ley, comprendido como el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión", es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta siempre de la interpretación. Es decir, el sentido obtenido, luego de ordenar y precisar los datos proporcionados por el significado literal del texto, no puede, por tanto, ser

¹⁰⁷ ROSS, Alf. Ob. Cit. p. 142, quien prefiere hablar de interpretación pragmática.

¹⁰⁸ PERRIN, Jean Francois. "Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois", Fribourg 1988, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. Ob. Cit. p. 212-213.

¹⁰⁹ Ejecutoria Superior del 27 de noviembre de 1997, Sala Penal, Exp. N° 4574-96.

concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación y es siempre un elemento variable¹¹⁰. En la práctica, se recurre, con frecuencia, al espíritu de la ley cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas, son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

c) Por sus efectos

En casi todos los estudios sobre la interpretación se trata de las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva. Clasificación que según el común de los tratadistas se realiza teniendo en cuenta los resultados obtenidos mediante la interpretación. Se distingue entre interpretación:

Declarativa

Se afirma que la interpretación declarativa se dirige a explicar el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, especialmente, en este último caso¹¹¹. Esta interpretación precisa de entre los varios significados de la expresión, aquél que responde exactamente a la voluntad de la ley. Pero, en esto consiste -precisamente- la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación.

Con mucha razón, la interpretación debe ser únicamente declarativa, *"limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica -y asimismo teleológica e histórica- en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es*

¹¹⁰ LUZZATI, Claudio. *"La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico"*. Milano 1990, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 214.

¹¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *"Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo"*. Madrid 1947, citado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. T. I. *Ob. Cit.* p. 215.

necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular".

Así, se asigna al precepto interpretado el mismo alcance que se deriva del significado usual de los términos en que está formulado.

Restriictiva

Respecto a la interpretación restrictiva, se dice que es la "que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando estas expresan más de lo que el legislador quiso"¹¹².

Se reduce dicho alcance, considerando que el precepto debe aplicarse a menos casos de los que podrían ser regulados por aquél, de acuerdo con el significado posible de las palabras empleadas en su redacción.

En ese contexto, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, fundamentalmente, el texto mismo de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe a aquella como algo que es posible de detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación.

Extensiva

Y, en cuanto a la interpretación extensiva, que "tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando

¹¹² CASTÁN TOBEÑAS, José. *Ob. Cit.* p. 215.

estas expresan menos de lo que el legislador quiso decir"¹¹³.

Se hace un lectura *más laxa* del precepto, haciéndolo aplicable a un mayor número de supuestos, sin rebasar el tenor literal posible del texto. En el caso del término "matrimonio" empleado en el art. 214 C.P., si se entiende sólo "el matrimonio civil" estamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se entiende "matrimonio civil y religioso", será extensiva.

Esta se da cuando el tenor literal quedó rezagado respecto a la voluntad legal, y en este caso hay que atribuir a las palabras un significado que rebasa su más amplia acepción. Esta interpretación amplía el alcance y sentido de la norma, tomando siempre en cuenta la posibilidad real de ampliación que la letra o espíritu de la norma le permita, lo que nunca debe sobrepasar, so pena de dejar de hacer interpretación para caer en terrenos propios de la analogía, de la que nos ocuparemos adelante. Por lo demás, los sistemas jurídico-penales contemporáneos prohíben tajantemente la utilización de la interpretación extensiva cuando con ella se perjudica al reo.

2.8. PRINCIPIOS RECTORES EN LA INTERPRETACIÓN

En tanto se trata de una actividad intelectual propia, en este caso de juristas, la interpretación reconoce varios principios rectores¹¹⁴, a saber: el jerárquico, de vigencia, de unidad sistemática, dinámico y de libertad interpretativa.

a) Principio jerárquico.

En el ámbito de la interpretación jurídico-penal, este principio se manifiesta en la llamada interpretación según la Constitución, de

¹¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Ob. Cit.* p. 215.

¹¹⁴ En este epígrafe seguimos en líneas generales la explicación de Cobo del Rosal, Manuel, y Vives Antón, T.S. "Derecho penal. Parte general". Valencia. Universidad de Valencia. 1984. p. 109-110; quienes lo rescatan del libro "Interpretación de la ley", del autor SOLER, Sebastián. Barcelona. 1962.

acuerdo con la cual las normas penales deben interpretarse de modo compatible con la letra y espíritu del texto constitucional. Como es lógico pensar, la Constitución, norma jurídica fundamental, también precisa de una interpretación de sus disposiciones. La interpretación de la Constitución es una especie de la interpretación jurídica general, que tiene sus propias características, determinadas estas por la naturaleza del objeto que interpreta. Conforme a esto, "la interpretación de la Constitución consiste en atribuir o dotar de cierto significado a los principios, preceptos, instituciones, mandatos o programas que contiene"¹¹⁵, incluyen en estos, por supuesto, a todos aquellos que tengan relación con la materia penal. Así pues, el penalista habrá de ajustar sus razonamientos hermenéuticos a los significados que la Constitución de su nación establece a los conceptos e instituciones del derecho penal.

b) Principio de vigencia.

Este principio obliga a entender que entre dos interpretaciones del mismo precepto o complejo de preceptos es preferible aquella que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley, respecto de aquélla otra que se ve forzada a negárselo.

c) Principio de unidad sistemática.

Se le entiende como un desarrollo y complemento del principio anterior. Obliga al reconocimiento de validez simultánea de todos los preceptos que componen un determinado ordenamiento jurídico.

No obstante -explica Cobo Del Rosal¹¹⁶- en casos muy especiales, allí donde se hace absolutamente justificado, cabe admitir la llamada *Interpretatio abrogans*, esto es, la interpretación que niega la validez normativa de uno o varios preceptos legales. Esta interpretación ha de ser reconocida ampliamente en el seno del derecho penal allí donde

¹¹⁵ ARTEAGA NAVA, Elisur, "La interpretación constitucional". Universidad Autónoma Metropolitana, México. N° 31, 1995.

¹¹⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T.S. *Ob. Cit.* p. 109.

sus normas sean contrarias a la Constitución, pero entonces el efecto derogatorio no procede, propiamente, de la interpretación sino de la colisión de la norma penal con otras de rango superior.

Tanto este como el anterior principio tienen, como puede advertirse, una estrecha relación con la interpretación sistemática que ya hemos comentado.

d) Principio dinámico.

Para explicar este principio, se tiene en cuenta las constantes transformaciones y mutaciones del mundo real. Por eso se dice que expresa la influencia del cambio en el contexto sobre el sentido del texto legal, dado que las normas jurídicas, las penales incluidas, están destinadas a regir la realidad; la interpretación ha de tener en cuenta las modificaciones que se producen, de forma constante, en el mundo real. Evidentemente, tales cambios plantean generalmente nuevos problemas, y, por consecuencia, alteran los planteamientos iniciales que condujeron al dictado de las reglas.

En tal sentido, toca a la actividad interpretadora avanzar contemporáneamente y de acuerdo a las exigencias del momento en que se efectúa. He aquí una manifestación más de la teoría objetiva de la interpretación. En cierta manera, estamos aludiendo a lo que también se ha dado en llamar interpretación *progresiva* o *evolutiva*.

e) Principio de libertad interpretativa

Suscribimos la idea de que todo "dirigismo interpretativo" tiene una raíz autoritaria, y es contrario tanto a la libertad inherente a toda investigación científica, como a la discusión abierta en torno a los valores característica del Estado democrático. Esto no ha sido así siempre. La historia del derecho en general, y el derecho penal, en particular, consigna graves momentos en los que intentar interpretar la

ley alcanzaba las recriminaciones más enjundiosas y ofensivas como las que formulara Beccaria¹¹⁷ en su momento, aduciendo que los jueces no son legisladores y, por lo tanto, no tienen derecho a interpretar lo que no han creado, y peor aún, si estuvieran autorizados para indagar su verdadero significado, "el espíritu de las leyes sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian la apariencia de los objetos en ánimo fluctuante del hombre".

2.9. INTERPRETACIÓN Y SUBSUNCIÓN

En realidad, cuando se habla de interpretación en derecho penal lo hacemos en el entendido de desarrollar una actividad intelectual que nos permita identificar aquellas disposiciones jurídico-penales que resulten aplicables al caso concretamente planteado. Algunos juristas, como Jescheck y Muñoz Conde¹¹⁸, coinciden en señalar que la aplicación de las normas jurídicas se asemeja a la formulación de un silogismo¹¹⁹, donde la premisa mayor se integra por el tipo delictivo o norma jurídica completa; la inclusión de un caso de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica es la premisa menor; y la conclusión es la aplicación a ese caso de la sanción establecida en la norma.

Por ejemplo:

Premisa mayor A: "Se impondrá con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, a quien ejerce profesión con falso título" (según señala el segundo párrafo del artículo 363° del Código Penal).

Premisa menor B: "Ha ejercido actos propios de la abogacía,

¹¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Ob. Cit.* p. 14.

¹¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. Cit.* p. 206. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Valencia. Tirant lo Blanch. 1993. p. 119.

¹¹⁹ En nuestro medio jurídico es conocida la polémica que en torno al tema del silogismo jurídico, es decir, la aplicación de fórmulas propias de la lógica formal al derecho, mantuvieron los profesores Eduardo García Maynez (*Introducción al estudio del derecho*, 31 Ed. Revisada, México, Porrúa, 1980, p. 321) por un lado, y Luis Recaséns Siches. *Ob. Cit.* p. 198) por el otro. Respectivamente, el uno afirmando la propuesta metodológica y el otro negándola radicalmente; ambos con argumentos sumamente interesantes que conviene revisar detenidamente.

concretamente brindó asesoramiento legal, confeccionó escritos y asistió diligencias judiciales, valiéndose de un título falso”.

Conclusión: “A” debe ser castigado con una pena como la señalada en la disposición legal contenida en la premisa mayor, después de comprobarse la premisa “B”.

Ciertamente, esta operación silogística no parece representar mayor dificultad, ya que sólo es suficiente formular o integrar las premisas y extraer las conclusiones, actividad, por lo demás, aparentemente sencilla¹²⁰. Sin embargo, como bien aduce Recaséns Siches "la verdadera miga de la función judicial y la pesada carga de la misma no consistirían jamás en deducir la conclusión de dos premisas, sino en la tarea, muchas veces difícilísima, de sentar las dos premisas correctas".¹²¹

En este sentido, Jescheck busca ser todavía más puntual al sostener correctamente que la tarea del pensamiento jurídico no se encuentra en la elaboración de un silogismo de esta clase, sino en la *obtención de la premisa menor*. De lo que se trata -aclara Jescheck- es de poner de relieve entre la multitud de detalles materiales de un caso aquellos factores jurídicos relevantes y de subsumirlos en los elementos conceptuales de la premisa mayor, aceptando una identidad siquiera parcial. A esta actividad del jurista se le llama subsunción. Luego entonces, tenemos que, a través de la subsunción, "el juez equipara el supuesto de hecho que tiene que enjuiciar con otros casos anteriores ya conocidos y que ya han sido incluidos en el respectivo precepto legal. Lo que importa es que el nuevo caso que se tiene que juzgar, coincida en sus aspectos jurídicos esenciales con los que ya han sido anteriormente juzgados".¹²²

Propiamente dicho¹²³, la obtención de la premisa mayor, o sea, averiguar el

¹²⁰ RECASÉNS SICHES, al respecto opina: "sentadas la premisa mayor y la premisa menor, la operación de extraer la consecuencia puede realizarla correctamente un niño de 10 años, o incluso la sirvienta". *Ob. Cit.* p. 199.

¹²¹ *Idem.*

¹²² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. Cit.* p. 206.

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 119.

sentido de la norma, se corresponde absolutamente con la *interpretación*. La obtención de la premisa menor, esto es, la inclusión del caso real al supuesto de hecho normativo, es lo que se denomina *subsunción*; y la conclusión se correspondería con la *aplicación de la consecuencia jurídica*.

En ese contexto, tenemos que la interpretación es presupuesto de la subsunción, teniendo -la interpretación- una doble misión: por un lado, esclarecer el sentido de la premisa mayor, delimitando su contenido, reconduciéndolo a la especialidad del caso concreto y aproximándolo lo más posible al supuesto de hecho y, de otro lado, delimitar el alcance jurídico de las decisiones tomadas con anterioridad a las que debe equipararse el nuevo caso.¹²⁴

Por otra parte, considera Muñoz Conde¹²⁵, que dos son los principios básicos de la administración de justicia penal que contribuyen decisivamente en el fortalecimiento del esquema lógico, silogístico, planteado. Tales principios son el de *oficialidad* y el de *legalidad*, los cuales preceptúan que los tribunales habrán de hacer todo lo necesario para averiguar y sancionar los hechos que pudieran encuadrar en un tipo penal determinado, ajustando su actuación a lo señalado por la ley. Se entiende que ambos principios buscan impedir que los tribunales asuman funciones que corresponden exclusivamente al legislador o que actúan arbitrariamente sin sujetarse a criterio legal alguno.

De cualquier manera, aunque, en efecto, la actividad judicial y jurídico-penal en general puede representarse mediante esquemas propios de la lógica formal, en el mundo de lo fáctico, la realidad de las instancias judiciales nos presentan un panorama distinto al descrito. Textualmente sostiene Muñoz Conde¹²⁶:

“La reducción de la actividad jurídico-penal a los esquemas simbólicos de la lógica formal es imposible, sin que se pierda una buena parte de

¹²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. Cit.* p. 207.

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 119.

¹²⁶ *Ibidem.* p. 120.

lo que constituye la esencia de esta actividad, porque ni la averiguación de los hechos de la realidad y su correspondiente enjuiciamiento jurídico son comprensibles de un modo absolutamente lógico y porque tampoco los citados principios de oficialidad y de legalidad rigen como parece deberían regir”.

Una indagación exhaustiva en tomo a los problemas apuntados por el catedrático hispano respecto de la actividad jurídico-penal nos advierte sobre lo complejo que resulta, en la práctica jurisdiccional, reconstruir los hechos presumiblemente constitutivos de delito presentados ante el juzgador. La labor de reconstrucción es meramente aproximada, tomando en consideración que resulta materialmente imposible reproducir en todos sus detalles hechos ya pasados. La situación de las cosas y los involucrados en el hecho cambian con el transcurrir del tiempo, y por ende, el hecho reproducido resulta distinto, en mayor o menor medida, al que realmente sucedió. Problema similar se presenta cuando de determinar el autor o autores del hecho se trata.

En el trayecto que va desde la consignación de los hechos al juez, hasta su dictaminación legal final, es decir, la sentencia, el intérprete cabe decir los intérpretes: juez, fiscal, defensor- habrá de desarrollar un sinnúmero de operaciones intelectuales, tendentes a desentrañar el sentido de múltiples normas legales, sean adjetivas o sustantivas. Esto trae como consecuencia una progresiva simplificación del caso, si no es que hasta una deformación o mutación de los hechos realmente sucedidos, lo que, indudablemente, habrá de repercutir en el momento de pronunciarse la sentencia.

En suma, "todo ello conduce a una afirmación que pueda resultar paradójica, los Tribunales al reproducir el hecho que origina su actuación realmente *producen un caso* que no siempre coincide con el hecho originario"¹²⁷.

Un segundo momento, esto es, la subsunción, o enjuiciamiento jurídico del

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 122.

hecho, exhibe un complejo proceso donde tienen lugar los juicios valorativos más profundos. Este proceso reconoce, entre otros, los siguientes pasos.¹²⁸

Desde el punto de vista del **lenguaje**. Se trata de convertir el lenguaje coloquial en un lenguaje jurídico, es decir, convertir las palabras que designan los elementos fácticos en conceptos jurídicos.

De este modo se convierte el lenguaje en un instrumento mediador entre la premisa mayor (la norma jurídica) y la premisa menor (los hechos), que posibilita la aplicación de la conclusión. Desde el punto de vista lingüístico la función de la subsunción consiste, pues, en adaptar la terminología coloquial en terminología jurídica.

Desde el punto de vista **estructural**, la subsunción supone *concreción* de la norma necesariamente abstracta y general en el caso concreto y particular que haya que juzgar. De este modo aparece el derecho penal, y el derecho, en general, no como un conjunto de normas abstractas, "sino como el conjunto de preceptos que rigen en concreto hechos de la vida real".

Desde el punto de vista **psicológico**, la subsunción supone un acto de decisión del juzgador, en el que, se quiera o no confesarlo, influyen como "prejuicios" y "prejuicios" elementos que se encuentran fuera o más allá de la ley. De este modo se pone de relieve que lo que el juzgador aplica es *algo más que la ley* y que, por tanto, también hay que tener en cuenta ese algo más, para enjuiciar de un modo totalizador la actividad jurídica.

La labor de subsunción consiste, pues, en relacionar preceptos jurídicos abstractos con el hecho real concreto. Para ello, ha sido necesario pasar por el momento previo, esto es, la interpretación de la ley, merced a la cual se llega a conocer el sentido de la premisa mayor (la norma jurídica) que debe aplicarse.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 122-123.

Tiene razón Torres Gómez¹²⁹ cuando señala que el intérprete "requiere de una sensibilidad especial y de una cultura lo suficientemente amplia para poder cumplir adecuadamente con su cometido". El jurista auténtico posee estas cualidades, lo contrario es simplemente un leguleyo más o menos ilustrado.

2.10. INTERPRETACIÓN Y ANALOGÍA

En términos generales, la analogía es la relación de semejanza que existe entre dos cosas distintas. En el ámbito penal consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los que ella contempla, una norma extraída de la propia ley (*analogia legis*), o del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogia iuris*).¹³⁰

La analogía de ley, o *analogia legis*, es la que se aplica al caso no previsto en un precepto concreto de una ley, el cual prevé una situación semejante a la que plantea el caso no previsto. Hay analogía de derecho, o *analogia iuris*, cuando lo que se aplica es una norma que el propio intérprete crea, deduciéndola del espíritu y del sistema del total ordenamiento punitivo.¹³¹

La problemática particular que presenta la noción de analogía en derecho penal viene determinada, fundamentalmente, por la añeja discusión sobre la existencia o inexistencia de lagunas en la ley penal. Pero, también, es importante destacar las diferencias entre interpretación analógica, aplicación analógica e interpretación extensiva. Revisaremos a continuación estos aspectos.

Con base en el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política en su artículo 2, inciso 24, literal d), expresado en la máxima latina acuñada por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*,

¹²⁹ TORRES GÓMEZ, Antonio. "Introducción al estudio del derecho". 2da. Ed. Guanajato. México. Universidad de Guanajuato, Departamento de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 146.

¹³⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio. "Lecciones del derecho penal. Parte general". 3era Ed. Barcelona. Bosch. 1990, p. 377; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Madrid. Ed. Civitas. 1978. p. 112; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 112.

¹³¹ Así lo explica SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Ob. Cit.* p. 379.

podemos señalar que *en la ley penal no existen lagunas*. Y no precisamente porque resulte imposible colmarlas, sino justamente por la prescripción constitucional de impedir que, para efectos de fincar responsabilidades penales a un individuo, se acuda a algo distinto a una ley. El artículo constitucional antes referido establece prohibición expresa de imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Podrá tratarse de un acontecimiento que cause ofensa grave y motivo de alarma a la sociedad, pero si no está regulado jurídico-penalmente, nada podrá imputarse al realizador del acto, que a lo mucho podrá ser una mera conducta desviada, pero no un delito estrictamente hablando.

La analogía, como asienta Rodríguez Mourullo¹³², es un procedimiento ideado para colmar lagunas en la ley, y por tanto no constituye una forma de *interpretación*, sino de aplicación o *integración* de la ley¹³³. La integración de una ley es posible cuando esta presenta vacíos o lagunas que habrán de ser colmados por el juzgador. La aplicación analógica es una forma de creación del derecho, y se usa, precisamente, en aquellos casos no previstos en la ley.

En la interpretación analógica, es la propia ley la que faculta al intérprete para completar analógicamente sus preceptos. En la interpretación extensiva -explica Sáinz Cantero¹³⁴- existe una ley o norma que prevé el caso concreto, el cual se contempla por el espíritu y finalidad de la ley, aunque la letra de esta, por expresar menos de lo que debe expresar en relación con su espíritu, *parece* no abarcarlo. El intérprete entonces tiene que estirar -extender- la palabra de la ley para ponerla de acuerdo con su espíritu, o lo que es lo mismo, con la voluntad de la ley que es lo que en definitiva se trata de esclarecer.

¹³² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 112.

¹³³ GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 367.

¹³⁴ SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Ob. Cit.* p. 378.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

Introducción

El Derecho Penal se sustenta en principios que le dan naturaleza jurídica, que hacen que sea real y efectivamente Derecho. Y como sabemos, el Derecho en general es un instrumento al servicio del hombre, fin supremo del Estado y de la sociedad. El Derecho Penal, en consecuencia, no puede ser utilizado en contra del fin supremo del Estado y la sociedad, de allí que se encuentre ligado íntimamente con la Constitución y con los Derechos Humanos.

Esto significa que se debe perseguir al delito para que quien lo cometa sea sancionado, sin que esto sea un ensañamiento o un abuso del poder punitivo del Estado; por tal motivo, se concibieron diversos principios que limitan el *ius punendi* de todo Estado Social y Democrático de Derecho.

DEFINICIÓN

Los principios fundamentales del Derecho penal son pautas generales sobre los cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal Positivo. Asimismo la doctrina las propone como guías para la interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico-penal.

Estos principios tendrán que ser utilizados por aquellas personas que quieran aplicar sistemáticamente la legislación penal; se encuentran ubicados en el Título Preliminar del Código Penal¹³⁵.

¹³⁵ **Título Preliminar del Código Penal.**

Artículo I. Finalidad Preventiva

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Artículo II. Principio de Legalidad.

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Artículo III. Prohibición de la Analogía.

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

Artículo IV. Principio de Lesividad.

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

El Derecho penal se legitima por el fin que le toca cumplir, a saber, la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, esto no da carta blanca para conculcar los derechos y valores que identifican a una sociedad que se conforma bajo el modelo de un Estado social y democrático de derecho.

Existen límites o barreras infranqueables al *ius puniendi*, pues la prevención de delitos no pueden ser conseguidas a cualquier precio, es así que los Principios del Derecho Penal constituyen un límite a la potestad punitiva del Estado, suponen el contrapeso a las necesidades de seguridad y protección de la sociedad. El Derecho Penal describe, así, una permanente tensión dialéctica entre seguridad colectiva y garantías personales.

Según Víctor Prado, “más que principios se les debería denominar políticas. Entendiendo el término política en sentido estricto; es decir, como un enunciado que orienta y limita las decisiones del Estado. En nuestro caso las decisiones del control penal”¹³⁶.

Los principios son ante todo, fuente origen y fundamento de aquello a que se refieren. Por ellos comienza una cosa o un conocimiento. Fernández Carrasquilla cita a Miguel Reale y dice que “se trata (...) de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber”¹³⁷.

Artículo V. Garantía Jurisdiccional

Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

Artículo VI. Principio de Garantía de Ejecución

No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

Artículo VII. Responsabilidad Penal.

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Artículo VIII. Proporcionalidad de las sanciones

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

Artículo IX. Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Artículo X. Aplicación Supletoria de la Ley Penal.

Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

¹³⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Comentarios al Código Penal de 1991. Lima, Alternativas, 1993, p. 23.

¹³⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Temis Editorial, 2002. p. 6 y ss.

“Por los principios comienzan las ciencias y por lo tanto ellos explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular pero se encuentran fuera de esta y no pueden ser explicados por ello”.

“Los principios, por consiguiente, son el mejor punto de partida (se remite a Aristóteles) pero de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento, para derivar conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no pasa de la generalidad. En el campo jurídico esto significa que han de ser puestas en relación de sentido y armonía, con las normas a que se refieren y a las que inspiran. El principio que no se aplica, no sólo no sirve para nada, sino que en verdad no es “principio de nada”.

“Los principios jurídico-penales son formulaciones conceptuales y abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal, de lo que deriva o en lo que se fundan todo conocimiento y toda norma jurídico-penal y de los que en consecuencia no pueden separarse ninguna práctica (Teórica o judicial) del Derecho Penal Positivo”.

Resulta importante precisar que en el nivel en el cual enmarcamos el estudio de los principios penales es como principios lógicos, y no como principios de la naturaleza ontológica, debido a que ello nos llevaría a admitir que el delito tiene existencia por sí misma, lo cual no compartimos.

La doctrina ha establecido los siguientes Principios Generales del Derecho Penal:

3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad conocido bajo el axioma “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹³⁸ acuñado por el jurista alemán Paul Johann Anselm Von Feuerbach, consiste en aquel mandato por el cual una persona no puede ser sancionada si es que su conducta desaprobada no se encuentra totalmente regulada en la ley. Es por tal motivo que la ley

¹³⁸ Frase que tiene como fundamento y precedente normativo el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de Agosto de 1789.

señala que nadie podrá ser sancionado o penado si es que su comportamiento no se encuentra constituido como un delito o falta en el ordenamiento jurídico al momento de su realización¹³⁹.

Como principio limitador de la potestad punitiva del Estado, el principio de legalidad tiene como fin proscribir la imposición de penas por la realización de comportamientos no previstos como delitos por la ley penal.

El principio de legalidad ha sido adoptado por los convenios y declaraciones más importantes que se han dado en nuestros tiempos, estos son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El principio de legalidad se constituye como el más importante y principal límite frente al poder punitivo del Estado, pues este sólo podrá aplicar la pena a las conductas que -de manera previa- se encuentren definidas como delito por la ley penal; en consecuencia, constituye un muro infranqueable que se instituye, tanto para el legislador al momento de formular las convenciones penales, como al Juez al momento de interpretar normativamente los tipos penales, importa, a tal efecto, el límite que no puede contradecir la violencia penal institucionalizada¹⁴⁰.

De esta manera, el principio de legalidad puede percibirse como una limitación al poder punitivo del Estado y como una garantía, pues las personas sólo podrán verse afectadas en sus derechos fundamentales cuando sus conductas se encuentren prohibidas previamente por la ley.

3.1.1. Garantías que exige el principio de legalidad

La doctrina reconoce cuatro garantías:

¹³⁹ Artículo II del Título Preliminar del Código Penal y literal d, del inciso 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

¹⁴⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "*Curso elemental de Derecho Penal - Parte General*". Tomo I. Ediciones Legales. 3era Ed. Mayo 2011, pág. 55.

- a) **Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*)**¹⁴¹. Esta garantía señala que no se puede definir como conducta delictiva (delitos o faltas)¹⁴² a aquella conducta que no se encuentra previamente señalada en la ley y, mucho menos, posteriormente, castigarla con pena y/o medida de seguridad. Por ende, se entiende que se califica como delito aquello que sólo la ley lo expresa, sin importar si aquella conducta sea considerada reprochable y/o lesione el Derecho (principio de legalidad criminal). De esta manera, se prohíbe la creación de conductas criminales por vía judicial, ya que dicha misión le corresponde a la ley penal.
- b) **Garantía penal (*nulla poena sine lege*)**¹⁴³. Esta garantía señala que no se puede imponer a la persona una pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en el Código¹⁴⁴. De esta manera, un sector de la doctrina sostiene que no pueden asignarse más penas que las implantadas por el legislador en cada cuestión, hallándose vedado sustituir por otra la penalidad prevista en cada figura delictiva y, más aún, “inventar” penas. Es por ello que también recibe el nombre de principio de legalidad penal.
- c) **Garantía jurisdiccional**. Esta garantía sostiene que nadie puede ser sancionado ni castigado sino sólo a través de un juicio formal, en el cual se respeten las garantías constituidas por la ley penal.

También es conocido como principio de legalidad procesal.

- d) **Garantía de ejecución penal**. Esta garantía parte de la

¹⁴¹ No hay delito sin ley escrita.

¹⁴² En el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el legislador ha creído conveniente mencionar tanto los delitos como las faltas.

¹⁴³ No hay pena sin ley escrita.

¹⁴⁴ De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal y, por tanto, la exclusión del derecho consuetudinario para calificar los actos delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables.

premisa de que toda pena tiene que ser cumplida, ejecutada y aplicadas. Partiendo de ello, esta garantía se sustenta bajo el axioma siguiente: “No puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley”. Esta garantía es conocida como principio de legalidad en la ejecución.

El principio de legalidad comprende:

1. Reserva de ley: La ley como fuente única para la determinación de delitos y penas. De esto, no se podría crear una nueva figura delictiva a través de un reglamento o una ordenanza municipal.
2. Principio de determinación, certeza o taxatividad: El cual exige precisión en la determinación del tipo penal o comportamiento prohibido (*lex certa*).

Así por ejemplo, se violentaría el principio de legalidad con una norma que simplemente prescribiera: “Aquel que afectara el medio ambiente será reprimido con pena privativa de libertad (...)”, ya que no se establece claramente cuál es el comportamiento prohibido (solo se menciona un resultado -la afectación al medio ambiente- que, por lo demás, es difícil de determinar), ni precisa el *quantum* de la sanción penal.

3. Proscripción de la analogía *in malam partem*. En cambio, se permite la **interpretación extensiva**, aún en perjuicio del reo, si se halla dentro del sentido literal posible de la descripción típica.
4. Principio de irretroactividad (*lex praevia*): Solo así la persona puede estar en posibilidad de determinar su conducta con respecto a la norma penal y asumir sus consecuencias. La norma solo puede ser obedecida en tanto es conocida, de ahí que no pueda aplicarse a hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor. Así pues, la ley penal carece de efectos retroactivos, salvo cuando favorece al reo (artículo 6 del Código Penal).

5. Ne bis in ídem: Este principio admite una doble configuración. La primera, de carácter material, por la cual se prohíbe la doble sanción con respecto a un mismo hecho. La segunda, de orden procesal, y en cuya virtud se prohíbe la persecución penal múltiple. Ante procedimientos de distinta naturaleza, se establece la preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho administrativo.

3.2. PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

En nuestra legislación penal se prohíbe la aplicación de la ley por analogía, es decir, no se podrá aplicar a un caso que no está previsto en la ley una norma que no le corresponde. Esta disposición está basada en lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal¹⁴⁵ e inciso 9 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, el cual dispone la "*inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos*"¹⁴⁶.

En la doctrina suele diferenciarse entre analogía *in bonam partem* y analogía *in malam partem*. La primera señala que está permitido el razonamiento por analogía y que el juez puede acudir a normas semejantes para resolver el caso que está investigando. Asimismo el empleo de este mecanismo de razonamiento analógico debe realizarse siempre y estrictamente cuando sea a favor del reo o procesado.

Mientras que la analogía *in malam partem* señala todo lo contrario, es decir, que está totalmente prohibido el razonamiento analógico, siempre y cuando lo único que se logre conseguir es perjudicar al procesado o al reo.

La prohibición de analogía cumple una destacada labor en el ámbito del Derecho Penal, garantizando la libertad individual y ejerciendo una función limitadora de la violencia estatal de forma significativa,

¹⁴⁵ No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de Enero del 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC-LIMA, fs. 71.

impidiendo de este modo que se desborde el umbral de la legalidad, en tanto la creación de las figuras delictivas es atribución exclusiva del Poder Legislativo, y por otro lado, afirma la libertad cuando permite extender el ámbito de aplicación de los factores que atenúan la responsabilidad penal del autor¹⁴⁷.

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Una posición bastante difundida, considera que lo decisivo es el texto legal: todo lo que esté cubierto por el texto será interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavorable al autor. «*Debe respetarse en todo caso, el “sentido literal posible” como límite extremo*»¹⁴⁸.

3.3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL O DE CULPABILIDAD

Debe diferenciarse la culpabilidad como principio limitador del Derecho Penal de la culpabilidad entendida como categoría dogmática de la teoría del delito¹⁴⁹.

Los fundamentos del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona¹⁵⁰ contenidos en el artículo 1° e inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

La culpabilidad puede ser entendida desde dos sentidos: en sentido amplio, expresa el conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena: tales presupuestos afectan a todos los requisitos del concepto de delito; en sentido estricto, se refiere

¹⁴⁷ Peña Cabrera Freyre, Alonso R. *"Curso elemental de Derecho Penal - Parte General"*, pág. 63.

¹⁴⁸ Jescheck, ob. cit. pág. 91.

¹⁴⁹ Desde el punto de vista dogmático, la culpabilidad alude a las condiciones en que un determinado comportamiento antijurídico puede ser atribuido a su autor. Esto se da cuando el agente está en capacidad de ser motivado por la norma penal –lo que se excluye en los inimputables-, y en posibilidad de actuar según dicha motivación –lo que se excluye en el estado de necesidad exculpante, en el miedo insuperable, etc.).

¹⁵⁰ Bacigalupo Z., Enrique. *"Derecho Penal. Parte General"*. ARA Editores. 1° Edición 2004. Perú. pág. 159.

sólo a una parte de tales presupuestos del delito, es decir, a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

Este principio tiene su soporte en que la sanción jurídica se corresponde con la reprochabilidad social al autor del hecho quien -en base a su libre albedrío y a su conocimiento- realiza una conducta no adecuada al ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, de este principio devienen otros principios que en conjunto forman el principio de culpabilidad, así tenemos¹⁵¹:

a) Principio de dolo o culpa

Este principio demanda al Derecho Penal que para que alguna persona sea declarada culpable del hecho que ha cometido, es necesario que el hecho sea doloso (querido, deseado) o culposo (imprudente).

Como consecuencia de este principio de responsabilidad se prohíbe imputar a un sujeto un resultado imprevisible, y sólo se podrá admitir responsabilidad a través de estructuras dolosas e imprudentes.

Este principio rechaza la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, que tiene entre sus postulados a la antigua máxima, proveniente del derecho canónico "*versari in re illicita casus imputatur*" que se puede entender como "*quien quiso la causa, quiso el efecto*"¹⁵².

b) Principio de imputación personal

A través del principio de imputación personal o de personalidad, se desprende que la sanción penal se aplica a persona física; es decir, determinar quién es responsable y quién individualmente ha cometido un acto delictuoso, de este modo se prohíbe que una persona

¹⁵¹ Clasificación realizada por Felipe Villavicencio en su libro Derecho Penal- Parte General.

¹⁵² ZAFFARNI/ALAGIA/SLOKAR, citado por Felipe Villavicencio T. en "*Derecho Penal. Parte General*".
pág. 112.

responda jurídicamente por hecho injusto o ajeno, descartándose además la represión por las conductas de otras personas (responsabilidad colectiva)¹⁵³.

c) Principio de responsabilidad por el hecho.

El Derecho Penal de autor es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho; en este sentido, sólo resulta compatible un Derecho Penal de acto¹⁵⁴. La pena debe de vincularse con una acción concreta descrita típicamente; por ello tal sanción representa "sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo"¹⁵⁵.

En consecuencia, a este principio lo podemos encontrar enlazado al principio de legalidad cuando se habla de la exigencia de la tipicidad de los delitos, ya que en cada precepto penal se reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva contenida en el mismo.

De lo descrito, se desprende que el contenido del principio de culpabilidad se plasma en dos consecuencias fundamentales: "*no hay pena sin culpabilidad*" y "*la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad*". Es decir, no puede castigarse a nadie si no es responsable personalmente de su conducta, y segundo, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad¹⁵⁶; de modo que por un lado condiciona el *sí* de la pena, y por el otro el *cuánto* de la misma¹⁵⁷.

¹⁵³ Ha quedado en el olvido la responsabilidad colectiva que en épocas antiguas implicaba llegar al castigo de los miembros de una familia o de un pueblo por la falta de uno de ellos.

¹⁵⁴ Ante la contraposición acto/ autor, BINDER considera que es más preciso la de interioridad/exterioridad como tendencia hacia donde se dirige el poder punitivo, "*Los modelos que apuntan a la interioridad suelen ser más eficaces en términos de control o motivación social, y la tecnología moderna ha acrecentado aún más su eficiencia. Por otra parte, aquellos que se fundan en la exterioridad son menos efectivos como formas de control o motivación, pero protegen mejor al individuo de la intromisión del Estado, del abuso de poder o de la destrucción de la individualidad*". BINDER citado por Felipe Villavicencio T. en Derecho Penal. Parte General, ob. cit. pág. 113.

¹⁵⁵ ROXIN, citado por Felipe Villavicencio T. en Derecho Penal. Parte General, ob. cit. pág. 114.

¹⁵⁶ ORTS BERENGUER, Enrique. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "*Compendio de Derecho Penal. Parte General*". Editorial Tirant to Blanch. 3º Edición. Valencia 2011. pág. 128.

¹⁵⁷ Bacigalupo Z., Enrique. "*Derecho Penal. Parte General*". pág. 160.

3.4. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS O DE LESIVIDAD

También llamado principio de lesividad o de la objetividad jurídica. Este principio señala que para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe de existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido. Por tanto, para que un interés personal y/o social se pueda considerar como bien jurídico protegido, este debe de estar reconocido como tal por la ley y asimismo debe de estar protegido por esta, tal como lo prescribe el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. En ese sentido, para que un hecho sea merecedor de pena, debe necesariamente lesionar o poner en peligro, bienes jurídicos tutelados por la norma penal, salvo que el ordenamiento jurídico-penal lo convierta en "permisible", a efecto de salvaguardar un bien jurídico de mayor trascendencia valorativa (causas de justificación que eliminan la antijuricidad penal de la conducta típica)¹⁵⁸.

Bramont- Arias Torres define al "bien jurídico" como el interés jurídicamente protegido, aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para lograr un desarrollo económico y pacífico. Todo tipo del delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro -real, claro e inminente- o la lesión de un bien jurídico -de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Penal. Principio de lesividad-¹⁵⁹.

A través de este principio, el Estado controla la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. Partiendo de esto, su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal.

Por otra parte, no se podrá decir que un acto es ilícito si no se encuentra

¹⁵⁸ Peña Cabrera Freyre, Alonso R. ob. cit. pág. 65.

¹⁵⁹ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Lecciones de la Parte General y el Código Penal". Edit. San Marcos. Lima 1998, pág. 87.

fundamentado en la lesión de un bien jurídico. Entonces, se entiende por lesión al bien jurídico, a toda aquella acción que el agente cometa para causar un determinado daño a un bien que está protegido por el ordenamiento jurídico.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe entenderse como límite, mas no como fundamento. Esto último quiere decir que aun cuando se determine la presencia de un interés digno de protección jurídica (ejemplo: que los arrendatarios no paguen el alquiler), esto no supondrá necesariamente la intervención penal. No todo bien jurídico constituye un bien jurídico penal.

La finalidad primordial del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos tutelados y con ello también se logra el mantenimiento del orden social¹⁶⁰. Ello lo realiza a través de la pena sobre la base de los fundamentos prevencionistas que lo pregonan. A esto habría que agregar que toda intervención punitiva está sometida a determinados postulados expresamente por la comunidad, caso contrario dicha intervención perderá legitimidad. El llamado “fin ético-social” propio de autores como Welzel perseguían la protección de la vigencia de los valores éticos-sociales, de los valores elementos de la vida de la comunidad. La misión del Derecho penal –según Welzel- es proteger los valores elementales de la vida en comunidad¹⁶¹.

El bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. La mera protección de bienes jurídicos tiene solo un fin preventivo de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positiva. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la

¹⁶⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Instituto Pacífico Ed. 2014. Lima. P. 172.

¹⁶¹ WELZEL. *Derecho penal alemán*. Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. P. 173.

vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica.

Es de destacar que por el hecho de que se haya llegado al último escalón en la protección de los bienes jurídicos como es el Derecho penal y mortales consecuencias acarrea (la pena), solo pretenda el Estado, en cuanto a su estrategia, la actuación monopolizada o exclusiva del mismo sin tomar en cuenta las consideraciones de las otras disciplinas de las “ciencias penales” o “ciencia global del Derecho penal”, como lo son la dogmática jurídica, criminología positiva y actualmente la criminología crítica, victimología, penología, entre otros que si bien son distintos en su naturaleza, son complementarios y resulta eficaz de cara al objetivo común que orienta toda política criminal: estabilidad de la convivencia social.

El bien jurídico, entre otras funciones, cumple un protagonismo central en la interpretación de los tipos penales, pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que deba considerársele como el más importante elemento de interpretación¹⁶². Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común. En general, los “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”¹⁶³.

¹⁶² JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte General. Cit., vol. I., p. 352.

¹⁶³ ROXIN, Derecho penal. Parte general, cit., t. I, p. 56. Por otro lado, Zaffaroni precisa lo siguiente: “Si tuviéramos que dar una definición del mismo, diríamos que el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, e revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.

3.6. PRINCIPIO DE NECESIDAD O DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social¹⁶⁴. En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena, siempre afectará la idea de un Estado de Derecho. *"Sólo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad"*¹⁶⁵. Este principio de la necesidad de la intervención estatal significa un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. De lo expresado se desprende que la ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales -dentro de un Estado social y democrático de Derecho- sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal.

Se sabe que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Siendo esto así, a partir de este principio surgieron otros dos que son sumamente importantes para determinar la intervención del Derecho Penal en las conductas de las personas.

3.6. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD O DE ULTIMA RATIO

Este principio señala que cuando en la sociedad se realice algún hecho

¹⁶⁴ Establecido en el artículo 43° de la Constitución Política del Perú.

¹⁶⁵ BINDER, citado por Felipe Villavicencio T. en Derecho Penal. Parte General, ob. cit. pág. 92.

delictivo, primero debe recurrirse a otros recursos jurídicos –ya sean civiles o administrativos- que han de emplear el Estado para resolver el caso determinado, y recurrir en última instancia al Derecho Penal, pues este -por intermedio de las penas- se convierte en un mecanismo traumático para el autor del hecho criminoso.

Se trata de la *ultima ratio* o *extrema ratio*, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social.

3.7. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

El Derecho penal material solo legitima su protección a una parte (importante) de los bienes jurídicos, aquella que de acuerdo con criterios políticos-criminales se considere la más indispensable para la base y el funcionamiento del sistema social; en tal sentido, esta labor, fundamentalmente legislativa, no siempre se realiza de modo general, sino frecuentemente solo a determinadas formas concretas tanto de ataque (comportamiento) como de objeto de ataque (bien jurídico), de ahí que se hable también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal¹⁶⁶.

El principio de fragmentariedad o carácter fragmentario es un desprendimiento del principio de proporcionalidad. La fragmentariedad se expresaría por partida doble: se protegen ciertos y determinados bienes jurídicos (los más importantes), no todos; y de ellos se terminan prohibiendo las conductas que encierran un desvalor apreciable o un

¹⁶⁶ ROXIN, Derecho penal. Parte general, ct. T.I, p. 65. LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho penal. Parte general, cit., p. 83. AGUADO CORREA, Teresa, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Edersa, Madrid, 1999. P.249. Citados en REÁTEGUI SANCHEZ, James, Manual de Derecho Penal. Parte general. Vol. I. p. 213.

daño intolerable para el bien jurídico¹⁶⁷.

Este principio señala que el Derecho Penal va a tutelar aquellos objetos e intereses que son de importancia para la sociedad. Sin embargo, no toda conducta activa u omisiva que ocasione lesión a determinados bienes jurídicos va a ser merecedora de intervención punitiva, sino solamente aquellas conductas cuyo resultado delictuoso sea una vulneración a aquellos bienes jurídicos de suma importancia, es decir, bienes jurídicos que requieren de tutela penal para su desenvolvimiento en la sociedad. De ahí que, el Derecho Penal no proteja todos los bienes jurídicos sino una parte de ellos: bienes jurídicos penales.

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se lo puede utilizar para prohibir todas las conductas. "El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad"¹⁶⁸.

Este principio actúa como una directriz político-criminal, ya que determina hasta qué punto el legislador puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo.

La fragmentariedad tiene tres manifestaciones frecuentes en sus partes especiales: unas veces, se tipifican exclusivamente ciertas modalidades de ataque (v. gr. Solo la "dolosa"); en otras, opera con criterios selectivos de la antijuricidad, más estrictos que los restantes sectores del ordenamiento jurídico; y otras, por último, se prescinden de criminalizar comportamientos meramente inmorales. Así, el principio de legalidad es una de las manifestaciones de la fragmentariedad; en consecuencia, es a través de los "tipos" donde el Derecho penal originariamente debe seleccionar los bienes jurídicos y a su vez determinar los comportamientos relevantes; la protección penal debe atender una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función, de tal

¹⁶⁷ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal. Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 259.

¹⁶⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis, Bogotá, 2002. pág. 42.

forma que la protección del ambiente no gira en torno a una tutela “global” o “totalizadora” que conllevaría a un Estado policial y provocaría angustia e inseguridad en los ciudadanos, ya que se estaría criminalizando todo comportamiento típico (acciones y omisiones) que sea perjudicial para el ambiente natural, y obviamente de *lege ferenda* se exigiría que el título XIII el Código Penal peruano no solo tuviera un listado de 11 artículos (selectivo parcial) que castiga conductas antiecológicas, sino quizá 15 o 20 o más artículos para dar protección a casi todo lo que tenga que ver con el ambiente, haciéndolo “caer” en demasiadas detallistas, con la consiguiente tendencia a una sobrecriminalización primaria, que es precisamente lo que se quiere evitar¹⁶⁹.

3.9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Este principio señala que entre el delito cometido y la pena impuesta debe de existir una proporción. *"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes"* (Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal)¹⁷⁰; es decir, la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado¹⁷¹.

Este principio a la vez regula que para la imposición de la pena deben cumplirse con dos requisitos fundamentales:

- a) Primero**, que el delito haya sido cometido con dolo o culpa, de esta forma se excluyen aquellos delitos que son cometidos por hecho fortuito.
- b) Segundo**, que se establezca la culpabilidad del autor y que además reúna los requisitos indispensables para que se pueda iniciar un

¹⁶⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Manual (...) ob. cit. p. 213.

¹⁷⁰ La exposición de motivos del Código Penal, al referirse a dicha norma, expresa "proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho.

¹⁷¹ PÉREZ PINZÓN, citado por Felipe Villavicencio T. en Derecho Penal. Parte General, ob. cit. pág. 116.

proceso penal.

Además debemos distinguir que dentro de este principio encontramos tres sub-principios:

- a) **Idoneidad:** el legislador al momento de imponer una pena debe prever que cumple con un objetivo constitucionalmente legítimo.
- b) **Necesidad:** la intervención en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, es necesaria cuando están ausentes otros medios alternativos que revistan cuando menos la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado.
- c) **Proporcionalidad:** el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal.

3.10. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio de igualdad consagrado constitucionalmente¹⁷² señala que las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo, y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Esta igualdad también se ve reflejada en el Derecho Penal cuando se establecen las garantías para el cumplimiento de un proceso justo; es decir, que el trato de las personas -al momento de ser procesados por un delito- sea igual, sin hacer ningún tipo de diferenciación.

Sin embargo, las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar de modo taxativo previstas en las leyes o tratados internacionales.

Respecto a la igualdad en el Derecho Penal, Bramont-Arias refiere que este principio sólo requiere que no se establezcan excepciones o

¹⁷² En el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. "*Igualdad ante la ley*".

privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones" y concluye: "*en pocas palabras: igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones*"¹⁷³.

3.11. PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

También llamado *principio de proscripción de la crueldad*¹⁷⁴, se le ha considerado como el pensamiento central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales en un Estado democrático.

Este principio busca reducir esa secular violencia producida por la pena en el hombre y que lo afecta en sus derechos más importantes e imprescindibles como la vida (pena de muerte); libertad (pena privativa de libertad); y su patrimonio (pena de multa).

Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho respecto a los Derechos Humanos¹⁷⁵.

La principal misión de este principio es reducir la violencia estatal, aplicando las penas bajo criterios razonables y adecuando las penas a la Humanidad del Hombre. Sirve como un criterio rector y de orientación a la política criminal del Estado y al control penal en su conjunto.

¹⁷³ BRAMONT-ARIAS, 1950, pág. 242.

¹⁷⁴ ZAFFARONU/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pág. 125 (...) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires. 2000.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, citado por Felipe Villavicencio T. en Derecho Penal. Parte General, ob. cit. pág. 107.

CAPÍTULO IV

PATRIMONIO

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Patrimonio procede del latín *patrimonium*, *patri* ('padre') y *onium* ('recibido'), que significa «*lo recibido por línea paterna*», y hace mención al conjunto de bienes que pertenecen a una persona, ya sea natural o jurídica. La noción suele utilizarse para nombrar a lo que es susceptible de estimación económica, aunque también puede usarse de manera simbólica¹⁷⁶.

El concepto de patrimonio se remonta al derecho romano temprano (durante la República romana), periodo en el cual significaba algo así como la propiedad familiar y heredable de los patricios (de *pater*, 'padre') que se transmitía de generación a generación y a la cual todos los miembros de una gens o familia amplia tenían derecho¹⁷⁷.

A pesar que el dominio —entendido como derecho sobre la esencia de la cosa, es decir, el derecho absoluto sobre ella¹⁷⁸— recaído sobre esa propiedad no era de ningún individuo en particular, sino de la familia como tal a través de las generaciones, en ese periodo se entendía que estaba bajo el control o administración del *pater familias*, quien podía disponer de los bienes libremente pero estaba bajo la obligación de preservarla y aumentarla en la medida de lo posible; siguiendo esta línea, Guillermo Borda resume la situación así: «*El pater familiae preside una comunidad constituida por su mujer, hijos, parientes y esclavos.*

¹⁷⁶ GRISPIGNI, citado por Manuel G. Abastos Hurtado en "*Derecho Penal- Parte Especial*". U.N.M.S.M., Lima. 1980, pág. 2.

¹⁷⁷ Friedrich Engels. "El origen de la familia, la propiedad privada y el estado". Capt VI: La Gens y el Estado en Roma. Pág. 92.

¹⁷⁸ Para el derecho romano, el concepto de "*dominiun*" equivalía a un derecho absoluto sobre la "esencia de la cosa", es decir, el derecho a transformarla, destruirla, etc., que incluía, pero se diferencia, del derecho a gozar de ella (usufructo). Dominiun correspondía sólo al "populos" (pueblo romano) o —posteriormente— al Emperador.— (Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX, Valparaíso - 2008, pp. 345 – 385). La cual puede ser descargada en el siguiente link: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>

*Tenía sobre todos poder de vida y muerte (...) Era el dueño de todos los bienes familiares y disponía libremente de ellos, quienquiera los hubiera adquirido con su trabajo».*¹⁷⁹

Así, por ejemplo, Procopio de Cesarea escribe (alrededor del 540 DC): *“Pero mientras esas cosas sucedían como lo he explicado, Teodato fue denunciado frente a Amalasantha por numerosos tuscanos, quienes afirmaron que él había ejercido violencia contra todos los habitantes de esa región, habiéndose, sin causa, apropiado de sus estados, tomando no sólo los bienes privados sino especialmente aquellos que pertenecían a la familia real, lo que los romanos están acostumbrados a llamar “patrimonio”.*¹⁸⁰

Ese doble —y más bien confuso— sentido del término se mantuvo en la tradición legal hasta aproximadamente la promulgación del Código Napoleónico¹⁸¹. Si bien el código mismo trata el concepto de manera superficial¹⁸², es la perspectiva —fuertemente influenciada por la visión liberal— desde la que el término adquirió su connotación de propiedad individual.

Comentaristas interesados originaron lo que hoy ha llegado a llamarse la “Teoría del patrimonio”. La “ruptura” con la concepción tradicional de patrimonio fue tal que algunas autoridades trazan el origen del concepto

¹⁷⁹ Guillermo A. Borda y Abeledo Perrot. “Tratado de Derecho Civil – Familia” - Tomo I. 1993: Descargable en el siguiente link: <http://www.scribd.com/doc/13636813/Bod>

¹⁸⁰ Traducción del texto siguiente: *“But while these things were going on as I have explained, Theodatus was denounced before Amalasantha by many Tuscans, who stated that he had done violence to all the people of Tuscany and had without cause seized their estates, taking not only all private estates but especially those belonging to the royal household, which the Romans are accustomed to call ‘patrimonium’.*”, el mismo que es un extracto del libro titulado “Procopius: History of the wars, books V and VI” de William Heinemann Ltd., el cual puede ser descargado del siguiente link: <http://www.gutenberg.org/files/20298/20298-h/20298-h.htm>

¹⁸¹ El **Código Civil francés** (llamado **Código de Napoleón** o **Código Napoleónico**) es uno de los más conocidos códigos civiles del mundo. Denominación oficial que en 1807 se dio al hasta entonces llamado Código Civil de los franceses, aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas. Creado por una comisión a la que le fue encomendada la recopilación de la tradición jurídica francesa, dio como resultado la promulgación del *Code civil des Français* el 21 de marzo de 1804, durante el gobierno de Napoleón Bonaparte.

¹⁸² La única referencia sobre el término para referirse a la propiedad de un individuo es la contenida en el artículo 963° del Libro III, Título II, Capítulo IV, Sección II del Código Civil de Napoleón, el cual establece: *“Los bienes comprendidos en la donación revocada ipso iure volverán a entrar en el patrimonio del donante libres de toda carga é hipoteca impuesta por el donatario (...)”* (Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807-Madrid MDCCCIX en la imprenta de la Hija de Ibarra).

a este momento.¹⁸³

Dado que las disciplinas sociales modernas tienden a considerar la propiedad como un conjunto de derechos, esa "teoría del patrimonio" tiende a referirse a derechos más que a cosas: patrimonio es «el conjunto de derechos y obligaciones de una persona jurídica».¹⁸⁴

Siendo esto así, el concepto de "patrimonio", nos inserta en las múltiples y variadas relaciones que se suscitan y/o entablan entre los individuos y los bienes (muebles e inmuebles), dando lugar a la vigencia de los denominados "Derechos Reales", comprendiendo los derechos a la propiedad, a la posesión, al uso, disfrute y enajenación, que pueden verse seriamente afectados cuando se producen las conductas típicas comprendidas en el Libro Segundo del Código Penal. Sin embargo, resulta imprescindible fijar un concepto privativo del Derecho penal, con respecto al Patrimonio, pues si lo entrecruzamos con las definiciones que se proponen con el Derecho Civil, podemos extender el ámbito de protección de la norma jurídico-penal, más allá de los límites que legitiman la intervención del *ius puniendi* estatal, tarea que se ajusta a los cometidos preventivos que se desprenden de este medio de control social.

4.2. EL PATRIMONIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El título quinto del Libro Segundo del Código Penal Peruano de 1991, se refiere a los delitos contra el patrimonio. En otros Códigos Penales, estos delitos tienen la denominación de "delitos contra la propiedad".

En el ordenamiento penal peruano, la actual denominación no era así por cuanto se le conocía como "delitos contra la propiedad" que

¹⁸³ Teoría Clásica o del Patrimonio de personalidad. La forma originaria de la teoría clásica, subjetivista o personalista del patrimonio se debe a Aubry y Rau, en su tratado de Derecho civil, quienes la elaboraron en base a los artículos del Código Napoleónico que corresponden a los artículos 1863 y 1864 de nuestro código civil. Para Aubry y Rau el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, valorables en dinero, consideradas como una universalidad jurídica y ligadas entre sí por estar sujetas a la voluntad de una misma persona. (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H. "Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General". Ed. Jurídica de Chile. 1998. Pág. 479.

¹⁸⁴ Ídem.

emplearon el Código Penal de Santa Cruz de 1836, el Código Penal de 1863, el proyecto de 1916; sin embargo el legislador de 1924 prefirió la denominación “delitos contra el Patrimonio”, la cual es ratificada por los anteproyectos de 1928, 1972, 1984, 1985, 1986, en los proyectos de 1987, 1989, 1990, el proyecto de 1991 y el actual Código Penal.

Nuestro legislador, en el Código Penal actual, manteniendo la misma rúbrica del Código Penal de 1924, ha sido consciente de todas las dificultades que conlleva el empleo del término “propiedad”, en la medida en que tal concepto no abarca todos los compartimientos típicos acogidos bajo el Título V, de ahí que en la actualidad, tanto en el ámbito penal como en el civil, se utilice en cuanto término más apropiado el de “patrimonio”¹⁸⁵.

3.3. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL PATRIMONIO

Sobre el patrimonio en el campo penal, se han mantenido diferentes posiciones que tratan de esclarecer su significado- Fundamentos son cuatro las tesis planteadas en torno al concepto de “patrimonio”, a continuación procederemos a desarrollarlas:

Concepción jurídica

Para esta tesis, el patrimonio se encuentra constituido por valores reconocidos como derechos subjetivos. Fernández, Miguel expresa que esta concepción jurídica de patrimonio corresponde a una época ya superada de pan-civilismo en la que se quiso convertir al Derecho en un ente acéfalo de carácter dependiente; actualmente esta tesis no tiene aceptación en la doctrina.

En este caso se hace alusión a los derechos subjetivos, es decir, a las posesiones jurídicas que reconoce el ordenamiento jurídico, con respecto a su titular; lo que es objeto de tutela son todos aquellos

¹⁸⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Lecciones de la Parte General y el Código Penal*. Edit. San Marcos. Lima 1998, p. 87.

bienes, que dimanen del derecho positivo, al margen de su valorización económica.

Coherentemente la pérdida o gravamen de derechos sobre cosas o bienes constituirá perjuicio patrimonial¹⁸⁶; quiere decir esto, que lo que es objeto de incriminación no es el menoscabo del acervo patrimonial que se ve concretizado cuando el bien es sustraído de la esfera de custodia de su titular, sino la privación de la mera tenencia sobre la cosa; es decir, el Derecho Penal es capaz de construir sus propios conceptos, aun cuando estos tengan su origen en otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que conlleva a que no sea necesario adoptar un punto de vista encadenado al Derecho civil¹⁸⁷.

Concepción económica

Para los partidarios de esta posición, patrimonio viene a ser suma de bienes de una persona que quedan tras el descuento de las obligaciones; hay autores que lo estiman como “conjunto de valores económicas que le corresponden a una persona”.

Esta concepción deja de lado la posición de los «derechos subjetivos» amparados por el ordenamiento jurídico, para ingresar a un terreno netamente económico, es decir, a la valuación del bien, en orden a la acreditación del menoscabo patrimonial. De esta forma se pretende dotar de una mayor materialidad, en cuanto al injusto típico se refiere, dando lugar a la exigencia de un desvalor del resultado, que debe expresarse de forma dineraria.

El patrimonio vendría a constituir el conjunto de bienes, valores, etc., que se encuentran atribuidos a una persona, al margen de su reconocimiento o no del ordenamiento jurídico; por tanto, según lo descrito, lo importante no serían los derechos subjetivos sino las «posesiones económicas».

¹⁸⁶ VALLES MUÑIZ, José Manuel "Delito de Estafa y Delimitación Jurídico-Penal". Editorial Bosch. Barcelona. 1987. pág. 249-250.

¹⁸⁷ Citado por Raúl Peña Cabrera en "Delitos Tratado de Derecho Penal", II-A, cit., pág. 51.

En consecuencia, todas las teorías económicas coinciden en los siguientes elementos: a) el reconocimiento como parte del patrimonio de toda posesión que tenga valor económico al margen de que se derive un derecho o de la posibilidad de una constatación jurídica, y b) la posibilidad de compensación por el daño sufrido patrimonialmente y del lucro cesante, claro está, apelando a criterios económicos y objetivos¹⁸⁸.

En definitiva, el gran inconveniente de la teoría económica es su enorme permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico.

Se critica esta concepción por la vaguedad de la noción de “valor económico”, de la cual parte, pues de cara a la norma penal, la inseguridad que ostenta lo hace desdeñable. Esta teoría económica, también resulta muy amplia porque hay situaciones que tienen contenido económico pero no pueden ser protegidas por la norma penal¹⁸⁹.

Concepción patrimonial personal

Tesis mantenida por Otto Harro¹⁹⁰. Según esta posición, el concepto de patrimonio depende de la opinión del sujeto pasivo de la infracción. Para Otto Harro lo que se pretende asegurar y posibilitar es el desarrollo de la personalidad del individuo.

El patrimonio es una garantía objetiva para el desarrollo subjetivo, destacando principalmente el valor de uso de las cosas sobre el valor económico.

Bramont-Arias Torres, Luis Antonio, comentando esta tesis expresa “se concede una sobrevaloración al momento subjetivo de la infracción, lo cual puede llevar a soluciones injustas, puesto que no existe ningún

¹⁸⁸ PAREDES INFANZON, Jelio. *Delitos contra el patrimonio*. Citado por Raúl Peña Cabrera en "Delitos Tratado de Derecho Penal", II-A, cit., pág. 52.

¹⁸⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, cit. En PAREDES INFANZON, Jelio. Delito contra el patrimonio, p. 26.

¹⁹⁰ OTTO HARRO, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, ob. Cit., p. 284-285.

parámetro objetivo de valoración.

Posición "mixta"

Finalmente, ante las dos primeras teorías anteriormente descritas y abiertamente divergentes, surge siempre una que pretende sintetizar ambas, desde una óptica ecléctica, de tal modo que la postura mixta ha de combinar elementos que se desprenden de las dos anteriores, a fin de revelar una mejor sistematización y cohesión del bien jurídico.

Peña Cabrera, refiriéndose a esta tesis, señala que contrariamente a la concepción jurídica, comprende a todos los bienes patrimoniales que ostentan un valor económico, independientemente, que sean o no derechos subjetivos; en tanto que, diferenciándose de la teoría económica, involucra receptivamente como bienes patrimoniales a aquellos que la persona dispone atendiendo a una relación jurídica¹⁹¹.

Como expresa WELZEL, el patrimonio de una persona estará integrado por la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico. No basta, por tanto, con la exclusiva relación fáctica, sino que es necesario la existencia de alguna clase de relación jurídica; pero por otra parte lo jurídico (sean derechos, obligaciones u otras formas jurídicas) no agota el problema, sino que es necesario que tales relaciones tengan una significación económica, esto es, valuable en dinero¹⁹².

Según lo expresado precedentemente, el comportamiento de relevancia típica deberá incidir sobre bienes que necesariamente son susceptibles de ser cuantificados económicamente, en orden a sustentar materialmente el perjuicio y el menoscabo en estos injustos; pero, debe tratarse de bienes que cuentan en «apariencia» con protección jurídica.

El daño moral y las expectativas de ganancias probables (lucro cesante)

¹⁹¹ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial, delitos contra el Patrimonio. Tomo II-A. Ediciones Jurídicas. Lima 1995, p. 50-51.

¹⁹² BUSTOS RAMIREZ, Juan J. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Editorial Ariel S.A. 2º Edición. Barcelona. 1991. pág. 290.

tendrán incidencia en la responsabilidad civil, pero no son relevantes a efectos de tipificación y determinación de la pena (salvo que expresamente se establezca lo contrario)¹⁹³. Se requiere entonces, de bienes que tengan una existencia real y determinable.

En el caso de delitos como la usurpación, la posesión será objeto de protección, pues forma parte del patrimonio.

Sin embargo, un aspecto debatido es la detentación de los bienes muebles poseídos de forma antijurídica, esto es, en franca contravención al derecho positivo. En efecto, no puede solicitar amparo jurídico (penal), quien obtuvo el bien, en contravención a las disposiciones legales; máxime, en los procesos penales que versan por delitos contra el patrimonio, resulta indispensable acreditar el título dominical.

Por los fundamentos expuestos, consideramos que la concepción mixta, es la que de mejor forma se adecúa a la naturaleza de los delitos – contra el patrimonio- que se regulan en el Código Penal, tomando en cuenta la perspectiva patrimonialista que incide en la afectación económica y en la forma de que cómo el ordenamiento jurídico dispone el recobro de los bienes despojados de forma antijurídica.

Esta concepción es la que goza de mayor aceptación por la doctrina penal. Lo que caracteriza al concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico del bien como la protección jurídica que brinda la relación de una persona con el bien¹⁹⁴.

4.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

La doctrina clasifica a los delitos patrimoniales de la siguiente manera:

a) Según se obtenga un determinado enriquecimiento, se dividen en:

1. Delitos de enriquecimiento

¹⁹³ GONZALEZ RUSS, Juan José "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)". cit. pág. 551.

¹⁹⁴ PEÑA CABRERA, Raúl, ob. cit., p.55.

Son aquellos en los que el sujeto activo busca una determinada ventaja patrimonial, hurto, estafa, apropiación ilícita, pudiendo llevar a cabo la obtención de tal ventaja a través de diferentes modalidades que, fundamentalmente son de apoderamiento (robo, hurto) o de defraudación, donde se pone el acento en determinada relación entre el sujeto activo y pasivo (engaño, confianza).

En todo caso por enriquecimiento hay que entender sólo el ánimo de lucro, porque ciertamente puede ser que en los hechos ese apoderamiento no se produzca, como por ejemplo: si el sujeto se apodera de ganado enfermo, que además de moverse destruye su propio ganado; y aún podía suceder que por cualquier razón la cosa no llegue a su poder, así en la estafa en que basta la disposición patrimonial sin perjuicio para que se consume el delito¹⁹⁵.

2. Delitos sin enriquecimiento

Son aquellos en que el sujeto activo sólo persigue un perjuicio del sujeto pasivo (daño); en esta clasificación se parte de la consideración económica del patrimonio, que es la más sensible desde un punto de vista sistemático.

b) Según el objeto material sobre el que recae, pueden clasificarse en:

b.1) Sobre bienes muebles: Hurto, robo, abigeato, apropiación ilícita y receptación.

b.2) Sobre bienes inmuebles: Usurpación.

b.3) Sobre bienes muebles o inmuebles: Estafa y otras defraudaciones, extorsión, daños.

b.4) Sobre bienes muebles, inmuebles y derechos: Fraude en la

¹⁹⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. ob. cit. pág. 162.

administración de personas jurídicas.

Siendo esto así, es necesario precisar que el concepto de "patrimonio " - en el ámbito de su implicancia jurídico-penal- que importa para el desarrollo de esta tesis, es el referido a los delitos patrimoniales de enriquecimiento sobre bienes inmuebles, puesto que dentro de esa clasificación podemos ubicar a la figura ilícita de usurpación, la cual es materia de análisis para el desarrollo del presente estudio.

CAPÍTULO V EL DELITO DE USURPACIÓN

5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL DELITO DE USURPACIÓN

El Derecho Romano, en materia de usurpación, no tiene un tratamiento unitario, el despojo está previsto como una forma posible de crimen.

En el Derecho Cristiano no se ha encontrado indicios de la naturaleza sagrada de los límites, los cuales sí existieron en el hebreo antiguo y que lo encontramos en la Biblia cuando prohíbe cambiar engañosamente los linderos de las propiedades¹⁹⁶.

En la Edad Media, los franceses solían equiparar las alteraciones de los linderos al robo y los sancionaban como barbáricas que consistían en azotes o galeras, pero siempre incluyendo reparaciones civiles. En el Código Rural de 1791 se hace una clasificación de acuerdo a la gravedad, desde el mero cambio de linderos hasta el perseguir propósito de usurpación. En el Código Napoleónico todavía subsistió la asimilación al robo de la figura de alteración de linderos¹⁹⁷.

En el Perú, el delito de usurpación tiene su antecedente legislativo en el Código Penal de 1924, el cual lo abordó en su artículo 257¹⁹⁸.

La autonomía de la figura delictiva encuentra su explicación en la naturaleza misma de los bienes sobre los cuales recae la acción del o los agentes, es decir, sobre los bienes inmuebles. Es técnicamente inapropiado y materialmente imposible hablar de "sustracción de un

¹⁹⁶ Se prohíbe desde la antigüedad el cambio de linderos (Deuteronomio 19:14; 27:17). Tal hecho podría empobrecer una familia y era -en un sentido legal- un robo.

¹⁹⁷ PAREDES INFANZON, Jelio. *"Delitos contra el patrimonio"*. Gaceta Jurídica. 2º Edición. Diciembre 2000., ob. cit. pág. 284.

¹⁹⁸ El cual establecía lo siguiente: "*Artículo 257º. 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 parte de un inmueble, destruye o alterare los términos o límites del mismo.*
3. *El que, con violencia o amenazas turbare la posesión de un inmueble.*"

inmueble"¹⁹⁹.

El derecho penal ha creado la figura de la usurpación, la cual se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza o mediante actos clandestinos, despoja, destruye linderos o turba la posesión pacífica que tiene su víctima sobre un bien inmueble.

En el Código Penal peruano vigente de 1991 -como también lo hizo en su momento el Código Penal abrogado de 1924- se protege -como no podría ser de otra manera- el "patrimonio" de las personas, y dicha protección penal lo realiza en todos los sentidos posibles, porque entendemos que el patrimonio²⁰⁰ -o también la propiedad como concepto mucho más antiguo- representa una de las condiciones vitales para la supervivencia del ser humano en la vida social; siendo esto así, se desprende que el patrimonio tiene similar jerarquía que la vida independiente o dependiente, como la integridad física o salud personal, como la libertad personal, o como el honor, ya que todos estos aspectos hacen realidad las aspiraciones del hombre en sociedad, y que el Derecho- en este caso el Penal- debe y tiene que brindar la protección respectiva según lo determina el precepto constitucional.

5.2. CONSIDERACIONES PREVIAS

En primer término, la principal diferencia entre el delito de usurpación con las demás figuras delictivas que atacan también el patrimonio conformado por los bienes con valoración económica de las personas, radica en que la usurpación ataca la posesión sobre los bienes de naturaleza inmueble. Es decir, solo aquellos bienes que tienen la calidad de inmuebles son

¹⁹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *"Derecho Penal. Parte Especial"*. Vol. II. 4° Edición. Editorial Iustitia. Lima 2010. pág. 1185.

²⁰⁰ En la Constitución Política del Perú solo encontramos enunciados relativos al concepto de "propiedad", mas no al concepto de patrimonio. En efecto, el artículo 70° de la Constitución prescribe lo siguiente: *"El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio"*.

susceptibles de ser usurpados. Jurídicamente es imposible usurpar un bien mueble.

En la Real Academia de la Lengua Castellana, encontramos que "bien" es toda cosa útil y beneficiosa que atrae nuestra voluntad. Son términos sinónimos "beneficio, riqueza, don, valor, hacienda, caudal, recursos"²⁰¹. En suma, se puede concluir que "bien" indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas.

Teniendo claro qué significa "bien", ahora corresponde determinar qué se entiende por "bien inmueble". En la cátedra de "Derechos Reales" aprendimos que la primera diferencia entre bienes muebles e inmuebles radica en que los primeros son movibles o transportables de un lugar a otro, en tanto que los segundos no pueden ser objeto de transporte.

En tal sentido, bien inmueble constituirá todo bien con existencia real y con valor patrimonial para las personas, que no pueden ser transportados de un lugar a otro, es decir, no son movibles; asimismo, estos pueden ser de naturaleza pública o privada.

En consecuencia, nuestro derecho penal utiliza el concepto de bien inmueble en su acepción amplia a diferencia del derecho privado que -de acuerdo al Código Civil- recoge la acepción restringida, pues no utiliza como base para conceptuar "bien inmueble" el elemento "no transportabilidad o inamovilidad". Sobre tal sentido, así se ha pronunciado nuestra doctrina nacional en señalar que: la ley penal solo se refiere a aquellos bienes que por su naturaleza o por accesión física, son considerados inmuebles; de tal modo, se considerará "inmueble" -para los fines de la usurpación- a toda cosa que no sea susceptible de transportarse de un lugar a otro, por estar efectivamente quieta, firme y fija en un determinado sitio²⁰². Posición distinta que asume el Juez Supremo Javier Villa Stein²⁰³, al sostener que se debe considerar bienes

²⁰¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 10ª Edición, puede consultarse en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (acceso el 14-08-2013).

²⁰² BRAMONT--ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". 3º Edición aumentada y actualizada. 1997. pág. 373.

²⁰³ VILLA STEIN, 2001, p. 177.

inmuebles los que así los señala el derecho civil peruano.

5.3. TIPICIDAD OBJETIVA

5.3.1. Bien jurídico protegido. Determinación y alcances

Habida cuenta que el delito de usurpación de inmueble se encuentra ubicado dentro del Título V –Delitos contra la Propiedad- del Libro Segundo del Código Penal, será más que claro que el objeto de tutela de dicho ilícito estará vinculado a la propiedad.

En ese sentido, se tiene que el bien jurídico protegido es la posesión material, tenencia o ejercicio de un derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble. Debemos precisar que, lo que el tipo penal protege no es el título de propietario, sino la posesión material o la tenencia que de él se deriva, por lo que el delito sólo puede incidir en las manifestaciones de dominio.

Como señala Creus, lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, procedan estos del dominio o de otras circunstancias o relaciones; es decir, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble²⁰⁴.

En ese sentido, el bien jurídico protegido estará dado por el uso y goce pacífico de un inmueble, representado ello en el ejercicio de la posesión, tenencia o de los derechos reales a los cuales realiza una remisión el precepto contenido en el artículo 202° del Código Penal. Así, corresponde afirmar que no se protegerá a quien sea titular de ellos –es decir, a quien detente el derecho a la posesión, tenencia o a poder ejercer un derecho real previamente constituido-, sino a quien

²⁰⁴ Por su parte, en la doctrina comparada, DONNA citando a NUÑEZ sostiene: "En el caso de la usurpación por despojo, el bien jurídico protegido -la propiedad- no se protege sólo en relación al título de dominio del inmueble o en referencia al derecho real, sino también en relación al hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos. Por ello es que resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que da el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión. DONNA Edgardo Alberto en "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-B, pág. 731.

lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de los mismos y luego se vea privado de ellos de la forma como lo dispone la letra legis.

En sintonía con lo anteriormente expuesto, se encuentran Laura Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano, quienes afirman que “la tutela penal se aplica a la posesión real y efectiva, ejercida con prescindencia del derecho o título; por ello comprende tanto la posesión legítima como la ilegítima, sea esta de buena o mala fe o viciosa”²⁰⁵. De esta forma, el análisis deberá centrarse principalmente en la relación que exista entre la persona y el bien inmueble, pasando a un segundo plano el estudio del título en el cual eventualmente pueda reposar la misma.

Siguiendo esta línea de ideas, Savigny precisa que la posesión tiene dos elementos: el *corpus* y el *animus*. El primero es el contacto físico con la cosa o la posibilidad de tenerla, mientras que el *animus* es la intención de conducirse como propietario, esto es, el no reconocer la propiedad de otro. Hierging, por su parte, descarta este último elemento, dada su difícil probanza y la necesidad de ampliar el espectro de la protección posesoria; y, en cuanto al *corpus*, lo flexibilizó al máximo, afirmando que es poseedor quien conduce respecto de la cosa como lo haría un propietario, es decir, lo usa o la disfruta.

Esto no significa que el derecho de propiedad no sea objeto de protección por el delito de usurpación; sin embargo, el titular del bien será protegido en tanto ostente la posesión material del mismo; pues, en caso contrario, deberá recurrir a la vía correspondiente para ejercitar su derecho²⁰⁶.

²⁰⁵ Laura Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano, “art. 181”, en Ricardo Levene -h.- (dir.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Zavallía, 1978, Buenos Aires, 365; en este sentido también se pronunció Jorge E. Buompadre, *Derecho Penal, Parte Especial*, Mave, Buenos Aires, 2000, II, 256, entre otros.

²⁰⁶ En el R.N. 1017-2002-Lambayeque, la Corte Suprema de Justicia de la República señaló: “el artículo 202° del texto penal vigente describe tres tipos de comportamientos en el delito de usurpación, como son los actos de destrucción o alteración de linderos, actos de despojo y turbación de la posesión de

Asimismo, se desprende también que la vigencia de aquellas situaciones en las cuales se encuentra la persona, no necesariamente implicarán que tendrá que estar permanentemente en contacto material con la cosa –por ejemplo, una vivienda-, ya que el hecho de la posesión, tenencia o el ejercicio de los derechos reales, no requieren la presencia de la víctima en el lugar –como así tampoco el tipo penal en estudio-, lo que lleva a sostener que si la vivienda se encuentra desocupada y una persona se introduce valiéndose para ello de alguno de los medios comisivos enumerados, se estará igualmente lesionando el bien jurídico protegido, debiendo analizarse a posteriori si el despojo realizado lo fue de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real.

Lo dicho, marca la importancia que reviste el efectivo ejercicio de la posesión o la tenencia –por decir-, lo cual lleva necesariamente a tener que realizar un examen concreto en cada caso, para poder determinar si quien afirma su condición de víctima de un despojo, puede ser considerado como sujeto pasivo de este delito y encontrar el amparo de la justicia penal. De esta forma, resultará por demás significativa la situación de hecho que detente una persona en relación a un bien inmueble.

También se sostiene que se tutela de forma indirecta la libertad, vida e integridad física de los sujetos pasivos del delito, dado a que el agente puede emplear como medios típicos la violencia o amenaza (despojo y turbación de la posesión), con lo que se afecta dichos bienes jurídicos.

un inmueble; que, en el presente caso la conducta típica atribuida al procesado, es la que describe el inciso 2° del citado articulado y cuya tipicidad objetiva consiste en despojar mediante violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza a otra de la posesión o tenencia -basta con la existencia de un poder de hecho consolidado sobre el bien- o el ejercicio de un derecho real sobre un inmueble, y en cuanto a la tipicidad subjetiva se requiere necesariamente el dolo; advirtiéndose en todo caso un conflicto por la propiedad del bien sub litis, la misma que deberá ser dilucidada en vía diferente a la penal .."

5.3.2. Objeto material del delito

El objeto material del delito es un bien inmueble; sin embargo, esta expresión tiene un alcance más restringido que el señalado en la legislación civil; como se sabe, de conformidad con lo previsto en el artículo 885° del Código Civil, modificado por la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, *son inmuebles: el suelo, el sub suelo y el sobresuelo; el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales; las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; los diques y muelles; las concesiones para explotar servicios públicos; las concesiones mineras obtenidas por particulares; los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro; los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.*

En el caso del delito en análisis, sólo puede considerarse a los inmuebles por naturaleza, es decir, aquellos que tienen como característica natural la inmovilidad, que están arraigados al suelo, no son susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro, son apreciables por los sentidos; esto es, el suelo, mientras que todo aquello que es incorporado al suelo (construcciones) será materia de usurpación en tanto se encuentre integrado al mismo; de tal forma que no serán objeto del delito lo que estuvo adherido al suelo pero que se ha separado del mismo, en tanto adquieren la calidad de bienes muebles y por ende son materia de hurto. Como se sabe, los bienes pueden cambiar su condición cuando se produzca un fenómeno natural o jurídico que los altere.

5.3.3. Comportamiento típico

El tipo penal vigente prevé cuatro modalidades delictivas:

A) Destrucción o alteración de linderos

El bien jurídico protegido por este delito resulta ser la tenencia y la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble; ello se verá representado en el uso y goce pacífico que llevará adelante quien

sea reputado como sujeto pasivo.

Según refieren Tomás Aladino Gálvez Villegas y Walther Javier Delgado Tovar²⁰⁷, el agente del delito -en este supuesto- sólo puede ser el ocupante del inmueble colindante al del bien inmueble que se ve afectado en sus linderos, puesto que es la única persona que se puede apropiarse de todo o parte del inmueble, mediante la destrucción o alteración de los linderos.

Sujeto pasivo del delito es el poseedor, tenedor o propietario del inmueble sujeto a alteración o destrucción de linderos.

El comportamiento consiste en apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruyendo o alterando los linderos del mismo²⁰⁸.

Destruir es eliminar o inutilizar los linderos (por eso consideramos que dicha acción lo puede ejecutar cualquier persona). Por alterar los linderos se entiende desplazar los linderos de un lugar a otro, entendiéndose que esto lo puede realizar el vecino colindante al inmueble afectado.

Los linderos son los límites materiales de un bien inmueble; es decir, los signos físicos, naturales (acequias, árboles, piedras, etc.) o artificiales (cercos, edificaciones), fijos y permanentes que constituyen la línea divisoria entre dos bienes inmuebles, sean estos urbanos o rurales²⁰⁹. No interesa si estos objetos materiales están ubicados en forma continua o discontinua, siempre que cumplan su objetivo demarcatorio²¹⁰.

La destrucción y la alteración son los medios usados por el agente para lograr apoderarse de parte o de la totalidad del inmueble objeto material del delito; esta es la finalidad con la que debe obrar el agente; en caso contrario, no habrá delito de usurpación. Se

²⁰⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *"Derecho Penal. Parte Especial"*. Tomo II. Juristas Editores. 1° Edición. Mayo 2012. pág. 1148.

²⁰⁸ PAREDES INFANZON, Jelio. ob. cit. 288.

²⁰⁹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier.

²¹⁰ ROY FREYRE, citado por Salinas Siccha, Ramiro, ob. cit. pág. 1190.

trata de un delito de tendencia interna trascendente o de un delito mutilado de dos actos, en el cual la acción del autor: destruir o alterar los linderos, es realizada como medio para luego realizar por él mismo una actividad posterior: apropiarse de todo o parte de un inmueble.

El empleo de la fuerza contra las cosas es regla inherente en la destrucción o alteración de linderos, más si existiese violencia física contra las personas, estaremos ante la modalidad de usurpación prevista en el inciso 2 del art. 202° del Código Penal.

B) Despojo de la Posesión

Esta figura penal se encuentra en el inciso 2° del artículo 202° del Código Penal, produciéndose cuando *"el que, por 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"*.

Conforme se desprende del texto de la norma, se encuentra reprochada penalmente la conducta de quien despoje a otro; por ello, es necesario delimitar los alcances del término *"despojo"*. La lengua castellana define al verbo *"despojar"* como *"privar a alguien de lo que goza y tiene, desposeerle de ello con violencia"*²¹¹. Esta noción –a la luz de la conceptualización del bien jurídico protegido antes desarrollada- es la que debe otorgársele al verbo contenido en la norma.

Luego de la aproximación realizada –y teniendo presentes aquellos postulados-, corresponde precisar la significación que el mismo posee en el contexto del delito *sub examine*.

Respecto a este supuesto, Bramont- Arias Torres nos dice: *"por despojo se entiende todo arrebato o desposesión a su titular de la*

²¹¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 10ª Edición, puede consultarse en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (acceso el 05-10-2013).

*posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real*²¹².

Peña Cabrera indica que con la figura del despojo, la ley protege el tranquilo disfrute de las cosas o bienes, de modo que el propósito de la norma, es hacer posible la ausencia de perturbación en el cumplimiento de la posesión de los bienes inmuebles y el ejercicio de un derecho real. La propiedad inmueble en el despojo propiamente dicho se encuentra incólume; de ahí que la protección legal no sea directamente a la propiedad, sino específicamente al tranquilo disfrute del bien, entendida esta última, como el goce que permite el ejercicio de un derecho real constituido sobre un inmueble. Se contempla la situación de disfrute que se da entre un sujeto y un inmueble (bien o derecho), siempre que ella esté protegida jurídicamente (propiedad, posesión, uso, usufructo, etc.)²¹³.

No obstante, en esta línea de ideas, Bramont-Arias Torres / García Cantizano afirman que es *“(...) necesario aclarar que la simple utilización para despojar, aún con la convicción de tener derecho sobre el inmueble, constituirá ya usurpación. En cambio, estará permitido el empleo de la fuerza por parte del sujeto pasivo para recobrar el bien, cuando de manera inmediata, es decir, sin dejar transcurrir lapso de tiempo alguno tras desposesión; sin embargo, deberá de abstenerse en el uso de vías de hecho que no están justificadas por las circunstancias (artículo 920° del Código Civil)*²¹⁴.

Así, la persona que lleve adelante el despojo tendrá que privar -con su proceder- efectivamente la posesión o tenencia que gozaba el sujeto pasivo en un momento determinado. En este sentido

²¹² BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. ob. cit. 376.

²¹³ Véase PEÑA CABRERA, Raúl; *“Derecho Penal Parte Especial II- A, Delitos contra el patrimonio”*, 1995, Lima, Pág. 509. Este mismo autor señala que: *“Es obvio, quien mediante la violencia, engaño o abuso de confianza de un inmueble estará frente a un delito de estafa, extorsión o daños. Y es que como dijimos, la ley no sanciona a quien despoja o priva del documento que acredite la propiedad o titularidad de un inmueble o de un derecho real constituido sobre él, sino a quien despoja del goce real y efectivo del inmueble sobre el que se haya levantado un título de propiedad o un derecho real”*.

²¹⁴ BRAMONT – ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO; 1994, citado por James Reátegui Sánchez / Carlos Samuel Espejo Basualdo, *“El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano”*, Jurista Editores, Lima 2012.

corresponde afirmar que no habrá privación, y por ende, tampoco despojo de la posesión o la tenencia de un inmueble, si no existe un uso o goce previo por parte de una persona -o de un tercero en su nombre-, ya que este resulta ser un presupuesto necesario para su configuración; sería ilógico considerar que se podría privar a alguien de lo que no tiene o posee, ya sea por sí o por otro.

También habrá despojo si a la persona que se encontraba llevando adelante las situaciones tuteladas por la norma, se le impide que continúe realizando actos propios de la ocupación que venía ejercitando, lo que ocurre –por ejemplo- cuando se cambia la cerradura de la vivienda donde se venían desarrollando aquellas. Esto es así, ya que “la norma sustancial no distingue entre actos de despojo para ocupar o para repeler el acceso de la víctima, de modo que ambas modalidades constituyen delito”.

Por otra parte y de poder constatarse el efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un poseedor o tenedor –o quien se encuentre llevando adelante el ejercicio de un derecho real- habrá que observar si el actuar del sujeto activo se encuentra dirigido a cometer un despojo. Esto resulta de importancia ya que podría ocurrir que la finalidad buscada sea otra; ello sucedería cuando el autor ingresa a una propiedad –en ausencia de su poseedor- mediante el empleo de alguno de los medios comisivos de figuración -como ser el despliegue de fuerza para fracturar una ventana- para guarecerse de la lluvia, retirándose de la misma una vez terminado el temporal. En este caso, al faltar una sustitución o subrogación en la situación de hecho que reposaba en cabeza del sujeto pasivo –posesión-, dicha conducta no podrá ser constitutiva del delito de usurpación, amén que pueda encuadrar en otro tipo penal, por ejemplo el de daños.

Extensión del Despojo:

Después de determinar el objeto material de este delito –bienes inmuebles por su naturaleza-, resulta oportuno centrar la atención

nuevamente en el despojo, más precisamente, en la extensión que el mismo puede abarcar, ya que la norma bien nos marca que podrá ser “total o parcial”.

De esta forma, podrá despojarse a una persona de forma total cuando se lo prive completamente de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real constituido sobre un inmueble; un clásico ejemplo de ello es cuando un individuo ingresa en un inmueble –valiéndose para ello de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma- aprovechando que el mismo momentáneamente se encontraba desocupado –como ser las viviendas destinadas al uso de fines de semana o con fines recreativos- y se instala en él, no permitiendo que quien lo poseía pueda ejercer su uso y goce.

Por otra parte, el despojo será parcial cuando solo se prive de una fracción del inmueble, la cual tiene que estar materialmente demarcada e independizada del resto del mismo-por ejemplo, una pieza o un potrero que posea un acceso propio-, como así también si la porción usurpada del inmueble es determinada sólo por el despojo mismo –lo que podría suceder en el caso de un predio de grandes extensiones en las que se prive a su titular de un sector-. También podrá ocurrir un despojo parcial – aunque no se den las características antes mencionadas- en aquellos supuestos de uso compartido de un inmueble o de espacios comunes dentro de los mismos.

Así, y dentro del primer grupo, bien puede mencionarse el supuesto de que varias personas sean co-locatarias y una de ellas prive al resto de una parte de la propiedad, como ser de un baño o de la cocina, cerrando aquellas dependencias con llave no permitiéndole el acceso a los otros contratantes. En cuanto a los espacios comunes, los mismos pueden encontrarse en aquellos inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal –como pueden ser los edificios de departamentos- en donde ciertas partes del mismo –

por ejemplo los pasillos, escaleras, sectores de las cocheras, terrazas, lavaderos, salones de usos múltiples, etc.- son para la utilización de la totalidad de las personas que allí habitan; en este caso, si uno de los individuos residentes despoja al resto de la utilización de alguno de ellos, por decir, la terraza –cambiando para ello la cerradura correspondiente por otra-, dicha conducta se adecuara perfectamente al tipo penal en estudio. En los casos vistos precedentemente, tal proceder tiene que ser mediante la utilización de los medios comisivos previstos; es decir, mediante violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

Sujeto activo

El agente del delito es indiferenciado, por lo que puede ser cualquier persona, inclusive el propietario, quien puede despojar a la persona que detenta la posesión de un inmueble, así por ejemplo, el propietario que despoja de la posesión al arrendatario, usufructuario, comodatario, etc.

El sujeto pasivo del delito es quien ejerce la posesión material o tenencia de un inmueble. Es poseedor quien ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad. La posesión confiere al poseedor el derecho a usar, disfrutar y a servirse del bien (si fuese propietario, también a disponer del mismo); para que exista posesión basta que se exteriorice alguno de los atributos inherentes a la propiedad.

Conforme lo ha desarrollado la doctrina, la posesión se adquiere a través de la adquisición derivativa, esto es, cuando la posesión es transmitida por un poseedor anterior mediante entrega (*traditio*). La adquisición derivativa puede realizarse *intervivos* o *mortis causa*; la forma tradicional de adquirir la posesión es "la tradición", que exige la entrega corporal del bien, obteniendo el adquirente la tenencia del bien mediante dicha entrega y con ello un poder de hecho sobre el mismo.

En ese sentido, cabe precisar que existen supuestos especiales de tradición, así la *traditio brevi manu* (tradición ficta), que implica el supuesto en que quien tiene la posesión de un bien por un título diferente, hace la adquisición del mismo, como el caso del arrendatario que adquiere la propiedad del inmueble materia del alquiler; por otro lado, existe la *constitutum possessorio*, que se produce cuando el propietario enajena el dominio (ya sea por compra venta, donación, permuta, etc.), pero conviene con el adquirente en la retención de la posesión a su favor. Estos supuestos de tradición se encuentran previstos en el artículo 902° del Código Civil, el cual señala: "*La tradición también se considera realizada: 1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo*"²¹⁵.

Asimismo, también se puede adquirir la posesión de manera originaria, tal adquisición se produce cuando alguien entra a poseer la cosa por un acto personal, sin recibirla de otro. Las formas de adquisición originaria son: a) la aprehensión, que implica tomar para sí un bien (esta resulta aplicable sólo para los bienes muebles); b) la ocupación, la cual consiste en la toma de posesión de un inmueble.

En tal sentido, en este delito no se protege el derecho de propiedad ni el título que confiere el derecho a poseer el bien inmueble (del adjudicatario, del arrendatario, comodatario, etc.), sino, lo que se protege es la posesión material o tenencia, o los derechos reales de uso, usufructo, habitación, servidumbre, anticresis, etc.; esto es, el ejercicio de estos como hecho. No basta que el sujeto pasivo tenga derecho a la posesión de un inmueble, sino que se requiere el ejercicio de la misma para la configuración de este delito; es decir, lo que realmente importa a efectos del despojo es que la víctima se encuentre realmente en la posesión o tenencia del inmueble; en caso contrario, no será posible hablar de despojo.

²¹⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. ob. cit. pág. 1151.

La prueba de la posesión, a diferencia del derecho de propiedad que requiere de un título que exprese y represente el poder jurídico del titular del bien, se expresa en virtud de la visibilidad de los actos posesorios, que se revela con hechos y actos materiales que el poseedor debe ejercer sobre el bien²¹⁶.

El delito consiste en **despojar** a otro, total o parcialmente de la posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre un inmueble. El despojo implica excluir, desposeer o quitar a una persona de la ocupación de un inmueble²¹⁷. Este puede ser total o parcial. Es parcial cuando se priva al poseedor de la tenencia de parte del inmueble que ocupa, por ejemplo, cuando se despoja a la víctima de la posesión de un ambiente de un inmueble que posee en su totalidad.

Fontan Balestra señala que el despojo se caracteriza por una doble consecuencia: de una parte, el poseedor, tenedor o sus representantes, deben resultar desposeídos o excluidos de su ocupación; de otra, el usurpador ha de estar en condiciones de permanecer en la ocupación²¹⁸; para ser típico, el despojo debe estar signado por la finalidad de permanecer en el inmueble ocupándolo: el que priva de la tenencia al sujeto pasivo fugazmente, con voluntad de no permanecer en él, podrá quedar comprendido en otros tipos (por ejemplo, el que sólo lo hace para turbar la posesión), pero no en el presente caso. Sobre esta línea, en la jurisprudencia nacional se ha sostenido: *"Para la consumación del delito de usurpación, es preciso que la ocupación, en sentido estricto, sea material y efectiva, y que desde el primer*

²¹⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. ob. cit. pág. 1152.

²¹⁷ En el artículo 446° del Código Penal se prevé como falta contra el patrimonio, la conducta de penetrar, por breve término, en terreno cercado sin permiso el dueño; debiendo precisarse que en este caso, la referencia expresa del legislador al "breve término", revela la inexistencia del agente de un propósito de despojar o turbar permanentemente la posesión del agraviado, lo que sí se presenta en el delito de usurpación, siendo que el agente ingresa al inmueble guiado por motivo distinto; si bien, puede sostenerse que el solo ingreso de una persona al inmueble de un tercero constituye una turbación de la posesión, sin embargo dado el escaso término de permanencia de aquél en el inmueble, la conducta carece de significación social que conlleve a su represión a través del delito de usurpación.

²¹⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial". 14° Edición. 2004.

*momento se realice con el propósito de mantenerse en el bien usurpado con el goce de los beneficios del poseedor, siendo irrelevante el lapso que dura la situación de ofensa al bien jurídico*²¹⁹.

Como se explicó precedentemente, el despojo se puede ejecutar a través de los siguientes medios:

B.1) La violencia, es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona, para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, en este caso, referida a la defensa de la posesión o tenencia de un inmueble.

La violencia, conocida también como *vis absoluta*, *vis corporalis* o *vis phisica*, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarse o despojarle su inmueble.

Ahora bien, la violencia puede darse desde un doble baremo a saber: primero, aquella que se concretiza directamente para ingresar al bien inmueble y despojar así de la posesión al sujeto pasivo y, segundo, en el caso, de que el agente ingresa al inmueble con el consentimiento de la víctima y ya en su interior materializa la violencia destinada a expulsar a la misma de su poder, de su señorío sobre la cosa.

Por otro lado, si el despojo acontece no por el uso de la violencia efectiva, sino por su anuncio de realización, estaríamos ante la modalidad de la amenaza.

La perfección delictiva de esta modalidad, habrá de fijarla cuando el autor logra despojar totalmente al poseedor o al tenedor del bien inmueble, mediando una violencia idónea para ello. El despliegue de la energía física, que no logra la

²¹⁹ R. N. N° 2315-2003-Lima. En "El código penal en su jurisprudencia". Gaceta Jurídica, Lima, 2007, página 325.

desocupación del bien, podemos reputarla como delito tentado.

B.2.) La **amenaza**, implica el anuncio de causar un mal posible y verosímil a la víctima. La amenaza debe representar un peligro inminente para la vida o integridad física de la víctima - como cuando se amenaza con matarla o lesionarla- o de un tercero vinculado a la misma, por ejemplo cuando se obliga al agraviado a desocupar el inmueble, amenazándolo con lesionar, en caso de oposición, a su hijo menor de edad.

La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente vulnerar su resistencia, afectando su libertad de actuación. Esta, al igual que la violencia, tiene carácter medial, pues constituye uno de los medios requeridos para la comisión del delito de usurpación. La amenaza debe ser idóneamente objetiva para vencer la resistencia de la víctima y lograr despojarla de la posesión o tenencia del inmueble.

B.3) El **engaño** consiste en crear la apariencia de verdad de un hecho que en realidad no lo es. Está dirigido al logro de la ocupación del inmueble por parte del sujeto activo, mediante el error en que incurre la víctima. El engaño puede consistir en la afirmación de hechos falsos, como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. El destinatario del engaño será la persona que posee el bien o que detenta la tenencia del mismo; pues, deberá estar dirigido a lograr que la ocupación del bien y el despojo del poseedor o tenedor.

B.4) El **abuso de confianza**, debe ser entendido como aquella situación en la cual el agente mantiene una determinada relación con el sujeto pasivo, sea de naturaleza laboral, contractual, etc., la cual se aprovecha, para lograr la desocupación del sujeto pasivo del bien inmueble.

Así, se encuentran aquellos supuestos donde el sujeto activo, valiéndose de la confianza brindada por la persona en cuya cabeza reposa el ejercicio de alguna de las situaciones tuteladas logra ingresar en el inmueble, acceso este, conseguido de forma lícita. Luego de ello, y aprovechando dicha circunstancia –la cual coloca al sujeto pasivo en una situación desventajosa habida cuenta que no sospecha de las reales intenciones de quien ingresa- lleva adelante la conducta típica, con la consecuente consumación del despojo.

Es de verse en ciertas circunstancias, el propietario poseedor, deja en tenencia del bien inmueble, por razones diversas en base a un determinado vínculo, le da por ejemplo una habitación, de la cual se aprovecha el autor para hacerse con la posesión del bien, para ello se requiere que el sujeto pasivo sea desocupado total o parcialmente, del mismo.

Presupuestos del Despojo:

Luego de haber conceptualizado en debida forma el bien jurídico de este delito y su acción típica –el despojo-, precisado donde recaerá el mismo –objeto material-, como así también la extensión que podrá abarcar y sus distintas modalidades de comisión, corresponde dar inicio al análisis de la posesión, la tenencia como así también a los derechos reales cuyo ejercicio se encuentra mencionado –siendo los mismos el dominio y condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, la anticresis y la superficie forestal-, situaciones estas, donde podrá recaer el uso y goce tutelados por la norma.

De esta forma, surge como presupuesto del despojo el previo y efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un individuo –viéndose el mismo traducido en el normal ejercicio de la posesión o tenencia, por decir-, extremo este, que perfectamente se puede

inferir del texto legal. Estos resultan ser elementos normativos del tipo penal en estudio; en este caso para su correcta interpretación deberá acudir al Código Civil donde se encuentran conceptualizadas tanto la posesión como la tenencia –entre otros– por ser temas propios de esa rama del ordenamiento jurídico.

Si bien se hará una referencia a todas las situaciones tuteladas por la norma, la posesión y la tenencia tendrán un rol preponderante, por ser los supuestos que más han motivado la atención de la doctrina y jurisprudencia.

Posesión

Pues bien, la posesión se encuentra definida en el artículo 896° del Código Civil, el cual reza que “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”; en dicha definición se pueden apreciar los elementos que componen la misma, esto es, el *corpus* y el *animus domini*.

Suele ocurrir que en la práctica se confundan los conceptos de propiedad y posesión. Muchas veces el poseedor resulta ser el titular del derecho de dominio del inmueble en el cual se encuentra, revistiendo esa persona las dos calidades –propietario y poseedor. Pero puede acontecer que un sujeto sea titular del derecho de propiedad, sin encontrarse ejerciendo la posesión del mismo –por ejemplo quien adquiere un inmueble, y no se efectúa la tradición del mismo por no encontrarse el vendedor en el ejercicio de la posesión–; en este caso, pese a reposar en su cabeza el derecho de propiedad, podría ser considerado sujeto activo del delito de usurpación si desea tomarla por mano propia y encuentra oposición en el actual detentador –teniendo para ello que valerse de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma penal–.

Aclarado ello, corresponde delimitar los elementos de la posesión; el “*corpus*” puede ser caracterizado como la posibilidad de disponer

físicamente de la cosa –en nuestro caso, de un inmueble-, lo cual es fácil de graficar cuando el sujeto está en contacto material con la misma –por ejemplo, quien se encuentra habitando un departamento-. Para la presencia de este elemento no se requiere un contacto directo y permanente -estar en todo tiempo dentro de la propiedad-, sino que lo fundamental, es la posibilidad de disposición; así, si el ocupante desea abandonarlo, lo realiza y cuando quiera, retoma ese contacto directo que antes ejercía. Dicho elemento implica también la facultad de defenderlo ante cualquier agresión extraña, tal como lo autoriza el artículo 920° del Código Civil, modificado por Ley N° 30230.

Corresponde señalar que desde el momento en que el sujeto esté en contacto material con el inmueble –con los alcances señalados-, podrá encontrar el amparo de la norma penal en estudio.

Por su parte, para la configuración del “*animus domini*”, el sujeto que se encuentre en contacto material con la cosa –*corpus*-, no debe reconocer en otro el derecho de propiedad de dicho bien, es decir, tiene que comportarse como dueño de la misma –lo que implica usar y disponer de ella-. De esta forma, al estar en contacto con la cosa -*corpus*- y no reconocer en otro un señorío superior –*animus domini*-, estaremos frente a un supuesto de posesión; si por el contrario ello no ocurre –al existir por ejemplo un contrato de locación, lo que implica reconocer en otro el derecho de dominio-, quien detente el bien será simple tenedor –justamente por encontrarse ausente el elemento intencional-.

Asimismo, en el ámbito de protección de la norma penal el sujeto debe contar con la posibilidad de tener contacto material con la cosa –por sí o por otro en su nombre- (posesión mediata o inmediata), aunque no sea necesario que el mismo sea permanente. Esa relación debe existir –además del *animus*- en el

momento en que se produzca el despojo ya que no se concibe la protección penal de la posesión solo ánimo desprovista del corpus.

Tenencia

Cuando una persona posee por sí misma o por otra un derecho propio se llama simplemente poseedor y cuando dicha posesión la ejerce en nombre de otra persona o respetando el derecho de otra persona se llama simplemente detentador de la cosa; es decir, que conforme a la segunda parte de la norma en estudio una persona posee por sí misma o por medio de otra que tiene la detentación de la cosa; por lo tanto, una cosa es la posesión y otra la detentación de la cosa, normalmente el propietario es el que ejerce personalmente la posesión y extraordinariamente otra en su nombre (inquilino, anticresista, usufructuario, etc.).

Por ejemplo, en el contrato de alquiler el inquilino tiene la tenencia de la cosa y ejerce la posesión de dicha cosa a favor del propietario de la cosa reconociendo tal derecho a favor de este; sin embargo, si el inquilino es perturbado en su derecho por cualquier persona y aún por el mismo propietario tiene derecho a las acciones posesorias.

Sobre este punto nuestro Código Civil, en su artículo 897° dispone que "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".

Para dejar absolutamente claro, a continuación señalaremos las personas que legalmente pueden tener la tenencia de una cosa, conforme al análisis que realizan varios estudiosos del Derecho²²⁰.

²²⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Derechos Reales" 2da. Edición, Lima-Perú, Editorial Universidad Católica del Perú. 1990.

- El que transmitió la propiedad de una cosa (por ejemplo, por contrato de compraventa, permuta, cesión, etc.) y se constituyó poseedor a nombre del nuevo propietario; por lo tanto, es simplemente tenedor de la cosa.
- Los que poseyeren en nombre de otro; empero, con un derecho personal, como ocurre con el inquilino, por lo tanto detenta la cosa, reconociendo la posesión a favor del propietario.
- Los que poseyeren en nombre de otro, como ocurre con el transportista, el locador de una obra. En este caso se trata de un derecho a tener la cosa por una relación contractual con el poseedor.
- El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, terminado el mismo, o el acreedor anticresista; por lo tanto, la ley reconoce poseedor al usufructuario y al acreedor anticresista, sólo en la estricta medida de la vigencia del contrato; es así que, vencido el mismo, se considera a estos como simples tenedores y no poseedores.
- Los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener el bien, como ocurre con el depositario, el mandatario y el representante, son simplemente detentadores de la cosa.
- El que continúa en poseer la cosa después de la sentencia ejecutoriada que le anulase su título o que le negare el derecho de poseerla, se los considera detentadores.
- El que continúa la posesión de una cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro. A partir de ese instante el mismo no se comporta como poseedor, sino como detentador, porque reconoce el derecho a favor de otro.

Al igual que en la posesión, para su conservación no se requiere estar permanentemente en contacto material con el inmueble, bastando con la posibilidad de disposición del mismo. En este sentido, la propiedad puede estar ocupada por un tercero, debiendo ser necesario que este le reconozca dicha calidad –es decir, la de

tenedor-; así definido, puede encontrarse en su interior una persona que lo represente –en virtud de una relación de mandato-, o pueden encontrarse cumpliendo funciones –por ejemplo los empleados domésticos u obreros contratados para la realización de reparaciones-, pudiendo incluso hallarse en tal situación en virtud de un contrato, el cual puede ser oneroso o gratuito, como ser una sublocación –si se encuentra prevista dicha alternativa en el negocio jurídico originador de la situación de tenencia- o un comodato –al permitir la utilización de una parte del inmueble respectivamente.

El Ejercicio de un Derecho Real

Tal como se estipula, la protección del inciso 2 del artículo 202° del Código Penal se extiende también al ejercicio de un derecho real constituido respecto de un inmueble. Corresponde entonces definir qué se entiende por derechos reales, para luego de ello apreciar cuáles forman parte de ese grupo y comprender la diversidad de supuestos abarcados por la tutela penal. En este sentido, las personas en cuya cabeza repose el ejercicio de alguno de estos derechos podrán ser consideradas como sujeto pasivo.

En el ámbito nacional, los mismos se encuentran enumerados en la sección tercera del Código Civil siendo ellos la posesión, la propiedad, el usufructo, uso y habitación, el dominio y el condominio, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda, la anticresis y la superficie. De los mismos, deben excluirse en lo que respecta al tratamiento del delito en estudio a la prenda y la hipoteca habida cuenta que la primera tiene como objeto a cosas muebles, mientras que la otra, si bien se constituye sobre un inmueble, no existe un desplazamiento del mismo, el cual permanece en poder del deudor.

C) Turbación de la posesión

Se configura este delito cuando "*con violencia o amenaza, se turba la posesión de inmueble*". Lo ubicamos en el inciso 3 del artículo 202° del Código Penal.

A diferencia de la modalidad de despojo, el agente de esta modalidad de usurpación lo que hace es restringir el ejercicio pleno de la posesión o la tenencia, sin importar una ocupación total o parcial del inmueble por parte de aquél, y sin que la ocupación constituya su finalidad inmediata²²¹.

El delito consiste en turbar la posesión de un inmueble. La turbación implica que el agente sin ocupar el inmueble, molesta o perturba temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión del sujeto pasivo. En esta modalidad se incluyen todos aquellos actos realizados por el agente, que aún cuando no están dirigidos a despojar de la posesión a la víctima, buscan afectarla.

A decir de Jelio Paredes Infanzon²²², la acción típica de este ilícito se materializa con la integración de dos elementos objetivos:

C.1) Turbación de la posesión

Que consiste en la realización de actos materiales que, sin despojar al poseedor, interrumpen o alteran la pacífica posesión, restringiendo los derechos de uso y goce. El actor restringe el ejercicio pleno de la posesión, no existiendo ocupación aunque sea en forma parcial; de ser así, no se trataría de la figura en análisis sino del despojo.

C.2) El empleo de la violencia o amenaza

Turbar es molestar significativamente con el empleo de la violencia o a través de la amenaza. La "*vis absoluta*" y la "*vis compulsiva*" son dirigidas a turbar la pacífica posesión del sujeto

²²¹ CREUS, Carlos. "*Derecho Penal. Parte Especial*", Tomo I, pág. 565.

²²² PAREDES INFANZON, Jelio. ob. cit. 300.

pasivo. Las simples molestias no se encuadran en la figura, pues estas deberán ser determinantes para ser considerado como tal, esto es que perturben el uso y disfrute de la posesión, como cortar u obstruir las cañerías de agua, o los cables del fluido eléctrico, etc.

D) Usurpación subrepticia o alevosa

Esta modalidad fue insertada en el artículo 202° del Código Penal, a partir de la promulgación de la Ley N° 30076, de fecha 18 de agosto de 2013, siendo que para la configuración de este tipo penal, el agente se aprovecha de la ausencia del poseedor, quien muchas veces se aleja de su casa por un día o varios meses, sin dejar guardián. No es el supuesto en que se rompen chapas o candados en ausencia del titular. En esta nueva modalidad el agente puede valerse de llaves duplicadas, ganzúas u otros artificios que facilitan la usurpación, ocultamente y a escondidas. También, el agente aprovechará el desconocimiento que tenga la víctima de las acciones usurpatorias, lo que impedirá que ejerza resistencia u oposición, es decir, la acción típica no se comete a la vista de todos; tampoco es sólo ingresar, puesto que para ello está la figura de la violación de domicilio; entonces, el ingreso debe realizarse con fines de ocupación.

Con este medio comisivo se alude a los actos “ocultos” llevados a cabo en ausencia del poseedor o sustrayéndolos al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse, para de esa forma lograr el ingreso y/o mantenimiento dentro de un inmueble, consumándose de esta manera el despojo. Tal proceder -subrepticio- lo debe ser respecto de las personas que puedan repulsar el accionar del sujeto activo, más no de terceras personas ajenas a la propiedad, como ser vecinos colindantes.

Si bien en la actualidad la clandestinidad se encuentra prevista expresamente como medio comisivo de este delito, hubo momentos

en los cuales ello no fue así, lo que generó que diversas conductas que se declararan atípicas fueran forzadamente subsumidas en las modalidades contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 202° del Código Penal; en este sentido, no obstante a que la víctima podía acreditar el derecho que le correspondía en referencia al inmueble y que se encontraba en pleno ejercicio de la tenencia o posesión, ocurría como contracara que la justicia no podía comprobar la forma de ingreso al inmueble –o el mantenimiento- por parte del sujeto activo, es decir, si había obedecido a la utilización de violencia, engaño o abuso de confianza, dándose el resultado ya adelantado.

Sobrados ejemplos hay de ello, como pueden ser los casos en los que un individuo o varios se introducían por la noche en una casa, aprovechando la ausencia de su morador o cuando se llevaba adelante dicho proceder en las propiedades destinadas al uso de fin de semana o en periodos vacacionales, en las cuales quien detentaba su posesión o tenencia, la utilizaba de forma esporádica y no como vivienda permanente. La reforma legislativa materializada en la Ley N° 30076, con la introducción de la clandestinidad como medio comisivo, contribuyó a aportar más justicia a supuestos de usurpación de propiedad que antes quedaban impunes.

Suele verse en la práctica que este medio comisivo será acompañado –muchas veces- de la utilización de “violencia”, ya sea para lograr la entrada en el inmueble como para consolidar la misma. Por lo que al ser regulada dicha conducta, quedaría zanjada la dicotomía del destinatario de la violencia a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 202° del Código Penal.

También debe decirse, que este medio comisivo sólo podrá estar presente para lograr la invasión o el mantenimiento. En el primer caso –y más usual- el agente lo utilizará para conseguir el ingreso; el segundo, implicará la realización de actos ocultos para lograr el mantenimiento en su interior. Por el contrario, no resultará viable su presencia para lograr la expulsión de los ocupantes, ya que la nota

característica de la clandestinidad es justamente la realización de actos ocultos a los ojos de quien pueda oponerse a tal proceder, lo que sería incompatible con la expulsión de los ocupantes, ya que esto implica un contacto directo con estos.

5.4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Según la redacción del tipo penal, y tal como sucede con todos los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico patrimonio, las modalidades de usurpación son de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión culposa o imprudente.

Peña Cabrera²²³ -respecto a la primera modalidad del delito in examine- señala que este delito es doloso; es decir, el agente debe actuar con conciencia y voluntad de destruir o alterar los linderos del inmueble, con el objeto de apropiarse del bien. Es ese sentido, se debe resaltar la intención -del agente- de lograr ventaja patrimonial en la apropiación mediante la alteración o destrucción de linderos de un inmueble; es decir, el elemento motivador de este es la apropiación, de no ser así, la sola alteración o destrucción de linderos, importaría el delito de daños.

Por su parte Bramont-Arias Torres y García Cantizano²²⁴ refieren que en cuanto la tipicidad subjetiva, se requiere de dolo. Además, se exige un elemento subjetivo del tipo que consiste en la intención de despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, a través del uso de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza".

Finalmente, Peña Cabrera -en cuanto al último supuesto- señala que las acciones del agente apuntarán exclusivamente a causar perturbación en el uso pacífico de la posesión del inmueble, sin el ánimo de llegar al despojo; de ser así, estaríamos ante una tentativa de despojo.

²²³ PEÑA CABRERA. (...) Tomo II-A, 1995, pág. 554.

²²⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, ob. cit. pág. 373.

Antijuricidad

Una vez que se ha verificado que en determinado comportamiento concurren todos los elementos objetivos y subjetivos exigibles, corresponderá al operador jurídico verificar si concurre alguna causa de justificación que haga permisiva aquella conducta o en su caso, descartar tal posibilidad.

En un hecho típico de usurpación en su modalidad de despojo, puede concurrir causas de justificación denominada *"obrar en el ejercicio legítimo de un derecho"*, prevista en el inciso 8 del artículo 20° del Código Penal. En efecto, si determinada persona haciendo uso de la amenaza, engaño o abuso de confianza recobra su inmueble que le ha sido desposeído, sin intervalo de tiempo, habrá actuado en el ejercicio legítimo de un derecho que le otorga el artículo 920° del Código Civil. En tal supuesto habrá tipicidad pero no será una conducta antijurídica.

También puede presentarse causa justificante de obrar con el consentimiento del sujeto pasivo regulado en el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal *"Si se ha acreditado que el procesado estuvo ocupando con anterioridad parte del inmueble en forma pacífica y con el consentimiento de la agraviada, no concurren los elementos del delito de usurpación"*²²⁵. En igual sentido, puede concurrir la causa de justificación prevista en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal, esto es, obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. *"Al advertirse que los hechos se produjeron por disposición de lo resuelto por el órgano jurisdiccional competente, que estableció el desalojo del inmueble, llevado a cabo por el asistente judicial con apoyo de la fuerza pública, los mismos no tienen la calidad de antijurídicos al estar amparados en resolución judicial"*²²⁶.

Culpabilidad

²²⁵ Resolución Superior del 19-06-1998, Expediente N° 141 5-98-Lima.

²²⁶ Resolución Superior del 20-10-1998, Expediente N° 628-98B- Lima.

Aquí es factible que se presenten supuestos de error de prohibición; esto es, que el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica al momento de actuar por error desconozca la antijuridicidad de su conducta, como sería el caso que el agente altera los linderos del predio vecino en la creencia errónea que su propiedad le alcanza unos metros más o cuando el sujeto activo, propietario, haciendo uso del engaño despoja del inmueble a su arrendatario en la creencia errónea que tiene derecho a actuar de ese modo para recuperar la posesión de su inmueble ante la negativa a retirarse de aquel.

Tentativa

Las conductas típicas previstas en los incisos primero y segundo del artículo 202° del Código Penal es posible que se queden en el grado de tentativa. Habrá tentativa, por ejemplo, cuando el agente con la firme intención de despojar del inmueble al sujeto pasivo, haciendo uso de la violencia o la amenaza, realiza actos perturbatorios de la posesión, no logrando aún el despojo por intervención de la autoridad competente o, cuando el agente con la intención de apropiarse de parte de un predio vecino comienza o está destruyendo los linderos, sin embargo, por intervención oportuna de la autoridad no logra realmente destruir desaparecer el lindero.

Como precedente judicial de tentativa de usurpación cabe citarse la resolución superior del 16 de junio de 2000, en la cual se esgrime que "*se imputa a los encausados haber participado en el evento ocurrido el día 17 de junio del año mil novecientos noventa y siete, oportunidad en la cual habrían pretendido desalojar a los agraviados de la posesión que ejercía sobre el inmueble (...) , causando daños materiales en el mismo; que, los vestigios de actos violentos que fueron hallados durante la constatación policial efectuada el día nueve de junio del citado año, conforme se detalla a fojas (...) , evidencian que dichos actos de violencia tuvieron como finalidad despojarlos de la posesión del citado predio, sin lograr el*

resultado objetivo perseguido, lo cual permite colegir que respecto al delito de usurpación, no nos encontramos antes el delito consumado, sino frente a actos que indican el comienzo en la ejecución del mismo" ²²⁷.

En cambio, el último supuesto típico de perturbación de la posesión no admite la tentativa.

Consumación

El supuesto previsto en el numeral primero del artículo 202° del Código Penal, se consuma con la total destrucción o alteración de los linderos que delimita el predio que se pretende adjudicar el sujeto activo. Para perfeccionarse el delito no se requiere que el agente realmente logre apropiarse o adueñarse de todo o parte de un inmueble. Basta que se acredite que el agente destruyó o alteró los linderos con la firme intención de hacerse dueño del predio vecino.

Los supuestos delictivos previstos en el numeral segundo del artículo 202° del Código Penal, se consuman o perfeccionan al momento que se logra el real despojo total o parcial de la posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real de un inmueble al sujeto pasivo. El despojo tiene que ser en forma directa al real y actual poseedor del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia sobre el inmueble, no habrá despojo con connotación del delito de usurpación.

En caso que haya despojo, por ejemplo del derecho de propiedad sin que el propietario haya estado en actual posesión mediata o inmediata del inmueble, el delito en hermenéutica jurídica no aparece. Presentándose en tal supuesto un conflicto que debe ventilarse en la vía extrapenal.

Los supuestos previstos en el numeral 3 del artículo 202° del Código Penal se consuman en el mismo momento que se da inicio a los actos perturbatorios de la pacífica posesión que goza el sujeto pasivo de la conducta prohibida. Igual posición se concluye que el delito se consuma con la realización del acto perturbatorio, a través de la violencia o

²²⁷ Expediente N° 4967-99 en ROJAS VARGAS, 2002, página 639.

amenaza, restringiendo o limitando, de este modo, la pacífica posesión.

CAPÍTULO VI

LAS DISTINTAS POSICIONES SOBRE LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO PARA CONFIGURAR EL DELITO DE USURPACIÓN

Introducción

El bien jurídico tutelado en el tipo penal previsto en el artículo 202° del Código Penal, genéricamente radica en el patrimonio de las personas, y específicamente en el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, con ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión, u otro derecho real sobre el inmueble.

Como quedó expresado, la acción típica de este delito consiste en despojar a otro; pero para que dicha conducta pueda reputarse de esa manera, el sujeto activo tendrá que llevar adelante acompañada de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma penal, los cuales tendrán que hacerse presentes en alguno de los diversos momentos previstos para su consumación, ya que de lo contrario, tal proceder no podrá ser considerado típico, o cuanto menos, no constituirá usurpación delito.

Así debe decirse que ellos son: la violencia, la amenaza, el engaño, el abuso de confianza y la clandestinidad.

Dada la forma como se encuentra redactada la norma penal, debe afirmarse que los medios comisivos allí previstos revisten el carácter de taxativos; es decir, que no podrá cometerse este delito si no lo es mediante la utilización de alguno de ellos.

La violencia como medio comisivo, está conceptualizada como la fuerza material que desarrolla el sujeto activo, que le permite arrebatarse o despojar al agraviado del derecho de posesión u otro derecho real sobre el inmueble.

Entonces esta energía física que desarrolla el sujeto activo, debe recaer necesaria y exclusivamente sobre la integridad corporal del agraviado, y así vencer su voluntad y resistencia a ejercer el derecho de posesión y otro derecho real sobre el inmueble. O también puede recaer sobre el objeto

material (el inmueble), en ausencia del agraviado.

El sector que considera que la violencia debe de recaer sobre la persona de la víctima, permite efectuar una interpretación dogmática y concordante con la utilización de los otros medios comisivos como: “La amenaza, el engaño y el abuso de confianza”, pues estos conceptos normativos, exigen que necesariamente estén orientados a afectar el ámbito cognitivo de la víctima, y descarta aplicar estos conceptos sobre el inmueble.

En cambio el sector que considera que la violencia también puede recaer sobre la cosa, esto es, el inmueble como objeto material sobre el que se ejerce el derecho de posesión u otro derecho real; tiene el inconveniente de efectuar una interpretación asistemática de los elementos normativos de “amenaza, engaño y abuso de confianza”, pues sobre el inmueble no puede desplegarse estas distorsiones cognitivas.

Jurisprudencialmente -hasta antes de la modificatoria- se ha venido adoptando ambas posiciones; sin embargo, fue necesario que se adoptara una posición que permitiera efectuar una interpretación dogmática y sistemática del elemento típico “violencia” como instrumento para la configuración del despojo, y que a su vez permitiera diferenciarlo del delito de daños.

6.1. POSICIÓN QUE CONSIDERA QUE LA “VIOLENCIA” -COMO MEDIO COMISIVO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO- DEBE SER EJERCIDA SÓLO SOBRE LA PERSONA

6.1.1. Doctrina

Según **Tomás Aladino Gálvez Villegas y Walter Javier Delgado Tovar**²²⁸, se tiene que:

«La violencia, es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona, para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, en este caso, referida a la defensa de la posesión o tenencia de

²²⁸ En su obra *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Ed. 1º, mayo 2012, p,1157-1158.

un inmueble (...).

Mayoritariamente la doctrina considera que la violencia requerida por el tipo no sólo puede ser la ejercida contra las personas, sino también sobre las cosas²²⁹, entendida como la violencia ejercida sobre las cosas para vencer la resistencia que se opone a la ocupación de un inmueble, así por ejemplo, cuando se derrumba una pared o se destruye una puerta. En la jurisprudencia nacional se ha sostenido: “En el despojo, la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito, pero en este caso la violencia debe darse contra las cosas”.

Obviamente, este criterio esbozado en la jurisprudencia, en nuestro medio, resulta discutible (no así en la doctrina y jurisprudencia españolas, en la que expresamente se considera la violencia sobre las cosas, en este caso, sobre el inmueble o los obstáculos que impiden ocupar el inmueble), puesto que nuestra norma señala “El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza...”, de donde se puede apreciar claramente que estos medios comisivos deben ser dirigidos contra las personas y no sobre las cosas, pues no se puede amenazar, engañar o abusar de la confianza de las cosas. Aun cuando en el caso de “violencia”, este medio puede emplearse contra las personas o contra las cosas (en este caso los inmuebles, sus linderos o sus accesorios), sin embargo, al interpretar los medios comisivos en forma conjunta, la conclusión más estricta, es la que descarta las cosas, también para el caso de “violencia”».

²²⁹ En este sentido, hace referencia a Roy Freyre, Fontan Balestra, Creus, Nuñez; sin embargo, precisa que la doctrina española sostiene que la violencia debe ser ejercida contra las personas, posición que es coherente con lo señalado en el tipo penal, el mismo que expresamente prescribe que la violencia debe recaer en las personas (artículo 245.1º del Código Penal Español).

Del mismo criterio es **James Reátegui Sánchez y Carlos Samuel Espejo Basualdo**²³⁰, quienes señalan lo siguiente:

«La violencia se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona suficiente para vencer su resistencia. Con respecto a la violencia podemos decir (...) que está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarse o despojarle de un inmueble. Así, según refiere Muñoz Conde es que “La acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas. Los términos violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación, lo contrario supone una imputación atípica o que constituye otro delito”. En este sentido, Paredes Infanzón sostiene que “la violencia en el despojo es entendida como violencia física sobre las personas; es la aplicación de una energía que puede estar dirigida a anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima, neutralizando su capacidad discrecional”. Esto significa que no concurre el elemento normativo de “violencia” que exige para su configuración el tipo penal de usurpación, por lo cual, el hecho, resulta también ser atípico».

Por su parte, **Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre**²³¹, precisa que: *«(...) el despojo mediante “violencia”, (...) importa el uso de una fuerza física suficiente por parte del agente para poder desocupar al poseedor o al tenedor del bien inmueble que pretende ocupar. Vis absoluta que recae sobre los bienes jurídicos personalísimos de la víctima, esto es, la libertad personal y/o su integridad física; debe tratarse del despliegue de una fuerza muscular lo suficientemente idónea como para poder reducir al máximo los mecanismos de*

²³⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. ESPEJO BASUALDO, Carlos Samuel. El delito de Usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano. Jurista Editores. Lima. 2012, p. 47-48.

²³¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Delitos contra el patrimonio. Derecho Penal- Parte Especial. Editorial Rodhas. Lima, p. 379380.

defensa del sujeto pasivo, en el sentido de poder neutralizarla y, así poder ocupar el bien inmueble. Si esta violencia desborda un plano determinado de gravedad y configura una real afectación al cuerpo y/o a la salud del ofendido, en cuanto concreta lesión, podemos hablar en este caso de un concurso ideal de delitos».

En esa misma línea de ideas, **Ramiro Salinas Siccha**²³², hace las siguientes precisiones: «*La violencia, conocida también como la vis absoluta, vis corporalis o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarle o despojarle de su inmueble. Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima. El autor o agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima*».

En cuanto al delito de Usurpación, el jurista chileno **Alex Van Weezel**²³³ señala que «*Las figuras de ocupación y usurpación establecidas en la ley son básicamente cuatro: (i) La ocupación de una cosa corporal inmueble usando de violencia en las personas. La violencia puede ser ejercida al momento de ingresar en la propiedad, al momento de expulsar al legítimo poseedor o tenedor del inmueble en el que ya se ha ingresado, o para repeler al legítimo poseedor o tenedor cuando el ingreso en el inmueble se ha verificado en su ausencia (artículo 457 inciso 1°) (ii) La usurpación de un derecho real constituido sobre un inmueble, que consiste en la sustitución del legítimo poseedor o tenedor en las actividades de aprovechamiento material de la cosas sobre la que derecho recae, empleando para ello violencia en las personas (art. 457 inciso 1°). (iii) La ocupación de una cosa corporal inmueble o la usurpación de un derecho real inmueble, siempre que el autor sea el dueño o poseedor regular de la cosa, que emplee violencia en las personas y, además, que el sujeto pasivo ostente un derecho aparente (art. 457 inciso 2°). (iv) Por último, el art.*

²³² SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. 3era. Ed. Editorial Grijley. 2008, p. 1157.

²³³ VAN WEEZEL, Alex. Pena y sentido. Estudios de derecho penal. Ara. Editores. Perú. 2008. p. 485-486.

458 sanciona las conductas de ocupación y usurpación señaladas precedentemente, pero cuando el autor no ha usado de violencia en las personas».

De igual posición es **Gonzalo Quinteros Olivares y Fermín Morales Prats**²³⁴, pues respecto al delito de “usurpación violenta”, refieren que «(...) La característica determinante es el uso de la violencia en su doble forma de violencia física y violencia intimidatoria, cuyo significado es el mismo que el de la violencia en el delito de robo (...). Pero esa violencia, en el delito de usurpación, tiene un carácter determinante, ya que su ausencia no se corresponde, en cuanto a efectos, con una relación como la que media entre robo y hurto, sino que puede, en muchos casos, determinar la atipicidad: por ejemplo, realizar acampada en un terreno particular, o pasar por un terreno ajeno, son conductas que, sin ser plenamente lícitas, no tienen carácter delictivo, sino que a lo sumo posibilitan el ejercicio de acciones civiles orientadas a restablecer la integridad o el pacífico disfrute de los derechos patrimoniales, que en el delito de usurpación se turban con el empleo de la violencia».

En ese mismo sentido, se tiene la opinión del argentino **Alejandro C. Toledo**²³⁵, quien precisa que en el delito de usurpación, “la violencia contra los bienes”, desde una perspectiva del principio de estricta legalidad y ultima ratio, configura una conducta atípica, por no encuadrar dentro de los medios comisivos requeridos por la figura. En ese mismo sentido, hace mención a Ferrajoli, quien sostiene que «(...) el principio de estricta legalidad, opera con arreglo a la fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno, etc.* como norma de reconocimiento de todas las leyes penales formuladas válidamente y sólo de ellas, tiene para el jurista el valor de una regla metacientífica a la que podríamos llamar segundo postulado del positivismo jurídico: más exactamente, en la medida en que condiciona la validez de las

²³⁴ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermin. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 479-480.

²³⁵ Visto en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=153

normas penales a la denotación taxativa de las figuras de delito que ellas definen, equivale a una regla semántica acerca de las condiciones de uso de la palabra “verdadero” no sólo en la práctica penal sino también en la ciencia jurídica. También en el plano científico son en efecto posibles definiciones asertivas y jurídicamente verificables de lo que es delito sólo si las correspondientes definiciones legislativas satisfacen el principio de estricta legalidad, es decir, están dotadas de una extensión tan determinada como sea posible. A la inversa, sólo el análisis y la redefinición teórica rigurosa de los elementos constitutivos del delito y sus modos de comprobación están en condiciones de ofrecer al legislador una técnica de formulación de las leyes penales que se atenga lo más posible al principio de estricta legalidad, es decir, a las condiciones semánticas establecidas por este para el uso de la palabra “verdadero” en el lenguaje penal»²³⁶.

Finalmente, concluye este autor: *«Teniendo en cuenta estos parámetros, considero que al hacer referencia a la violencia, debe concebirse que el codificador ha hecho referencia únicamente a la violencia sobre las personas, abarcativa de la violencia física y psíquica –o vis coactiva, propia de la coacción, que la diferencia de las amenazas, también enumeradas en el tipo-; debiéndose descartar de plano la asimilación de dicho concepto con el de fuerza las cosas, al cual, hace referencia el tipo penal de hurto.*

En términos análogos, Rodolfo Moreno ponía de resalto que “[e]l inciso habla de violencia, la que puede ser –como dice el Doctor Jofré- física o moral, pudiendo cometerse en el contrato o en la tradición al revés de lo que ocurre en el derecho civil, según lo establece el artículo 2492 del código respectivo.”²³⁷.

En efecto, visto bajo esta óptica, resulta plausible que sólo echando

²³⁶ Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

²³⁷ Cita a Moreno (h), Rodolfo: *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, H. A. Tommasi Ed., Buenos Aires, 1923.

mano de una analogía in malam partem podría afirmarse que el legislador penal ha incluido dentro del tipo a la fuerza en las cosas. De no ser así, nos veríamos forzados a concluir que la redacción del art. 164 es sobreabundante, al hacer referencia a la fuerza en las cosas o la violencia sobre las personas por separado».

6.1.2. Jurisprudencia

En la legislación peruana, existen sentencias que fueron emitidas bajo los fundamentos de esta posición, entre ellas encontramos a las siguientes:

- Expediente N° 5001-1997-Lima, Data 40 000, G.J.

«El delito de usurpación en la modalidad de despojo se consuma cuando el autor arrebató la posesión de un inmueble a la persona del agraviado utilizando para tal fin medios violentos, amenazas, engaños o abuso de confianza; debiendo ser tales medios suficientes y eficaces a fin de distorsionar la voluntad del sujeto pasivo. En tal sentido si del estudio y evaluación de pruebas actuadas en la instrucción no se ha probado el estado de posesión previa del agraviado con respecto del bien, no se halla acreditado el delito».

- Recurso de Nulidad N° 3536-98-Junín, el determina lo siguiente:

"Que de otro lado no solo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de las facultades que tiene su origen en los derecho reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los medios señalados en la descripción típica del 202° del Código Penal".

- Expediente N° 1383-2006- Huacho, Voto en discordia del vocal superior Víctor Raúl Reyes Alvarado, Ej. Sup., S.P.P., 12 abr.

2007²³⁸.

«Sobre el supuesto de violencia contra la persona o cosas, al comentar el artículo 202° numeral 2 del Código Penal, Luis Alberto Bramont- Arias Torres y María del Carmen García Cantizano, señalan que “La violencia se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona, suficiente para vencer su resistencia, no se incluye, por tanto, la violencia o fuerza sobre las cosas”, del mismo parecer es el autor citado en la ponencia, Ramiro SALINAS SICCHA, quien también señala: “La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporalis o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarle o despojarle su inmueble. Consistente en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima. El autor o agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material la voluntad opuesta de la víctima”».

Asimismo, otro documento vinculante fue aprobado con fecha 19 de agosto de 2009, en el auditorium de la Corte Superior de Justicia de Puno, en donde se llevó a cabo el debate a nivel de comisiones de trabajo o talleres del **Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno**, reunión en la que se debatieron diversos temas, entre los que se resolvió la siguiente interrogante: *«¿La violencia que se ejerce para despojar o turbar la posesión debe ser ejercida sobre el agraviado o sobre los bienes o solamente se requiere una violencia potencial?»*. Al respecto, se aprobó por unanimidad la «Primera Ponencia», la cual postuló que: *«El comportamiento delictivo tanto en el despojo de la posesión por violencia como en la turbación de la posesión de la violencia, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o fuerza física, despoja al sujeto pasivo de la posesión o tenencia del total o una parte de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, o turba la*

²³⁸ Visto en CD JuS-Data Jurisprudencia 1.

posesión. La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarle su inmueble o turbar su posesión sobre el mismo. Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima. El autor agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima».

Del mismo modo, se tiene el **Primer Pleno Fiscal en materia penal y procesal penal del Distrito Judicial de Puno**, el cual se realizó el 06 de agosto del 2010 en la sede del Ministerio Público de la mencionada ciudad.

Del Acta de Sesión Plenaria, se desprende que uno de los temas debatidos fue el siguiente: «*La violencia en el delito de usurpación contenido en los incisos 2 y 3 del artículo 202° del Código Penal*», en ese sentido, se plantearon dos posturas; la primera señalaba que el elemento objetivo violencia, recae sobre las personas; y la segunda, que recae sobre las personas y las cosas.

Finalmente, el pleno adoptó -por mayoría- la primera postura, teniendo como fundamentos básicamente los siguientes:

«Por violencia debe entenderse la acción ejercida en contra de una persona, por la cual se trasgrede su integridad física, anulando la capacidad de resistencia de la víctima y doblegarla; por otra parte, existen principios limitadores del Derecho Penal, como son el Principio de Intervención Mínima y el Principio de Ultima Ratio, los cuales tienen como principal finalidad evitar que se invoque el Derecho Penal ante cualquier situación, pues este protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión, al que se debe recurrir cuando todos los demás medios de control social como es la vía civil, donde se regulan los interdictos, las acciones posesorias, la acción de

reinvindicación, entre otros.

Con relación a la gravedad, esta se presenta cuando la violencia ha sido ejercida contra la persona, más no así contra las cosas».

6.2. POSICIÓN QUE CONSIDERA QUE LA “VIOLENCIA” -COMO MEDIO COMISIVO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO- DEBE SER EJERCIDA TANTO SOBRE LA PERSONA Y LOS BIENES

Dentro de esta posición -que considera que la violencia debe ser ejercida contra ambos-, tenemos a los siguientes doctrinarios:

6.2.1. Doctrina

Estudiosos que -de manera ambigua²³⁹- desarrollan esta posición, son James Reátegui Sánchez y Carlos Samuel Espejo Basualdo²⁴⁰, quienes sostienen lo siguiente:

«La diferencia entre violencia física y la moral radica en que la última el despojado actúa coaccionado por el temor o miedo del sujeto activo, y por eso entrega o deja el inmueble en manos del sujeto activo, acto que nunca habría realizado de no mediar la amenaza en la física, el autor del hechos realiza por sí mismo el acto, usando esa forma para desojar».

Ambos autores concluyen:

«Dentro de la colocación de medios materiales para impedir la entrada como el cambio o modificación de la cerradura, constituye violencia física sobre las cosas, la utilización de

²³⁹ Pues en su misma obra (El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano), fundamentan ambas posiciones.

²⁴⁰ “El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano”. Jurista Editores. Lima 2012. pág. 239-249.

cualquier otro medio para impedir la entrada, con el objeto de despojar a quien goza de la posesión, tenencia o cuasi posesión sobre un inmueble.

Se decidió pues acertadamente que importa violencia colocar un pestillo por la parte interior de una puerta, de modo que el tenedor de la habitación se vea impedido de acceder, pues constituye la oposición de la fuerza de la tenencia, que no puede superarse normalmente y ha constituido, en la especie, el medio para consumar el despojo. Colocar un candado, cerrar un pasillo, correr una tranca, son materialmente medios en sí mismo tanto inocentes como culpables, pero sólo entran en esta última categoría, si se utilizan para cometer despojo de la posesión ejercida sobre un inmueble.

En todos estos supuestos, sostenemos que hay fuerza física sobre las cosas, pues el agente tiende a modificar la situación creada por el ocupante actual, con el objeto de despojarlo. Hay una evidente transformación en el inmueble, que impide al titular gozar de su derecho.».

CONSOLI, José²⁴¹, sostiene:

«La violencia a que se alude el artículo -física o moral- puede recaer sobre las personas o sobre el bien. La violencia ejercida contra las personas puede consistir en la vis absoluta, es decir, aquella totalmente independiente de la voluntad de la víctima; o en la vis compulsiva, o sea la presente e inmediata amenaza del empleo de la violencia.

Esta violencia puede ser empleada para sacar al que se hallare en posesión, cuasiposesión o tenencia de la cosa; para impedir la entrada al lugar que ocupaba o para reducir o limitar dicha ocupación. La violencia se manifiesta por el ataque a la libertad

²⁴¹ “Usurpación de inmuebles”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 1997. pág. 50-61.

de disponer y se traduce en una oposición en la que el autor intenta despojar de la posesión, tenencia o cuasiposesión, con la oposición de la víctima. En la línea trazada, los actos violentos ejecutados con posterioridad a la consumación no son un medio usado para desojar. Sólo cuando la violencia sea utilizado para ello, nos encontraremos en presencia de un medio comisivo que guarda relación de causa a efecto con la exclusión o modificación de la posesión, cuasiposesión o tenencia.

La violencia sobre la cosa, por su parte, de modo inicial se configura con la fuerza aplicada a las cosas, tendiente a vencer las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble. La colocación de un candado, el cambio de la una cerradura, o de la combinación de esta para impedir que la víctima continúe en la posesión o tenencia del inmueble, dan cuenta en principio de este medio comisivo, ya que el primitivo ocupante deberá vencer para volver a la situación anterior. La violencia típica consiste en el hecho de colocar la oposición de fuerza a la normal conducta de la víctima para impedir que regrese a su anterior situación.».

EDGARDO ALBERTO, Donna²⁴², siguiendo las líneas de Carlos Creus, precisa:

«El despojo mediante violencia física se da cuando la ocupación de un inmueble es adquirida o mantenida por vías de hecho, acompañada de violencia física o moral.

Es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas o las cosas. Se llega admitir, aun, el uso de medios hipnóticos o narcóticos que puedan tener por efecto la expulsión de la persona del

²⁴² “Delitos contra la propiedad”. 2da Edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2008. pág. 815-825.

inmueble, o el impedimento para que entre en él, o simplemente, la reducción de la persona a la inacción dentro de aquél.

Según Creus, violencia es la vis física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, y también la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (cambiar las cerraduras).

El problema se suscita con la violencia en el despojo es el siguiente: la violencia es física, esto es, contra la persona, de manera que, a semejanza con el robo, “la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no, como es la fundamentación aludida, la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer los obstáculos que, sin violencia ha puesto para su entrada en el inmueble del autor.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido lo contrario, confundiendo la fuerza en las cosas con la violencia, que siempre es física. Y entonces se ha sostenido que constituye violencia cambiar la cerradura, clausurarla con un candado.

Creus, en cambio, afirma que es tanto la violencia, en el sentido antes afirmado, como también la fuerza que se despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva.».

RUBIANES, Carlos y ROJAS PELLERANO, Héctor F²⁴³., respondían

²⁴³ “El Delito de Usurpación”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1960.

como el despliegue de violencia:

«Aquellos casos en que el autor transforma lo puesto por el propietario, no solamente para defensa y seguridad del inmueble, sino para reservarse su uso exclusivo. La cerradura, de la que guarda la llave o la da a quien quiere, constituye una manifestación material de que la cosa se encuentra bajo su esfera de custodia, y se ataca esta, cuando se lo tiende a privar de su utilización, lo que ocurre si se cambia una cosa por otra, o se transforma la combinación de la colocada en la puerta del inmueble. Sostenemos que es violencia física sobre una cosa -cerradura- la que se ha transformado para impedir el uso de la llave a su titular, pues si bien no se la destruye existe una modificación de las condiciones en que el referido la ha puesto, como manifestación de su señorío sobre el inmueble. Se presenta pues, una situación semejante a la de quien rompe una puerta o una ventana.».

NUÑEZ, Ricardo C²⁴⁴. cuestionando los argumentos expuestos por Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano, para fundamentar a la oposición de fuerza como medio comisivo -representativo de violencia-, expresa que:

«La violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no, como es la de la fundamentación aludida, la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer a los obstáculos que, sin violencia, ha puesto para su entrada en el inmueble el autor». Luego concluye que “no existe semejanza entre el ejercicio de una violencia verdadera y la colocación de un cierre en el inmueble o su modificación.».

²⁴⁴ “Derecho Penal Argentino”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

Por su parte, FONTAN BALESTRA, Carlos²⁴⁵ sostiene que:

«La violencia ejercida sobre las cosas, debe recaer sobre las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el robo, habida cuenta de que el delito puede consistir en despojar de la posesión o tenencia impidiendo que se continúe en la ocupación del lugar, se ha extendido el concepto a los actos que obligarán a la víctima a emplear violencia para poder continuar ejerciendo su derecho, tales como la colocación de candados, el cambio de cerradura o su combinación y otros semejantes que constituyen una oposición de fuerza.»

Pero dicho doctrinario, párrafo seguido, realiza una importante aclaración:

«Si se piensa que, para la doctrina expuesta, los actos mencionados, tales como poner candado o cambiar la cerradura, configuran por sí mismos el despojo, puesto que con ellos se ponen obstáculos físicos que el anterior ocupante deberá vencer para poder volver a su anterior situación, resulta que la fuerza debe ejercerla el despojado y es posterior a la consumación, circunstancias ambas que la hacen atípica. Parece evidente que no puede ser ésa la fuerza a que se refiere la interpretación que comentamos, sino la que está ínsita en el hecho de poner los obstáculos señalados, oposición de fuerza, como se la ha llamado. Si así no fuera, el delito se consumaría con un acto de la víctima, lo que no parece que pueda sostenerse.»

²⁴⁵ “Derecho Penal, Parte Especial”, 10ª Edición actualizada sobre la base del Tratado de Derecho Penal por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

6.2.2. Jurisprudencia

En torno a los lineamientos emitidos en vía jurisdiccional, sobre el tema en estudio, se ha suscitado a lo largo de los años una controversia jurisprudencial, girando la misma en derredor si debe considerarse la violencia como medio comisivo en el delito de usurpación, en la modalidad de despojo, aquella que recae sobre la persona y también sobre la cosa u objeto material (inmueble).

Con la finalidad de dilucidar dicha interrogante resulta conveniente recurrir a las opiniones vertidas en los distintos pleno jurisdiccionales en relación a esta posición, para luego observar cuál es la postura final asumida por la jurisprudencia.

- a) Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, junio de 2005.

Dentro de los temas desarrollados, se debatió «La violencia como elemento del delito de usurpación previsto en el artículo 202 inciso 2) del Código Penal». Adoptándose -por mayoría- los siguientes:

«Primero.- Que en el despojo, la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona, y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito, pero en este caso la violencia debe darse contra las cosas. Segundo.- Que, la tipicidad objetiva del delito de usurpación requiere en el agente infractor la realización de la conducta típica de la violencia o amenaza ejercida sobre la persona o el bien, por tanto si no se ha producido violencia sobre la persona o sobre la cosa no hay delito y en cuanto a la amenaza, por su propia naturaleza requiere la presencia física de la persona».

En ese sentido, los motivos no acogidos por el pleno fueron los siguientes:

«el elemento objetivo de la usurpación es la violencia, se necesita que el agente anule la resistencia de la víctima, que la doblegue y cuando la acción se realiza contra los bienes, no puede decirse que se ha doblegado la voluntad de resistir.».

- b) Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal y procesal penal de la Corte Superior de Justicia de Cañete, diciembre de 2010.

El cual resolvió la siguiente interrogante: «¿En el delito de usurpación, la violencia debe recaer en las personas o en las cosas?», acordando por mayoría (3-2; voto dirimente Dr. Durand) el siguiente fundamento: *«La violencia también puede recaer en las cosas. El bien jurídico protegido es la posesión. La acción consiste en despojar un bien inmueble. El arrebato también se puede obtener ejerciendo violencia sobre las cosas. No cabe distinguir donde la ley distingue. El delito de usurpación (artículo 202 al 204) se halla contemplado en el capítulo VIII del título V – delitos contra el patrimonio. En este delito, también se tutela el patrimonio (el bien usurpado)».*

- c) Pleno Regional de la Corte Superior de Justicia de Abancay, setiembre de 2012.

En donde se dio respuesta al tema N° 03, denominado: «¿La violencia como medio comisivo en el delito de usurpación, en la modalidad de despojo, tipificado en el inciso 2) del artículo 202 del Código Penal, debe recaer sobre la persona o también puede recaer sobre la cosa u objeto material (inmueble)?». El acuerdo adoptado por mayoría fue el siguiente: «La violencia como medio típico para la consumación del despojo del

derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble, también puede recaer sobre la cosa (el inmueble – objeto material».

- d) Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Arequipa, noviembre de 2012.

Reunión en donde se debatieron diversos temas controvertidos, siendo que ante la interrogante «¿La violencia como medio comisivo en el delito de usurpación, en la modalidad de despojo, tipificado en el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, debe recaer sobre la persona o también puede recaer sobre la cosa u objeto material (inmueble)?», se acordó por mayoría (26-75), adoptar la segunda ponencia que anunciaba: *«La violencia como medio típico para la consumación del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble, también puede recaer sobre la cosa (inmueble – objeto material)».*

- e) Casación N° 273-2012-Ica, publicado el 14 de setiembre de 2014, la misma que desarrolló los siguientes fundamentos:

«Fundamento 4.7.

(...) En el caso del delito de usurpación, el bien jurídico tutelado es “el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre que la víctima esté en posesión del inmueble”, de modo que la posesión “se ve mermada y atacada cuando la víctima es desocupada del bien inmueble, mediante la alteración de linderos o la turbación de la posesión”. En el supuesto del inciso tres del artículo doscientos dos de nuestro

catálogo punitivo, el medio comisivo violencia “consiste en una energía física”. La pregunta que nos ocupa y que es sobre lo que versa esta sentencia casatoria, es si esa violencia configura el tipo penal objetivo en aquellos supuestos en los que se despliega sobre un objeto o cosa, pues nos queda claro que cuando sea ejercida contra el poseedor, como persona física, estaremos ante la conducta típica.

Fundamento 4.8.

A la fecha en que esta ejecutoria es redactada, la violencia ejercida sobre los objetos o cosas definitivamente configuran el tipo penal sin lugar a dudas gracias a la modificatoria del artículo doscientos dos del Código Penal. No obstante, en atención a la incógnita que nos ocupa, será menester determinar si esta variación legislativa amplió el margen de punibilidad de la norma o si simplemente declara algo consustancial a ella a fin de evitar claroscuros como el del presente caso.

Fundamento 4.9.

En este orden de ideas, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos del Código Penal son conductas violentas que turben la posesión, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no se condeciría con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto de que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres

del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.»

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DE LA RECIENTE MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 202° DEL CÓDIGO PENAL Y LOS EFECTOS DE DICHA REFORMA LEGISLATIVA

7.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El día lunes 19 de agosto de 2014 se publicó, en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N° 30076 que contiene una serie de reformas legislativas con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, especialmente, trajo consigo modificaciones centrales en el delito de usurpación tipificado en los artículos 202 y 204 del Código Penal.

Cuando en una sociedad los delitos se incrementan de forma alarmante, el Estado tiene la obligación de reaccionar para proteger a sus habitantes. Uno de sus mecanismos es la ley, o más concretamente, la ampliación en la tipificación de conductas, mayores penas y rigidez en los procedimientos.

El delito de usurpación, conforme se precisó en capítulos anteriores, es uno de alta incidencia dentro de nuestro medio y que en conjunto con los restantes ilícitos contra el patrimonio alcanza cifras preocupantes en el contexto de la inseguridad ciudadana. Día a día vemos que predios urbanos y rurales son objeto de usurpación en una suerte de “reforma urbana” que, desde todo punto de vista, resulta reprochable.

Desde 1991, en que se promulgó el Código Penal vigente, este delito no había sido objeto de reformas. Los artículos 202, 203 y 204 permanecieron sin modificaciones por más de 22 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.

7.2. MODIFICACIONES INCLUIDAS

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 antes mencionada se estableció imponer 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 castiga 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.

Según la doctrina la pena cumple varios fines, uno de los cuales es la prevención general, entendida como intimidación dirigida a las personas para que se abstengan de cometer delitos. Por supuesto que la pena intimida y asusta. La cárcel produce espanto por los horrores revelados en informes y estudios criminológicos. 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.

Por otro lado, el primigenio artículo 202 del Código Penal que rige la usurpación simple contemplaba tres modalidades de usurpación: la destrucción o alteración de linderos, el despojo y la turbación. La Ley N° 30076 agrega un nuevo tipo de usurpación simple que se configura cuando el sujeto activo “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”.

Esta nueva modalidad bien podría denominarse usurpación subrepticia o alevosa, pues el delincuente se aprovecha de la ausencia del poseedor, quien muchas veces se aleja de su casa por un día o varios meses, sin dejar guardián. No es el supuesto en que se rompen chapas o candados en ausencia del titular. En esta nueva modalidad el agente puede valerse de llaves duplicadas, ganzúas u otros artificios que facilitan la usurpación, ocultamente y a escondidas. También, el agente aprovechará el

desconocimiento que tenga la víctima de las acciones usurpatorias, lo que impedirá que ejerza resistencia u oposición.

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). Empero, 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 típico de la usurpación.

Finalmente, la Ley contempla nuevas circunstancias agravantes en el artículo 204 del Código Penal. A partir de ahora, además de las antiguas agravantes, se castigará como tipo agravado cuando la usurpación se cometa: I) sobre inmuebles que integran el patrimonio cultural de la Nación; II) afectando la libre circulación en vías de comunicación; III) colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales; IV) abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público; y V) será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada.

La finalidad de esta regulación es poner freno a la impunidad en la usurpación, sin que ello conlleve a menoscabar las garantías procesales de los denunciados.

7.3. ANÁLISIS DE LA INCLUSIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 202° DEL CÓDIGO PENAL

En el delito de usurpación, en sus modalidades típicas de “despojo” y turbación en la posesión”, su necesario desvalor debe venir procedido por

los medios comisivos de la “violencia” y de la “amenaza”, factores que dotan de materialidad sustantiva a las conductas susceptibles de incriminación.

La doctrina ha sido convergente en que la violencia ha de recaer sobre las personas; es decir, que debe tratarse del despliegue de una fuerza física significativa, encaminada a doblegar la voluntad del morador y/o poseedor.

Empero, consideramos que la interpretación de los tipos penales –sin que ello suponga vulnerar el principio de legalidad-, puede ir fijando nuevos ámbitos de protección, recogiendo nuevas constelaciones criminológicas, claro está, a condición de que vengan cubiertas por la ratio del enunciado legal; y esto en el doctrinario no debe resultar incómodo, siempre que sea producto de un proceso intelectual, apegado al sentir de las normas penales; rectificarse o cambiar de postura no es un asunto nada desdeñable.

Esto no significa que la postura contraria, que niega tal posibilidad, sea “restrictiva”, pues quienes la postulan cuentan con fundamentos valederos para ello, como el principio de “mínima intervención”, conforme lo precisamos en el desarrollo de la presente investigación.

Dicho lo anterior, se desprende que la finalidad de dicha modificatoria, fue la de dotar al delito de usurpación de un real contexto de violencia, donde el agente desborde todo marco de aplicación del Derecho Privado, en el entendido de que la posesión sea obtenida a través de vías de hechos, que aun cuando no sea una violencia directa a la integridad personas de sus ocupantes, importe una conducta que merezca una reprobación jurídico-penal.

La doctrina nacional tradicionalmente ha indicado que en nuestro contexto normativo no se había sentado una posición uniforme respecto al tema materia de estudio, al no haberse señalado de manera expresa, en el inciso 2 del artículo 202° del Código Penal, que la violencia también podía ser dirigida sobre las cosas. Ello generó una brecha de impunidad que paulatinamente fue solucionando a través de los plenos jurisdiccionales

realizados en nuestro país, que si bien no son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, constituyen lineamientos a considerar en la interpretación del tipo penal y que contribuyen al fortalecimiento del sistema jurídico²⁴⁶. Así lo han establecido diversos acuerdos plenarios de las Cortes Superiores: la violencia también puede recaer sobre las cosas y, por lo tanto, no cabe distinguir donde la ley no distingue²⁴⁷.

En el R.N. N° 4721-2007-Arequipa, se dice que “La perturbación de la posesión del inmueble, ejerciendo violencia contra las cosas, es un supuesto compatible con una interpretación, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, del delito de usurpación (previsto en el inciso 3 del artículo 202 del Código Penal), el cual no se restringe únicamente a los casos que se ejerce -directamente- fuerza física contra el cuerpo de una persona”²⁴⁸.

Es de verse así que en terrenos y/o predios de extensa área territorial, dedicados a la siembra y cultivo, muy difícilmente se encontrarán poseedores en su interior, a lo sumo se hallarán unos cuantos vigilantes particulares, que están lejos de los cercos perimétricos que separan el terreno de las áreas públicas, lo que posibilitaba que los invasores procedieran a la rotura, rompimiento y destrucción de todo aquello que sea consideraban obstáculo, a fin de efectivizar su ilícita ocupación. Y una persona que ingresa de esta forma a un bien inmueble de ningún modo puede ser reputada como un poseedor “pacífico” y, por tanto, ser considerada fuera del ámbito de punición del Derecho Penal. Según dicha afirmación, para los partidarios de este criterio, resulta viable la propuesta interpretativa, ahora refrendada normativamente con la Ley N° 30076, de que la violencia puede ejercerse tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Sin embargo, cabe una duda a resolver ¿Cómo se distingue el despojo con

²⁴⁶ QUISPE LABRA, J. “La violencia en el delito de usurpación regulado en el Código Penal”. En Gaceta Jurídica & Procesal Penal N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2013, p.72.

²⁴⁷ Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal y procesal penal 2010 de la Corte Superior de Justicia de Cañete. Acuerdo Plenario, Tema N° 06, DEL 12/12/2010; también Acuerdo Plenario N° 02, Moquegua, de junio de 2005.

²⁴⁸ En Gaceta Jurídica & Procesal Penal N° 02, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, p.179.

violencia sobre las cosas del delito de daños? Pues en el segundo supuesto, el agente solo tiene la intención de afectar la integridad del bien mueble (no inmueble); mientras que en la primera hipótesis, la destrucción de los cercos perimétricos, constituye el medio que emplea el agente para acceder a la ocupación ilegítima del bien inmueble. Acorde con esta consideración, podía darse un concurso real de delitos, de ambos injustos, en tanto la destrucción de objetos dentro del bien inmueble ha de ser comprendido por el artículo 205, mientras que la ocupación ilegítima, que requiere de otro acto -separado en el tiempo y en el espacio-, ingresa al ámbito de protección del artículo 202° del Código Penal.

7.4. COMENTARIO RESPECTO A LA INCLUSIÓN DEL INCISO 4 AL ARTÍCULO 202° DEL CÓDIGO PENAL

En cuanto a esta nueva modalidad de usurpación, se aprecia que el legislador ha querido describir con lujo de detalles cómo una persona ingresa a un bien inmueble con el propósito de lograr el éxito de su plan y seguro que no ser descubierto.

En este supuesto incorporado, a nuestro entender, escapa del desvalor que debe recoger el tipo penal de usurpación, en tanto se despoja a la conducta de los medios comisivos ya determinados (violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza) para dotarla de materialidad sustantiva y así poder predicar la legitimidad punitiva. Si no hay violencia sobre las personas, el Derecho Penal no puede intervenir de ninguna manera; situaciones como esta no pueden ser cubiertas por las normas penales, sino por el Derecho Civil.

No obstante, conforme a lo establecido en la exposición de motivos de la Ley N° 30076, su incorporación a la gama de ilícitos penales recogidos en nuestro Código Penal, responde a la necesidad de no dejar impune actos que en la actualidad son comunes y ponen en riesgo la seguridad ciudadana.

CAPÍTULO VIII

LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO COMISIVO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

8.1. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Capítulo V del Título XIII, bajo la rúbrica “De la Usurpación”, tipifica la ocupación de inmuebles (artículo 245 del Código Penal), la alteración de términos o lindes (artículo 246 Código Penal) y la distracción del curso de las aguas (artículo 247 Código Penal).

En ese sentido, el derecho penal español, no tiene problemas al definir el objeto sobre el cual debe recaer la violencia para la configuración del delito de usurpación, pues en el numeral 1 del artículo 245° de su Código Penal, se establece que esta se ejercerá sobre las personas, pues literalmente precisa lo siguiente: *Al que con violencia o intimidación en las personas, ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado* –el subrayado es nuestro-.

No obstante, un tema controversial, respecto a la regulación de este ilícito - si bien no es materia de estudio, pero es relevante mencionar- es en cuanto a la modalidad considerada en el inciso 2 del mencionado artículo.

Así tenemos que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su Exposición de Motivos pone de manifiesto cómo, para afrontar la antinomia existente entre el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, se da prudente acogida a nuevas formas de

delincuencia²⁴⁹.

Como novedad respecto a la legislación anterior, el artículo 245.2 del Código Penal tipifica como delito la conducta de: *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular” que “será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.

Un amplio sector de la Doctrina considera que este delito debería ser suprimido por aplicación del Principio de Intervención Mínima. Durante la VI Legislatura se presentaron dos iniciativas parlamentarias para despenalizarlo basadas en dicho principio pero que no fueron aprobadas²⁵⁰. En consecuencia, y mientras esté vigente, el artículo 245.2 del Código Penal ha de ser aplicado puesto que tanto los poderes públicos como los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (artículo 9.1 de la Constitución Española). En ese sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª), de 12 de marzo de 2009 (JUR 2009\314307), la cual estableció lo siguiente: *“Por otra parte, en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que estas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha*

²⁴⁹ Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid N° 29- 30 de diciembre de 2009.

²⁵⁰ ROCA AGAPITO, Luis. “La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años”. Repertorio de Jurisprudencia num. 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi. BIB 2000\1587. Destaca que la Proposición 122/000133 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (presentada el día 4 de febrero de 1998) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 152-1, 13 de febrero de 1998. La Proposición 122/000135 del Grupo Mixto (presentada al día siguiente) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 154-1, 13 de febrero de 1998. Ambas fueron rechazadas el día 29 de septiembre de 1998.

producido la usurpación penalmente reprobable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente estas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde -la legislativa-, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta”.

Asimismo, se tiene lo resuelto en la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), de 12 de marzo de 2007 (ARP 2007\295), en donde del mismo Tribunal es la interesante Sentencia de 16 de enero del 2003 (ARP 2003, 61). He aquí sus términos: «... *En primer lugar debe recordarse, como lo ha hecho en ocasiones alguna resolución integrada dentro de la denominada “jurisprudencia menor”, que efectivamente no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas y ello sin perjuicio de adaptar a la realidad social del momento de su aplicación aquellas normas que hayan podido ser elaboradas hace tiempo y no contemplen por tanto dicha realidad social. Esta labor de adaptación a la realidad social resulta sin embargo innecesaria -y aun inoportuna- en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, la norma adquiere vigencia en el propio año de ocurrir los hechos a los cuales eventualmente ha de ser aplicada, pues la realidad*

social que el legislador contempló al estimar oportuno tipificar una determinada conducta es la misma que la del momento de su aplicación. No puede tampoco desconocerse que la usurpación no violenta, ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia por lo que cabe presumir, -lo que no debería excluir un previo juicio de constitucionalidad antes de la aplicación de la norma- que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental. Es decir, no se puede vaciar de contenido el expresado tipo penal por vía interpretativa en el acto jurisdiccional de aplicación de la Ley penal».

En ese mismo sentido, como declara la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 (ARP 2003, 19) de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Barcelona,...: *“los principios de subsidiariedad y ultima ratio, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador”*. Tales principios son mencionados expresamente en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995.

No obstante, según doctrina mayoritaria, ello no puede impedir que los Tribunales se hallen obligados, cuando procedan a aplicar el nuevo tipo penal, como cualquier otro tipo, a hacerlo interpretándolo con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria vigentes en el ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de “ultima ratio”, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad.

8.2. CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA

La legislación argentina, regula el delito de usurpación en el artículo 181°

del Código Penal, estableciendo lo siguiente: «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º 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 los ocupantes; 2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble».

Respecto al primer inciso, el propio Código Penal se encarga de enumerar las modalidades comisivas de la usurpación, las cuales pueden consistir en la utilización de violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad.

En ese sentido, es importante recalcar que se trata de un *numerus clausus*, por lo que el resultado que no sea materializado en alguna de las modalidades mencionadas será atípico por ausencia de tipicidad objetiva. La única condición es que cualquiera de los medios elegidos se dirija a producir el resultado lesivo, materializado en el despojo propiamente dicho. Debe existir entre la acción, la elección del medio y el resultado lesivo, una estrecha relación que se verá materializada a través de la imputación objetiva entre acción y resultado, además del elemento subjetivo, que será estudiado más adelante.

Respecto a la primera modalidad, dicho país ha tenido el mismo problema que la legislación peruana, nos referimos a la dicotomía existente hasta antes de la modificación de agosto de 2012, es decir, si la violencia debía ser ejercida únicamente sobre las personas, o si permitía la inclusión de las cosas.

Así, la doctrina predominante ha establecido que en cuanto a este primer medio comisivo enumerado en la norma, el legislador se ha referido a la «vis física», la cual debe ser entendida como «el despliegue de una

*energía física, humana o de otra índole»*²⁵¹, la cual emergerá del sujeto activo y podrá tener como destino a la persona que ostente el rol de sujeto pasivo –es decir, quien se encuentre gozando de la posesión o tenencia-, o a las defensas materiales colocadas por quien se halle comprendido en el ámbito de protección de la norma con motivo de resguardar el inmueble en cuestión; ello resulta de esa manera, ya que la redacción dada al precepto de marras, no diferencia hacia quien tiene que estar dirigida la violencia, por lo cual bien puede tener como destinatario, tanto a las personas como a las cosas²⁵².

Así, estaremos ante el primer supuesto, en aquellos casos donde -por ejemplo- se golpee a un individuo en su vivienda con la finalidad de despojarlo de la misma, ya que de esta forma aquel verá anulada o disminuida su capacidad de autodeterminación, la cual se encontraba expresada en la normal disposición del inmueble; mientras que se entenderá que la violencia se ejerce contra las defensas materiales cuando sea desplegada hacia las cerraduras, ventana, etc. -por decir- a los efectos de introducirse a la propiedad con la referida finalidad.

Su empleo tiene que estar dirigido a llevar adelante la acción típica, es decir, privar al sujeto pasivo de la posesión o tenencia que venía ejerciendo sobre un inmueble, lo cual se ve traducido en “un ataque contra la libertad de decisión de la víctima mediante la cual se obliga a esta a hacer, omitir o tolerar algo que de otra manera no hubiera hecho, omitido o tolerado”²⁵³.

Es en ese sentido, que –a nuestro juicio- yendo a un extremo, se ha suscitado a lo largo de los años una controversia doctrinal en torno a este medio comisivo, girando la misma en derredor a si debe considerarse la conducta desplegada por el sujeto pasivo dirigida a vencer los obstáculos materiales opuestos por quien llevó adelante el despojo –aflorando como ejemplo emblemático, el cambio de una cerradura en un inmueble- como la

²⁵¹ MARÍN, Jorge Luis, *El Código Penal Argentino*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 532.

²⁵² En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Argentina, Sala Penal, en el marco de los autos “P. s/ Usurpación”, causa nro. 8946, del 20/11/02 hubo de sostener que “La violencia a que alude el art. 181 inc. 1º del Código Penal, debe ser interpretada en un sentido amplio ya que el tipo enmarcado por dicho artículo, no tiene ningún agregado que limite su sentido”

²⁵³ Ídem.

violencia requerida por la norma penal. En pos de dilucidar dicha interrogante resulta conveniente recurrir a la opinión de reconocidos autores de ese país –quienes expresaron su sentir sobre tal cuestión-, para luego observar la postura asumida por la jurisprudencia sobre el tópico.-

Así, Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano respondían afirmativamente a dicha interrogante. Para ello consideraban como el despliegue de violencia a “aquellos casos en que el autor transforma lo puesto por el propietario, no solamente para defensa y seguridad del inmueble, sino para reservarse su uso exclusivo. La cerradura, de la que guarda la llave o la da a quien quiere, constituye una manifestación material de que la cosa se encuentra bajo su esfera de custodia, y se ataca esta, cuando se lo tiende a privar de su utilización, lo que ocurre si se cambia una cosa por otra, o se transforma la combinación de la colocada en la puerta del inmueble. Sostenemos que es violencia física sobre una cosa –cerradura- la que se ha transformado para impedir el uso de la llave a su titular, pues si bien no se la destruye existe una modificación de las condiciones en que el referido la ha puesto, como manifestación de su señorío sobre el inmueble. Se presenta pues, una situación semejante a la de quien rompe una puerta o un ventana”²⁵⁴.

8.3. CÓDIGO PENAL DE URUGUAY

El Código Penal de Uruguay, regula el delito de Usurpación en su capítulo V -delitos contra la propiedad inmueble-, el cual recoge los siguientes artículos:

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

- 1. El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento, ocupare en forma arbitraria, parcial o totalmente el inmueble ajeno.*
- 2. El que, con fines de apoderamiento o de ilícito aprovechamiento,*

²⁵⁴ RUBIANES, Carlos J. y ROJAS PELLERANO, Héctor F., *El Delito de Usurpación*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1960, p.78.

remueve o altera los mojones que determinan los límites de un inmueble.

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

Constituye una circunstancia agravante, el hecho de que la usurpación se cometa en inmuebles ubicados en zonas balnearias, delimitadas por los respectivos Gobiernos Departamentales.

Este delito será perseguible de oficio o a instancia de parte, en cuyo caso la denuncia podrá ser presentada por cualquier persona y en cualquier momento.

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

Artículo 356. *(Penetración ilegítima en el fundo ajeno) El que, contra la voluntad expresa o tácita del legítimo ocupante, penetrare en fundo ajeno, hallándose este cercado por muro, cerco, alambre, foso u obras de análogo carácter, por su estabilidad, será castigado con 10 U.R. (diez unidades reajustables) a 100 U.R. (cien unidades reajustables) de multa.*

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

De lo indicado, se advierte que en cuanto a la violencia como medio comisivo, ha quedado determinado que esta debe ser ejercida contra la persona para que el delito pueda configurarse.

No obstante, la controversia gira en torno al delito de usurpación establecido por el artículo 354 del Código Penal, el cual fue modificado por la Ley 18.116 en el año 2007. Antes de la aprobación de esta norma, cualquier persona que mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza o clandestinidad ocupara un inmueble ajeno con fines de apoderamiento o ilícito aprovechamiento, quedaba comprendida en la figura del delito de Usurpación. Según la nueva ley ya no se requiere el

ingreso al predio mediante engaño, violencia, amenaza o clandestinidad. La redacción aprobada es la siguiente: *«Será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría: 1. El que, con fines de apoderamiento, o de ilícito aprovechamiento, ocupare en forma arbitraria, parcial o totalmente el inmueble ajeno. ...Constituye una circunstancia agravante, el hecho de que la usurpación se cometa en inmuebles ubicados en zonas balnearias, delimitadas por los respectivos Gobiernos Departamentales. Este delito será perseguible de oficio o a instancia de parte, en cuyo caso la denuncia podrá ser presentada por cualquier persona y en cualquier momento».*

La norma si bien recibió el apoyo de los operadores inmobiliarios también fue objeto de duras críticas desde el ámbito académico. Se cuestiona el hecho de que antes estaban muy claras las situaciones de ocupación ilegítima que justificaban la intervención penal a diferencia de los ingresos pacíficos que se derivaban a la Justicia Civil. Ahora con la nueva ley se están penalizando los ingresos pacíficos que deberían conducirse por otra vía según dicen. Además lo impreciso del término “arbitraria” también genera confusiones a la hora de decidir.

8.4. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

El delito de usurpación es recogido en el Capítulo VII -de la usurpación-, desarrollado en los artículos siguientes:

*«**Artículo 261. Usurpación de inmuebles.** [Modificado por virtud del artículo 9 de la ley 1453 de 2011] El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Si con el mismo propósito se desarrollan acciones jurídicas induciendo a error o con la complicidad, favorecimiento o coautoría de la autoridad

notarial o de registro de instrumentos públicos, la pena será de prisión entre cuatro y diez años.

La pena se duplicará, si la usurpación se desarrolla mediante el uso de la violencia o valiéndose de cualquiera de las conductas establecidas en el Título XII de este libro.

Artículo 262. Usurpación de aguas. *[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que con el fin de conseguir para sí o para otro un provecho ilícito y en perjuicio de tercero, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas, o impida que corran por su cauce, o las utilice en mayor cantidad de la debida, o se apropie de terrenos de lagunas, ojos de agua, aguas subterráneas y demás fuentes hídricas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Artículo 263. Invasión de tierras o edificaciones. *[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

[El presente inciso fue modificado por el artículo 23 de la Ley 1453 de 2011] La pena establecida en el inciso anterior será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión para el promotor, organizador o director de la invasión.

El mismo incremento de la pena se aplicará cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Parágrafo. *Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos.*

Artículo 264. Perturbación de la posesión sobre inmueble. *[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturbe la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses, y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.».*

8.5. CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA

El Código Penal venezolano, desarrolla el delito de Usurpación en su capítulo VI- de las usurpaciones-, estableciendo lo siguiente:

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

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

Si el hecho se ha cometido con violencia o amenazas contra las personas, o por dos o más individuos con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión se aplicará por tiempo de seis a treinta meses; sin perjuicio de la aplicación, a las personas armadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas.

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

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

8.6. CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA

El capítulo VII -Usurpación- del Código Penal boliviano, regula el delito *in examine* en los siguientes articulados:

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

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

Si el hecho se ha cometido con violencia o amenazas contra las personas, o por dos o más individuos con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión se aplicará por tiempo de seis a treinta meses; sin perjuicio de la aplicación, a las personas armadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas.

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

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

8.7. CÓDIGO PENAL DE ECUADOR

La legislación ecuatoriana, regula el delito de usurpación en el Capítulo VII- De la usurpación- de su Código Penal, estableciendo lo siguiente:

«**Art. 580.-** *Será reprimido con prisión de un mes a dos años:*

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

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

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

Art. 581.- Será reprimido con prisión de quince días a un año:

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

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

Art. 582.- El que fraudulentamente sustrajere o desviare aguas del público o de los particulares, ya sea para aprovecharse de ellas en beneficio propio, o con cualquier otro fin, será reprimido con prisión de ocho días a seis meses y multa de cuarenta a doscientos sucres.».

8.8. CÓDIGO PENAL DE CHILE

El ilícito de usurpación, es desarrollado por el Código Penal chileno en su Capítulo 6, estableciendo las siguientes modalidades:

«Art. 457. Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto este le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte sueldos vitales. Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez sueldos vitales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causa.

Art. 458. Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa de seis a diez sueldos vitales.

Art. 459. *Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte sueldos vitales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: 1.º Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de estas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera. 1 - 2 2.º Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos. 3.º Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. 4.º Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión.*

Art. 460. *Cuando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren con violencia en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia que causare, sufrirá la de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte sueldos vitales.*

Art. 461. *Serán castigados como procesados por usurpación de aguas con las penas del artículo 459, los que teniendo derecho para sacarlas o usarlas se hubieren servido fraudulentamente, con tal fin, de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho.*

Art. 462. *El que destruyere o alterare términos o límites de propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrarse, será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte sueldos vitales.».*

8.9. EL CÓDIGO PENAL DE HONDURAS

La legislación hondureña regula el delito de usurpación en su Capítulo IV, estableciendo las siguientes modalidades para su configuración:

«Artículo 227. *Quien usurpe un bien inmueble o un derecho real será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años, sin perjuicio de que tan pronto como se acredite en autos el derecho correspondiente, el juez que conoce de la causa ordene el desalojo del bien de que se trate o el*

reintegro del derecho usurpado.

Artículo 228. En las mismas penas del artículo anterior incurrirá quien alterare términos o linderos de los pueblos, o heredades, o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos.

Artículo 229. Quien fuera de los casos mencionados perturbare con violencia o amenazas en las personas, la pacífica posesión de un inmueble, será sancionado con tres meses a un año de reclusión.

Artículo 230. Quien sin la debida autorización y en perjuicio de otro represe, desvíe o detenga las aguas de un río, quebrada, arroyo, canal o fuente, o usurpe un derecho cualquiera relacionado con el curso de tales aguas, será sancionado con reclusión de uno (1) a tres (3) años, sin perjuicio de destruir las obras indebidamente hechas.

Artículo 231. Quien detente el suelo o espacio correspondiente al derecho de vía, carretera, calle, jardín, parque, área verde, paseo u otros lugares de uso o dominio público o de cualquier otro bien raíz del Estado o de las municipalidades, será sancionado con reclusión de tres (3) a cinco (5) años, sin perjuicio de desocupar el suelo o espacio detentado. Cuando el bien detentado sea una playa la pena se aumentará en dos tercios».

8.10. EL CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ

El delito de usurpación es desarrollado en el Código Penal panameño, en su Capítulo VI, Título IV- Delitos contra el patrimonio-, regulándolo en los siguientes artículos:

«Artículo 196. El que para apropiarse en todo o en parte una cosa inmueble (sic) que pertenece a otro o para sacar provecho de ello, remueva o altere las marcas o señales que determinan sus linderos, será sancionado con prisión de 10 meses a 2 años y de 100 a 150 días-multa.

Artículo 197. El que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despoje a otro de la posesión o tenencia de un

inmueble o del ejercicio de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años y de 50 a 200 días-multa.

Artículo 198. *El que por medio de violencia contra las personas perturbe la posesión pacífica o la tenencia de un inmueble incurrirá en prisión de 1 a 6 meses y de 10 a 50 días-multa.*

Artículo 199. *El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho, no contemplado en el artículo 197, incurrirá en las mismas sanciones señaladas en el artículo anterior».*

8.11. EL CÓDIGO PENAL DE PARAGUAY

La legislación paraguaya, desarrolla el delito de usurpación en el artículo 142° de su Código Penal, capítulo VII- Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona-, denominándolo “invasión de inmueble ajeno”, así tenemos: «Artículo 142°. El que individualmente o en concierto con otras personas y sin consentimiento del titular ingresara con violencia o clandestinidad a un inmueble ajeno y se instalara en él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

8.12. EL CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

El delito de usurpación es recogido en el artículo 225° de la Sección VI, del Título VII- Delitos contra la propiedad, estableciendo que:

«Artículo 225°. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años:

1) A quien por violencia, amenazas, engaño, abuso 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 los ocupantes.

2) A quien para apoderarse de todo un inmueble o parte de él, alterare los términos o límites.

3) A quien, con violencia o amenazas turbare la posesión o tenencia de un inmueble».

CAPÍTULO IX

LA MEDIDA CAUTELAR DE DESALOJO PREVENTIVO Y MINISTRACIÓN DE LA POSESIÓN

9.1. GENERALIDADES

Juzgar y ejecutar son funciones que corresponden exclusivamente a los jueces y Tribunales, pero en nuestro sistema no se producen instantáneamente en el tiempo, sino que es necesario, a través del cauce del proceso, realizar con intervención de las partes, una serie de actos procesales (alegaciones, pruebas, conclusiones) que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva y proscriban la indefensión. Es el llamado trámite procesal cuya duración, a veces, puede convertir en estéril e inútil la ejecución de la sentencia final que ponga término al proceso; por tal motivo, para prevenir y combatir esta situación, cobran importancia las medidas cautelares.

Siguiendo a los maestros Carnelutti y Calamandrei, las medidas cautelares tienen como función evitar que se realicen durante el curso del proceso actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión que se ejercita. En efecto, son instrumentos de acción rápida que aseguran, que en la necesidad del proceso para obtener la razón, no se convierta en un daño para el que la obtiene y pueda así hacer efectivo el derecho que le será declarado en la sentencia²⁵⁵.

La aplicación de las medidas cautelares (reales como personales), como instrumento en el ámbito del derecho procesal penal cobran mucha relevancia, ya que estas permiten restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o tercero civilmente responsable, a fin de evitar los riesgos de sustracción u obstaculización, así como el riesgo de la realización de estratagemas orientadas a disponer del patrimonio del imputado o a ocultar los efectos y ganancias. Esto es, buscan asegurar el efectivo aseguramiento de la comparecencia del

²⁵⁵ Diálogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Edición N° 186-Marzo 2014. p. 13-21.

procesado ante la autoridad judicial y asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia; es decir, están orientadas a garantizar la expedición y cumplimiento de la sentencia judicial.

Como señala San Martín Castro, las medidas cautelares, constituyen actos procesales de coerción directa que aplicadas en un proceso penal, recaen sobre los derechos de relevancia constitucional (personal o patrimonial) de las personas, y se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso.

Entonces, para que el procedimiento penal pueda alcanzar los fines propuestos, se necesita en algunos casos que la autoridad jurisdiccional dicte medidas de injerencia directa, sobre bienes jurídicos del imputado y terceros relacionados (tercero civil responsable) con las incidencias delictivas de la conducta infractora, en cuanto a la concreción de instituciones de derecho privado.

El proceso penal presenta un decurso procesal sumamente extenso, pudiendo acontecer una serie de acontecimientos que pueden afectar finalmente el cumplimiento de sus fines esenciales. Ante ello, para garantizar que la pretendida sentencia condenatoria pueda ejecutarse cabalmente, la jurisdicción penal dicta una serie de medidas justamente para evitar cualquier posibilidad destinada a perturbar su cumplimiento.

Estas medidas son en suma afflictivas o gravosas, pues recaen sobre los bienes jurídicos más preciados del imputado, por ende, su adopción debe sujetarse estrictamente a determinados presupuestos que legitimen su dictado e imposición, por el órgano jurisdiccional que asumió competencia de la causa penal.

Son medidas que pueden ser *per se* de naturaleza personal, el mandato de detención que priva de su libertad personal al imputado a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, recae sobre la naturaleza ontológica del imputado, repercutiendo en una serie de derechos

vinculados con la esfera de libertad personal y con su autorrealización de vida en sociedad; o de naturaleza real, son todas aquellas medidas que recaen sobre el patrimonio del imputado o de un tercero responsable, ante una posibilidad de ocultamiento patrimonial, con el fin de garantizar la efectividad del pago de la reparación civil al agraviado o parte civil, que importan un gravamen, que afecta su libre disponibilidad en el tráfico inmobiliario. En síntesis, ambas medidas -personales y reales- tienen como objetivo esencial garantizar la efectiva plasmación del *ius puniendi*, a través de una sentencia condenatoria y los efectos civiles de la sentencia, que se apareja como condena indemnizatoria, garantizando el pago futura reparación civil, de acuerdo a lo establecido en el artículo 92° del Código Penal.

Como hemos resaltado, a la sociedad, la tutela jurisdiccional efectiva en el marco del proceso penal, no sólo supone imponer una pena al sujeto infractor, que es declarado judicialmente “culpable”, sino también, de resarcir el daño a quien se vio afectado con las incidencias nocivas del hecho punible, la víctima, el ofendido que resulta siendo titular del derecho indemnizatorio, que también debe amparar la jurisdicción penal.

Dicho de otro modo, el riesgo de ineficacia de ciertas medidas, en atención a peligros que pueden sucederse por razones de incertidumbre temporal de excesiva dilatación, y en todo caso su adopción puede obstaculizar que el Estado pueda finalmente hacer uso de sus derechos subjetivos primordiales: de perseguir penalmente, de sancionar punitivamente al culpable y de cumplir con las expectativas indemnizatorias de la víctima, medidas que *per se* deben ejecutarse con sujeción estricta a las garantías procesales del Debido Proceso Penal.

En el NCPP, solo pueden ser solicitadas por el Fiscal, mediante requerimientos debidamente fundamentados²⁵⁶ y dentro de la etapa de investigación preliminar se pueden solicitar y/o practicar diversas medidas

²⁵⁶ En ese extremo el Nuevo Código Procesal faculta al actor civil a solicitar el embargo y la ministración de la posesión.

cautelares tanto personales como reales²⁵⁷.

9.2. DEFINICIÓN

El concepto fundamental de una medida cautelar “no es tanto el de asegurar un interés a alguien cuando el de prevenir daños del litigio que ni el proceso de cognición ni el ejecutivo son aptos para eliminar a causa de su duración”, agrega por su lado Carnelutti.

Se preserva o resguarda al afectado el potencial del posible daño; lo que vale decir es que se asegura el fin que se persigue con el proceso. La finalidad de estas providencias -que amparan la medida cautelar- es la de adelantar un estado seguridad, de precaución, de cautela y por ello dentro del proceso respectivo adquieren carácter instrumental o adjetivo, puesto que aquellas no existirían de no tener lugar posteriormente una decisión jurisdiccional definitiva, lo que deja ver la condición de subsidiaridad que le es peculiar. Como indica Calamandrei²⁵⁸ estas medidas “nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva”.

Para Francesco Carnelutti, cautelar se llama al proceso cuando, una vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen de otro proceso (definitivo)²⁵⁹. Por su parte Juan Monroy Palacios, señala distinta terminología definiéndolas como “las medidas o providencias cautelares que constituyen el mandato judicial destinado a garantizar la efectividad del proceso; la tutela cautelar no es más que una forma de protección procesal que resuelve las controversias destinadas a asegurar la mencionada efectividad y, finalmente al hablar de proceso cautelar se suele hacer mención, en la mayoría de casos, al mero procedimiento sobre el que se concreta aquella tutela”²⁶⁰.

²⁵⁷ En atención a este criterio se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

²⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. “Instituciones del derecho procesal civil”. Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1943, pág. 354.

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. “Instituciones en el nuevo proceso civil”. 4° Ed. Roma. 1951. p. 201.

²⁶⁰ MONROY PALACIOS, José. “Teoría Cautelar”. Ed. Comunidad, 2002, p. 49.

En definitiva, el objeto del proceso cautelar está en la búsqueda de la eficacia de la sentencia, la cual al tener autoridad de cosa juzgada debe convertirse en una sentencia justa, es decir, aquella que ha de cumplirse de manera satisfactoria e inmediata.

9.3. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

9.3.1 El *fumus boni iuris*

Hace referencia a la apariencia razonable de que el hecho denunciado revela las notas identificativas, que lo califican como un hecho punible, de conformidad con los alcances normativos de un tipo penal concreto, de que el comportamiento -objeto de conocimiento- por las agencias predispuestas, se encuentra caracterizado por los elementos que lo definen como una conducta típica. Es lo que se llama el humo del buen derecho o *fumus bonis iuris* y es tan importante su presencia, que la falta de ella o la duda del juez acerca de la misma, convierte en improcedente la medida cautelar solicitada; en tal virtud “la apariencia de criminalidad”, constituye el presupuesto material indispensable para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar legítimamente una medida de coerción procesal personal²⁶¹; fundamento también extensible para el caso de las medidas cautelares de naturaleza real, pues no ser así, estaríamos aplicando la medida, según las disposiciones del derecho privado.

En el proceso penal, tratándose de la futura actuación del *ius puniendi*, como la consecuencia de la comisión de un delito, que, al propio tiempo, es fuente obligación civil, estriba precisamente en la atribución del hecho punible a la persona determinada. La pretendida punibilidad debe sustentarse en indicios razonables que vinculen al supuesto autor con el hecho punible denunciado, datos que desprendan una posibles intervención participativa del autor o partícipe, en ese sentido, la medida cautelar para su adopción

²⁶¹ ASENCIO MELLADO, J.M. “Derecho Procesal Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia 2003, p. 145.

necesita recaer sobre una persona cierta, sobre el cual recae directamente la imputación delictiva. Debe tratarse de fuentes de prueba, con un mínimo grado de relevancia cognitiva, que permita establecer una probable imputación, es decir, que impliquen un grado de conocimiento de cierto contenido de información, que legitime la adopción de la medida cautelar, para lo cual se debe considerar caso por caso²⁶².

9.3.2 Periculum in mora o peligro en la demora

Este presupuesto importa una dilatación excesiva del desarrollo de los actos procesales que pongan en riesgo los fines del procedimiento. Importa de forma concreta el peligro de fuga -sustracción de la justicia penal- o del ocultamiento o disposición del patrimonio por parte del imputado, con lo cual se pondría en un serio peligro la materialización de los fines del proceso, de cara a la justicia material y con respecto al derecho indemnizatorio de la víctima. Debe subyacer ciertos indicios o evidencias, que permitan suponer una posible fuga por parte del imputado o de que se puedan disponer los bienes comprendidos en su patrimonio personal. En otros términos, se refiere a la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva pueda frustrarse en el aspecto fáctico por el transcurso del tiempo y deba valorarse de modo objetivo más allá de la mera invocación de quien lo peticiona.

Este riesgo denominado en la doctrina el *periculum in mora* queda plasmado en la frase “cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo”.

En ese sentido, se adoptan estas medidas cuando se aprecian circunstancias que objetivamente generan un riesgo para la futura eficacia de la resolución definitiva. Para ello, el juez cuenta con limitados elementales de juicio, y su concesión debe ser rápida, de tal manera que su procedimiento tiene la nota de sumariedad.

²⁶² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Manual de Derecho Procesal Penal, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal. Ediciones Legales. Lima 2011. p. 240.

9.4. ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Estas medidas corresponden al tipo de procesos cautelares, siendo sus elementos los siguientes:

9.4.1. Jurisdiccionalidad.

Las medidas cautelares únicamente pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional competente, en la medida que toda orden que importe afectación, restricción y privación de derechos fundamentales debe obedecer de un mandato judicial, debidamente motivado y respetando las formas y los procedimientos previstos en la Ley. En este caso, son los jueces y magistrados que pertenecen al Poder Judicial, los legitimados para disponer dicho poder.

El nuevo CPP, de común idea con la Constitución, desarrolla este principio rector en su Título Preliminar, concretamente en el artículo VI, el cual prescribe que “las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

De la normatividad citada, se colige que toda restricción y/o limitación de un derecho fundamental, sea en la etapa sumarial (diligencias preliminares) o en el proceso penal propiamente dicho (investigación preparatoria), requieren necesariamente, que su concreción sea fruto de una decisión jurisdiccional, en cuyo contenido se explique debidamente las razones por las que se impone, invocando para ello la concurrencia de los presupuestos de orden material y formal, que justifican su adopción, como garantía del derecho de defensa y

contradicción de la parte afectada, a fin de dar cabida al derecho a la segunda instancia.

Esta adopción a cual se alude, debe ser instada por el sujeto procesal legitimado, quiere decir, que de acuerdo a un sistema acusatorio, la imposición de medidas de esta naturaleza, no pueden resultar de oficio, pues el juzgador -como tercero imparcial-, no puede involucrarse en actos de dirección material del proceso, pues de hacerlo estaría conmoviendo los dictados del principio acusatorio.

En casos excepcionales, las medidas mencionadas pueden ser ejecutadas por la policía en el caso de delito flagrante, pero deberán dar conocimiento inmediato al Fiscal o al Juez Penal competente. Entonces, la adopción de una medida cautelar se deriva directamente del principio de jurisdiccional, en el sentido de que solo los órganos de justicia criminal están revestidos con este poder, de forma exclusiva, ejerciendo la imposición de las penas y de las medidas cautelares, que de cierto modo anticipan los efectos de la pena.

Estas medidas son de naturaleza cautelar e instrumental, las cuales podrán ser solicitadas por el Fiscal y autorizadas bajo resolución motivada por el Juez Penal competente; por lo que su dictado se somete al principio de rogación, a solicitud del órgano comprometido con la investigación oficial. A tal efecto, el persecutor público, por razones de urgencias, peligro en la demora, y siempre y cuando sea necesario para los fines esenciales de la investigación, podrá solicitar una medida limitativa de derecho, como una detención preliminar, allanamiento de domicilio, incautación de documentos, intersección telefónica, etc.; todo un abanico de medidas de restricción, que se orientan a la adquisición y/o obtención de elementos de cognición, en cuanto a su aprehensión y conservación como fuentes de prueba, así como asegurar la presencia del imputado en las primeras diligencias investigativas²⁶³.

²⁶³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Ob. Cit.*, p. 243.

9.4.2. Instrumentalidad.

Las medidas cautelares pueden emanar únicamente de un proceso penal, que se encuentra formalmente iniciado, con las excepciones previstas en la Ley, incluyendo en este caso, a las medidas limitativas y/o restrictivas de derechos fundamentales. Su instrumentalidad viene definida por su utilidad (proceso cautelar), para coadyuvar a que el proceso penal alcance los fines propuestos, siendo accesorio a la pretensión principal, por lo tanto, culminado el proceso penal mediante un pronunciamiento judicial firme consentido y/o ejecutoriado o mediante un auto de sobreseimiento, sus efectos culminantes se extienden indefectiblemente a las medidas cautelares, las cuales inmediatamente quedarán sin efecto, regresando al estadio anterior que tenían antes de la medida, lo cual subraya la naturaleza accesoria y dependiente del proceso cautelar con respecto al proceso principal de cognición.

En tal sentido, tienen una relación a fin con el proceso. Se busca garantizar que el proceso penal se desarrolle dentro del marco establecido por la ley y cumpla con sus fines; se trata garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria. Así se pretende evitar la desaparición de los bienes que hagan imposible el pago de la reparación civil.

9.4.3. Provisionalidad.

Las medidas cautelares deberán extenderse únicamente en el tiempo estrictamente necesario, a fin de alcanzar los objetivos perseguidos en ello; desvanecidas o diluidas las causas que fundamentaron su adopción deberá inmediatamente levantarse la medida de injerencia, esto es, dejarse sin efecto; su cesamiento, entonces, importa un dictado obligatorio por parte del órgano jurisdiccional competente.²⁶⁴

Podrán ser dejadas sin efecto en cualquier momento del proceso, si

²⁶⁴ Artículo 255° inciso 2) del NCPP.

se verifica una variación de los presupuestos determinantes que la dictaron; es decir, que la resolución que dispone la medida cautelar es siempre provisional y debe ser modificada, sustituida o dejada sin efecto teniendo en cuenta los cambios de las circunstancias que sirvieron de base para decretarlas, pues sólo deben persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado.

Por otro lado, las medidas cautelares están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, la cual señala que la permanencia o modificación de una medida estará siempre en función a la estabilidad o variación de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial. Si aquellas sobrepasan el tiempo necesario, rebasarán su justificación y se convertirán de por sí en una medida arbitraria e injusta.

9.4.4. Proporcionalidad.

Las medidas cautelares, sean estas de orden personal o de naturaleza real, no solo presupone que su dictado obedezca a un juicio preliminar de criminalidad, de que se advierta un peligro en la demora y que se utilice para asegurar el objeto principal y accesorio del proceso, pues se requiere también que la intensidad de la medida sea adecuada a los fines de la investigación y a la gravedad del delito que se encuentra sometido a persecución penal; pues de no ser así, estaríamos convalidando medidas de por sí medidas irrazonables y desproporcionadas.

En un estado de derecho, cualquier medida que importe injerencia debe ser sometida al principio de proporcionalidad, como un mecanismo esencial de interdicción a la arbitrariedad pública.

Las medidas de coerción deben sujetarse al principio de proporcionalidad, en tanto deben observarse una ponderación entre la intensidad aplicativa de la medida con la pretendida dilucidación del distracto normativo penal. No olvidemos que las medidas de coerción

recaen sobre un sujeto presuntamente inocente, por lo que su adopción debe perseguir la eficacia del proceso, con ello la investigación, cuya modulación en su aplicación se corresponde con los fines trazados en el mismo y de acuerdo a la gravedad del injusto que se atribuye haber cometido al imputado.

El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en el NCPP, como un criterio esencial, para revestir de legitimidad a toda aquella medida que importe afectación, restricción, privación y limitación de derechos fundamentales, lo que supone en otras palabras garantizar la razonabilidad de injerencia, y como una prohibición de legal ante el exceso público.

9.5. PRINCIPIOS QUE REGULAN SU APLICACIÓN

El artículo 253^o del Nuevo Código Procesal Penal, regula que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a los derechos humanos ratificados por el Perú sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella.

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal; se impondrá con respecto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción, y sólo tendrá lugar cuando fuere absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesarios. En efecto, los principios reconocidos que permiten la aplicación de estas medidas, son los siguientes:

9.5.1. Principio de Legalidad

Según este principio, “sólo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella. Es decir, tanto en el momento de solicitarse como al dictarse una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta imprescindible que esta esté prevista y regulada por ley. Siendo

pertinente aplicar para este caso no únicamente el nuevo Código Procesal Penal, sino cualquier otra ley que contenga la medida. Este principio se encuentra taxativamente previsto en el inciso 2 del artículo 253° del Nuevo Código Procesal Penal.

9.5.2. Principio de Proporcionalidad

La aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas. Sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley. La medida de precaución debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir. Es decir, una medida coercitiva tiene que ser proporcional a la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso, que es su razón de ser.

9.5.3. Principio de Prueba Suficiente

Para imponer cualquier medida coercitiva se exige determinada base probatoria, es decir que exista una razonable y fundada presunción respecto de la vinculación del imputado con el hecho punible y la necesidad cautelar. Opera también en concordancia con el principio de proporcionalidad; pues, cuanto más grave la medida coercitiva, mayor la exigencia de elementos probatorios que acrediten la necesidad de su aplicación.

9.5.4. Principio de Necesidad

Las medidas coercitivas de naturaleza real se impondrán cuando resulten absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. La comprobación, en cada caso, de la necesidad procesal para disponerlas, es un imperativo que exige considerarlas, solicitarlas e imponerlas luego de un cuidadoso examen, al margen de un mero trámite formal o burocrático; es necesario tener siempre presente que toda persona goza de la presunción de inocencia, es decir, que es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su

responsabilidad.

Maier refiere que este principio de presunción de inocencia –ligado invariablemente al de necesidad– es el principio rector para determinar los límites de las medidas de coerción procesal en contra del imputado²⁶⁵.

9.5.5. Principio de Provisionalidad

Por su naturaleza, las medidas coercitivas de carácter real también son provisionales; ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada. El carácter instrumental de las medidas coercitivas las hace provisorias en tanto están sometidas al proceso, a su progreso y a cualquiera de sus formas de culminación; pueden extinguirse o modificarse por otra, según el avance del proceso. Es decir, una determinada medida de coerción tiene su justificación en tanto subsistan las razones que le dieron lugar.

9.5.6. Principio de Judicialidad

Según este principio, que surge del espíritu de la Constitución Política y que, además, está contenido en el artículo VI del Título Preliminar del NCPP, las medidas coercitivas sólo pueden dictarse por orden judicial impartida en resolución debidamente motivada, en el marco del proceso penal y en el modo y forma establecidos por ley . Este principio también es llamado como jurisdiccionalidad, ya que las medidas cautelares deben ser ordenadas por la autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público, de la parte agraviada o de cualquier otra parte legitimada

²⁶⁵

MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal" Argentino, tomo I, volumen B. Editorial Hammrabi.

9.6. LAS MEDIDA CAUTELAR DE DESALOJO PREVENTIVO

9.6.1. Notas generales sobre la reparación civil

Bajo la denominación “responsabilidad civil derivada del delito”, o expresiones semejantes, se suelen reunir determinadas formas de reparación admitidas tradicionalmente en los ordenamientos tales como la restitución del objeto, indemnización económica, etc.

Un aspecto es la naturaleza pública del derecho penal y del derecho procesal penal, en lo referente al *ius puniendis* estatal y a la promoción y persecución penal del delito y, otro que tiene que ver con las legítimas expectativas de la víctima, de poder verse resarcida económicamente de forma proporcional al daño causado por el hecho delictuoso. Mientras que la legitimidad activa de la acción penal recae sobre el representante del Ministerio Público, la legitimidad activa de la acción civil es potestad de la víctima, no obstante que la legislación procesal le confiere ciertos derechos al persecutor público.

La ley acumula en el proceso penal un doble objeto, pues a la depuración de la responsabilidad penal se une una exigencia de responsabilidad civil, salvo que la víctima, que es el titular del bien jurídico dañado, renuncie a exigir la reparación (porque no quiere reclamar²⁶⁶ o porque haya sido reparada extra-procesalmente) o la reserve para discutirla después de determinado proceso penal.

Consecuentemente, en el proceso penal se unifican ambas acciones, que corresponden a una naturaleza distinta: la acción penal se comprende en una Justicia Distributiva (de impartir el castigo de acuerdo a la culpabilidad del autor), mientras, que la acción civil se comprende en la denominada Justicia Compensatoria (de disponer una compensación económica proporcional al daño materializado en

²⁶⁶ Artículo 13° del NCPP.

el bien jurídico).²⁶⁷

El proceso penal versa sobre un hecho delictivo, cuya persecución y sanción se justifica en mérito a un interés público, en cambio la responsabilidad civil tiene que ver con una pretensión de privados, de un particular que busca ser resarcido de los daños causados por el delito en sus bienes jurídicos fundamentales.

9.6.2. La ministración provisional regulada en el Decreto Legislativo N° 312, y su aplicación en el Código de procedimientos penales.

El Decreto Legislativo N° 312, en su artículo primero prescribe lo siguiente:

“Cuando el poseedor no ejercite el Derecho que le confiere el artículo 920° del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo N° 124, el proceso penal sumario, por el delito de usurpación, puede el agraviado solicitar que el Juez instructor practique la inspección ocular correspondiente, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. En dicha diligencia las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente. Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, ordenará la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado”.

La figura de la ministración provisional de la posesión se trata, en principio, de una medida cautelar, por ello su carácter de ministración provisional y no definitiva; es decir, lo que busca la ministración es el aseguramiento de la futura decisión que tomará el Juez Penal cuando le toque sentenciar el fondo del caso, y es asegurar que el agraviado

²⁶⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Ob. Cit.* p. 314.

en un delito de usurpación recupere inmediatamente la posesión de su inmueble, esto se puede deducir de la misma redacción legal del Decreto Legislativo N° 312, que en la parte pertinente prevé lo siguiente: *"Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado (...)"*. Asimismo, en otro párrafo del Decreto Legislativo N° 312 estatuye lo siguiente: *"Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción (...)"*; es decir, cuando la norma prescribe una "suposición" de la comisión del delito de usurpación, lo que está diciendo es que debe existir una fundabilidad de apariencia del Derecho invocado de ejercicio de la posesión por parte del agraviado.

Como consecuencia, la ministración provisional de la posesión se trata de una medida eminentemente cautelar, su respectiva tramitación en sede judicial -en cuaderno incidental- y su posterior ejecución se tiene que realizar hasta antes que se emita la sentencia final por parte del Juez -lo ideal sería antes que el Fiscal Provincial en lo Penal emita su acusación-, ya que lo que trata es precisamente que la ministración provisional garantice la efectividad de la futura sentencia a dictarse. No tendría ningún sentido si la ministración provisional de la posesión se realiza posterior a la emisión de la sentencia judicial, caso contrario si ya el juez emitió sentencia, mejor sería que se tenga en cuenta dicha decisión final impuesta en la sentencia.

Un dato que debemos resaltar es que de la redacción legal se puede desprender que tanto el imputado y la parte civil- involucradas en el proceso penal por usurpación podrán presentar al Juzgado Penal todas las pruebas que acreditan la posesión física del bien inmueble; es decir, se apertura una fase probatoria dentro del aspecto cautelar – mediante un cuaderno incidental-, y aún más, se señala

expresamente que la posesión -que es el derecho del agraviado- esté fehacientemente acreditada.

Ahora bien, debemos precisar que solo la figura de la "ministración provisional" se daría en el supuesto de "despojo" de la posesión regulada en el artículo 202 del Código Penal, ya que se trataría de una única figura delictiva donde el agraviado no tendría, en principio, la posesión inmediata por haberla perdido por la acción del sujeto activo, ya que en los otros supuestos de "alteración de linderos" o de "turbación de la posesión" no tendría sentido esta figura procesal, pues en dichos supuestos el agraviado sigue de alguna manera conservando su posesión, puede perturbarle su tranquilidad en cuanto a su posesión, pero sigue en ejercicio de su derecho real.

Debemos precisar que el Decreto Legislativo N° 312 prescribe expresamente lo siguiente: *"Cuando el poseedor no ejercite el derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo N° 124 (...)"*. Es decir, que la utilización de la ministración provisional de la posesión solamente se realizará en sede judicial en el marco de un proceso abierto por delito de usurpación, y en la medida que el agraviado no haya hecho uso, previamente, de la llamada *"defensa posesoria extrajudicial"* para recuperar su posesión, nótese que en ningún momento se alude a los derechos de propiedad del agraviado, pues lo que se protege en este delito es la posesión; lo que resalta es que la viabilidad de la ministración provisional solo es subsidiaria con relación a otras vías extra-penales de recuperación de la posesión de un inmueble.

En efecto, si revisamos el artículo 920 del Código Civil peruano nos estamos refiriendo a la llamada *"Defensa posesoria extrajudicial"* que lo regula bajo los siguientes términos: *"El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias"*. Como

puede verse, la defensa posesoria, el legislador civil peruano la incorpora dentro del Capítulo del Derecho de reales, que en otras palabras, realiza una suerte de *"causa de justificación"* en sede del Derecho Civil en defensa de la posesión. La llamada defensa posesoria extrajudicial se puede realizar por causa propia del poseedor, obviamente sin intervención del Poder Judicial o de cualquier otra institución pública; solamente se prevé su ejercicio cuando el poseedor agraviado pierde su ejercicio de uso y de goce sobre su bien inmueble por acto de otro sujeto; claro, la idea es que la recuperación del bien inmueble sea sin intervalo de tiempo, pero eso sí, sin caer en acciones delictivas o que colindan con fines ilícitos. Si existe alguna institución del Derecho que de alguna manera se asimila a la *"ministración provisional de la posesión"* es la llamada *"defensa posesoria de carácter extrajudicial"* del artículo 920 del Código Civil peruano, y claro esto habría que diferenciarlo de la llamada defensa posesoria de carácter judicial del artículo 921 del Código Civil peruano.

En efecto, ambos institutos jurídicos en lo único que se diferencian es que uno -ministración provisional de la posesión- es parte del Derecho de reales y no tiene como fuente necesariamente la tramitación de un proceso civil, puesto que de lo que se trata es precisamente que no exista ningún proceso, ya que por algo se llama "extrajudicial" y su razón de ser es la celeridad con que se recupere la posesión del bien; mientras que la otra institución -ministración provisional de la posesión- es parte del proceso penal del delito de usurpación y necesariamente debe haber un proceso judicial en giro para la existencia de la ministración provisional, claro está que la tramitación judicial debe ser antes de la emisión de la sentencia final por su carácter cautelar de la ministración; sin embargo, ambos institutos jurídicos tienen como objetivo primordial que no se siga manteniendo o continuando el grado de arbitrariedad -de manera lesiva o peligrosa- impuesta sobre un bien inmueble urbano o rústico,

y espíritu de regulación de ambas normas e instituciones jurídicas es la inmediata recuperación -ya sea por vía de hecho o de derecho- de la posesión física del bien inmueble a su legítimo poseedor.

9.6.3. La Figura del Desalojo Preventivo y la ministración de la posesión, según el NCPP

El derecho Civil tutela los derechos reales, que supone la amplia disponibilidad que ejerce su titular sobre los atributos que le son inherentes. Esta medida corresponde a lo que bajo el Decreto Legislativo N° 312 se conoce como ministración provisional de la posesión (vinculados a los delitos de usurpación), siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado. El Juez resuelve a solicitud del Fiscal, como director de la investigación, o el agraviado en el plazo de 48 horas.

La comisión del delito de usurpación trae como consecuencia en su modalidad más frecuente, la desposesión del bien inmueble del agraviado. El antecedente de esta medida cautelar la tenemos en el Decreto Legislativo N° 312 -antes citado-, que establecía que si el agraviado - poseedor no había ejercido el derecho de defensa posesoria extrajudicial que le confería el artículo 920° del Código Civil y se había iniciado el proceso sumario conforme al Decreto Legislativo N° 124, por el delito de usurpación, podía solicitar al juez que practique la inspección ocular correspondiente, la que se debía a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. Si el juez estimaba que había motivo fundado para suponer que se había cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado estaba fehacientemente acreditado, ordenaba la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado.

En el NCPP, siguiendo ese antecedente, en los delitos de usurpación, el Juez, a solicitud del Fiscal o del agraviado, puede ordenar el desalojo preventivo del inmueble indebidamente ocupado en el término de 24 horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado (art. 311.1). Se ha incluido con la Ley N° 30076 que el desalojo se debe ejecutar dentro del término de setenta y dos (72) horas de concedida la medida.

En esta clase de delitos se consagra la necesidad que se realice una inspección ocular por parte de la Fiscalía entregando copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del Fiscal al agraviado.

La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria. Se anexará los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido. Uno de estos debe ser el acta de inspección ocular. En la anterior disposición sólo se podía solicitar durante la investigación preparatoria.

El Juez debe resolver, sin trámite alguno, en el plazo de 24 horas. Se ha reducido el plazo que antes era de 48 horas. La resolución puede ser impugnada el juez elevará el cuaderno dentro de 24 horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución, hasta que resuelva la Sala Superior, que se pronunciará en el plazo de tres (03) días previa audiencia con notificación de las partes. Si confirma el auto que ampara la solicitud de desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del Juez para su inmediata ejecución.

El tema de fondo es garantizar cautelarmente la tutela del derecho real que ha sido afectado por el presunto usurpador.

En definitiva, las medidas de coerción procesal son las que proceden por criterios de *necesidad y proporcionalidad*; en otras palabras, las que tienden a garantizar el correcto desarrollo de la causa y garantizar la decisión final del juzgador. Las medidas de coerción pueden ser de carácter personal o real. Dentro de las primeras encontramos la llamada detención preliminar (artículo 261°), prisión preventiva (artículo 268°), comparecencia con restricciones (artículo 287°), incomunicación (artículo 280°), impedimento de salida (artículo 295°), suspensión de la patria potestad (artículo 298° inciso a), suspensión de ejercer determinada labor comercial (artículo 298° inciso c), etc. Dentro de las segundas -de carácter real- ubicamos el embargo (artículo 302°), impedimento de disponer o grabar bienes (artículo 310°), pensión anticipada de alimentos (artículo 314°), incautación (artículo 316°), ejecución anticipada de las consecuencias pecuniarias (artículo 312°), y el desalojo preventivo para los delitos de usurpación (artículo 311°).

En ese sentido, el desalojo preventivo y la subsecuente ministración de la posesión en el nuevo modelo procesal son medidas coercitivas de carácter real y solo se pueden solicitar y ejecutar durante la tramitación de la investigación preparatoria, pues el artículo 311° inciso 3, del NCPP, dispone expresamente que *“La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria (...)”*; y a diferencia de otras medidas coercitivas personales que requieren siempre del contradictorio (por ejemplo de la prisión preventiva, comparecencia con restricciones, etc.), el desalojo preventivo se resuelve a mérito del pedido, sin traslado a los demás sujetos procesales (es lo que se conoce en el derecho procesal civil como *inaudita parte*), sin una audiencia pública y por tanto sin contradictorio procesal entre las partes involucradas. Por tal motivo, la solicitud deberá contener todos los elementos de convicción que a criterio del recurrente legitimen su derecho (siempre que hayan

sido incorporados a la investigación, ya que no se admiten ofrecimiento de instrumentos insuficientes, de diligencias no celebradas o de prueba anticipada no actuada).

CAPÍTULO X

LA DEFENSA POSESORIA Y LOS ALCANCES DE LA LEY N° 30230

Introducción

El tema de la protección de la posesión es un tema muy discutido en la doctrina. Muchos se cuestionan porque deben ser protegidos los simples poseedores, si en muchos casos incluso atentan contra los derechos de los legítimos propietarios, obteniendo a su favor pronunciamientos de autoridades administrativas o judiciales en desmedro del derecho de propiedad de otra persona.

Rudolf von Ihering, uno de los grandes estudiosos del tema posesorio, señala que la posesión es la propiedad en su estado normal, lo que determina que la protección de la posesión haya sido instituida con el fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Para ser protegido como poseedor basta demostrar la posesión, por lo que dicha protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario, siendo esta "una consecuencia absolutamente inevitable". La protección de la posesión complementa la protección de la propiedad, facilita la prueba de la propiedad dado a que "el poseedor se reputa propietario hasta la prueba en contrario".

Sobre la defensa posesoria, la regla es que nadie puede hacer justicia con sus propias manos. Quien se siente afectado en sus derechos y no encuentra respuesta pacífica en el oponente, tiene que acudir a la autoridad, sin embargo hay excepciones. La defensa posesoria extrajudicial es una de ellas. El artículo 920 del Código Civil permite que el poseedor recupere sus bienes de manera directa, por su cuenta, cuando ha sido despojado sin que medie orden de autoridad competente. La víctima puede repeler la fuerza que se emplee contra ella y recuperar la posesión, siempre que no medie intervalo de tiempo ni utilice herramientas injustificadas por las circunstancias. En otras palabras, si alguien es desalojado sin causa, puede inmediatamente expulsar al invasor y recuperar la posesión utilizando sus propios medios, esto significa que puede acudir a la

fuerza privada disponible. Es una medida excepcional, equivalente a la legítima defensa que rige en materia penal, que permite a los particulares retomar sus bienes sin el concurso de la autoridad.

Es cierto que la ocupación de un predio ajeno constituye un delito que amerita la intervención policial para la persecución correspondiente, empero, la defensa posesoria extrajudicial es otra cosa. Algunos despojados acuden a la policía para desalojar al invasor y apresararlo, pero eso no constituye el ejercicio de la defensa extrajudicial.

Actualmente el Congreso, aprobó un proyecto de modificación del artículo 920 del Código Civil, señalando que el poseedor despojado tiene 15 días para recuperar la posesión, contados desde que toma conocimiento de la usurpación. La norma modificada propicia que el perjudicado organice mejor la fuerza de recuperación privada. Sin embargo, no debemos perder de vista que la justicia por mano propia siempre es peligrosa y puede terminar alterando la paz social. No olvidemos que la recuperación posesoria no determina quién es el dueño, sino solo la devolución a quien estaba poseyendo y fue despojado.

10.1. Fundamento de la protección posesoria

El Derecho protege la simple posesión, tanto la legítima como la ilegítima, sea esta de buena o mala fe. Pero, ¿por qué el Derecho protege al simple poseedor, incluso contra los derechos del legítimo propietario?, ¿qué justifica los pronunciamientos administrativos o judiciales en favor del poseedor y en desmedro del propietario?

Los antiguos romanos se caracterizaron por ser una sociedad pastoril. Las familias ejercieron un señorío de hecho sobre las villas para pastar sus rebaños. El *ager publicus* estaba constituido por las tierras, especialmente las conquistadas a los enemigos, donde las familias pastaban su ganado. Al señorío del grupo sobre el *ager publicus* se denominó *possessio* o *possessores*. Durante la dominación etrusca la posesión comunitaria fue sustituida por la individual, resultante de las concesiones de los reyes etruscos. El *ager publicos* fue el patrimonio de las grandes familias, de los

patricios, primero y la *nobilitas*, después. La posesión fue el medio de disfrute de la tierra y representaba el signo de la clase dirigente y de su poder político. La propiedad privada surge muchos siglos más tarde, según Weber con la Lex Thoria del año 111 a.c. que transformó las *possessiones* existentes en *dominum optimo iure*²⁶⁸.

Bozza²⁶⁹ señala que “las familias patricias durante siglos poseyeron el *ager publicus* trasmitiéndose lo de generación en generación, al extremo de llegar a considerarlo como propio, excluyente de cualquier regulación legal, a la cual opusieron siempre su poder de hecho. Si la nobleza hubiese tenido un mínimo apoyo jurídico a favor de los *possessores*, en él se habría atrincherado, y por consiguiente presentado un derecho incontestable e intangible. Más ello no podía ser, pues la posesión constituyó exclusivamente un señorío de hecho, un poder político-económico, del cual debía excluirse cualquier idea del derecho objetivo”.

La tutela de la posesión en la época clásica romana no fue por la vía del derecho, sino fue una tutela de carácter administrativo; el pretor intervenía investido de *imperium* y con función de policía, se protegía el hecho de la posesión; los interdictos posesorios fueron un remedio policial para conservar o recuperar la posesión.

El derecho protege el ejercicio de la posesión como hecho, considerada en su aspecto exterior (*possessio naturalis*), sin consideración alguna al derecho que se pueda tener para poseer (por ser propietario, arrendatario, usufructuario, etc.), con el fin de mantener la paz social, para evitar que las gentes se hagan justicia por su propia mano. Por ello, el hecho material de la posesión está amparada, contra las perturbaciones o despojo de hecho, mediante los interdictos que son procesos sumarísimos. Para entablar un interdicto de retener es requisito *sine quom* tener el *corpus posesorio*; y para un interdicto de recobrar es necesario que el accionante haya sido despojado de su posesión actual.

²⁶⁸ LAQUIS, Manuel Antonio, “Derechos reales - Parte general”, Ed. Depalma, Bs. Aires, 2000, p. 142 y ss.

²⁶⁹ BOZZA, Francesca, “La possession dell ager publicus”, citado por LAQUIS, Manuel Antonio. Ob. Cit. p. 495.

El vencido en un interdicto no tiene la posibilidad de discutir nuevamente la cuestión en un proceso de conocimiento, en el cual si puede hacer valer su derecho a la posesión haciendo uso de la acción posesoria, la reivindicatoria, mejor derecho de la propiedad o una acción contractual, según corresponda (por ejemplo, demandar la entrega de un bien en cumplimiento de un contrato). En el interdicto se juzga el hecho de la posesión, mientras que en la acción posesoria se debate sobre el derecho a la posesión.

En ese sentido el Código Civil Peruano organiza la defensa posesoria en un sistema doble: la defensa privada o extrajudicial, por la que el poseedor está facultado para repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar directamente el bien si fuese desposeído (artículo 920°); y la defensa judicial, a través de las acciones posesorias y los interdictos (artículo 921°). Los interdictos son procesos judiciales cuyo objeto es proteger la posesión en sí misma. Su fundamento principal consiste en que con ellos se evitan perturbaciones y despojos injustificados y que la gente se haga justicia por su propia mano. En definitiva los interdictos persiguen mantener la paz social. Allí radica su importancia.

10.1.1. Protección posesoria según Savigny

Según Savigny²⁷⁰, si la posesión no es un derecho, su perturbación no es contraria al Derecho, solamente lo será si es que se viola a la vez a la posesión y a cualquier otro derecho. La relación entre el hecho de la posesión y la persona que posee, determina la protección de la posesión contra toda turbación que afecte al mismo tiempo a la persona. La perturbación o despojo de la posesión mediante la violencia constituye una injusticia contra la persona, esta es la víctima de la violencia, y como toda violencia es injusta, los interdictos posesorios se dirigen contra esta injusticia.

²⁷⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, "Traité de la possession en droit romain". Editorial Durand-P, Paris, 1870. Citado por TORRES VASQUEZ, Anibal, en "Derechos Reales", Tomo I, Ed. Idemsa, Lima 2006, p. 440.

En ese contexto, el fundamento de la tutela posesoria radica en la interdicción (prohibición) de la violencia injusta contra la persona. Toda violencia es ilegítima "y es contra esta ilegitimidad que está dirigido el interdicto. Todos los interdictos tienen pues un punto en común: suponen un acto que, por su misma forma, es ilegal".

10.1.2. Protección posesoria según Ihering

Para Rudolf Von Ihering²⁷¹, la posesión es la propiedad en su estado normal, lo que determina que la protección de la posesión haya sido instituida con el fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Para ser protegido como poseedor basta demostrar la posesión, por lo que dicha protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario, siendo esta "una consecuencia absolutamente inevitable". La protección de la posesión complementa la protección de la propiedad, facilita la prueba de la propiedad dado a que "el poseedor se reputa propietario hasta la prueba en contrario".

La protección de la propiedad requiere que su sola exterioridad, o sea la posesión, esté respetada y protegida. Las acciones posesorias (que constituirían en sí los interdictos) son los medios defensivos de la propiedad; la *rei vindicatio* es el medio ofensivo. Los medios defensivos de la propiedad son acordados contra cualquiera que turbe la propiedad, con independencia de la prueba de la propiedad. La posesión es una situación de la propiedad jurídicamente protegida por sí misma y erigida en un derecho independiente de la propiedad. La posesión como hecho al estar protegida por el Derecho adquiere la calidad de relación jurídica, sinónimo de derecho.

Ihering fundamenta "la protección de la posesión en la defensa de la

²⁷¹ VON IHERING, Rudolf, "Estudios jurídicos", Vol. 1, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974; y "Teoría de la posesión- El fundamento de la protección posesoria". Madrid, 1892. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 441 y ss.

propiedad”. La protección de la posesión es un complemento de la protección de la propiedad, sin la necesidad de probar el derecho de propiedad, lo que aprovecha al mismo tiempo a los no propietarios que poseen aun contra los propietarios que no poseen.

10.1.3. Doctrina del Código Civil.

La doctrina que fundamenta la protección posesoria en el Código Civil se inspira principalmente en la teoría de Ihering.

El hecho (*factum*) de la posesión actual o anterior (cuando se ha producido la desposesión), sin consideración del derecho (*ius*) a la posesión, se protege provisionalmente, a fin de que no se rompa la paz social y, en todo caso, hasta que en otro proceso se dilucide los derechos de las partes en conflicto.

Como con los interdictos se obtiene solamente una tutela judicial provisional de la posesión, las partes pueden acudir a un proceso plenario para que se dilucide el derecho a la posesión, que por ser de prueba lata, se tramita en la vía del proceso de conocimiento. Como señala Messineo²⁷², si al titular de un derecho le estuviese permitido reprimir por sí mismo el ejercicio ajeno (aunque fuera arbitrario) del derecho de él (titular) y, por consiguiente, hacerse justicia por sí mismo (defensa privada de los derechos), resultaría turbada la pacífica convivencia social, por lo que es aconsejable sacrificar al titular del derecho, en beneficio del no titular, hasta tanto se declare en juicio que este no tiene derecho a la posesión (no es titular), sólo entonces estará obligado a entregar el bien poseído; y podrá ser privado de él aun por la fuerza.

Los remedios de protección de la posesión como *factum* son los interdictos, distintos de las acciones petitorias para que se emita pronunciamiento sobre el derecho o mejor derecho a la posesión.

²⁷² MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”. p. 205. Traducido por SENTIS MELENDO, Santiago. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1979.

Por ser los interdictos de prueba limitada exclusivamente a demostrar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio, se tramitan en la vía sumarísima.

El fundamento de la tutela judicial interina o provisional de la posesión mediante los interdictos es prevenir la violencia y evitar que el que tiene derecho a la posesión se haga justicia por sí mismo, así como preservar y restablecer la paz social, mantener el *status quo* asegurando la posesión actual del que la está ejerciendo, sin perjuicio de que se ventile ante los tribunales sobre quién tiene el derecho o mejor derecho a la posesión.

La protección de la posesión se basa también en la presunción de la buena fe del poseedor y en el hecho de que conduce a la adquisición de la propiedad a través de la usucapión.

El ordenamiento jurídico concede al poseedor la facultad de defender su posesión *extrajudicialmente*, mediante la autodefensa, denominada también autotutela, autoayuda, defensa privada, defensa individual, y *judicialmente* por medio de los interdictos, las acciones posesorias, algunas acciones de desalojo y acciones penales.

10. 2. Defensa Extrajudicial de la posesión

10.2.1. Autodefensa de la posesión

C.C. Artículo 920²⁷³.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de

²⁷³ Teniendo como base lo previsto en este artículo y antes de su modificatoria mediante Ley N° 30230 publicada el 14 de julio de 2014, los criterios doctrinarios señalaban que la recuperación del bien mueble o inmueble despojado, sin mediar intervalo de tiempo (entendiéndose a las 24 horas), podría ser lícitamente recuperado por el titular, si este empleaba la legítima defensa absteniéndose de las vías de hecho no justificadas. Sin embargo (como analizaremos en capítulos posteriores), actualmente este criterio ha sido modificado, pues según la nueva regulación normativa contamos con un plazo de 15 días para repeler la fuerza que se emplea para despojarnos, y además para ejercerla de modo legítimo se requiere el auxilio de la fuerza pública, confiriendo el deber de función a la policía y a la autoridad municipal correspondiente.

hecho no justificadas por las circunstancias.

La defensa de la posesión, así como la de cualquier otro derecho o interés está confiada al Poder Judicial, a fin de que nadie se haga justicia por su propia mano. La excepción a esta regla lo constituye el artículo 920° que autoriza la defensa privada de la posesión.

La posesión del titular o no titular del derecho real, sobre un bien mueble o inmueble, rústico o urbano, encuentra su primera tutela en la legítima defensa contra los actos con los cuales se priva o perturba el goce pacífico de un bien. Por tanto, el poseedor, titular o no titular del derecho, puede repeler la fuerza que se emplee contra él impidiendo que el agresor tome posesión del bien o recobrar el bien (mueble o inmueble) si ha sido despojado, sin que con ello incurra en delito por tomarse la justicia por su propia mano, siempre que lo haga inmediatamente, no *ex intervallo*, y lo haga con medios proporcionales a la ofensa, o sea se debe abstener de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. El Derecho alemán habla de una reacción equivalente.

La autodefensa de la posesión es sólo una manifestación de la legítima defensa. Como señala Ihering²⁷⁴, amenazado en su existencia, en su cuerpo, en su vida, en su patrimonio, por un ataque del exterior, el individuo se pone en estado de defensa, rechaza la fuerza por la fuerza. La legítima defensa de sí mismo es una expresión justa. Protegiendo su haber el individuo se defiende así mismo. En el derecho se presenta el haber bajo dos aspectos: el haber de hecho (posesión) y el haber de derecho (propiedad). La fuerza también adquiere dos formas cuando se aplica a la defensa del haber: es *defensiva* cuando quiere mantener el estado de hecho de la detentación de las

²⁷⁴ IHERING, Rudolf Von, "El fin en el Derecho", Ed. Atalaya, Bs Aires, 1946. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 443.

cosas; *ofensiva*, cuando tiende a recobrar la cosa perdida de hecho.

Así el artículo 920° autorizaba la defensa extrajudicial en dos situaciones: 1) Para repeler la fuerza empleada contra el poseedor. Supone un acto de turbación; y 2) Para que el poseedor desposeído recupere el bien. Supone un acto de despojo.

En ambos casos de defensa extrajudicial deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) *La violencia empleada por un tercero contra el poseedor.* El autor del ataque se vale de la fuerza, por lo que queda excluido de la defensa privada de la posesión el supuesto de la usurpación clandestina;
- b) *Reacción inmediata del poseedor.* Entre ataque y defensa debe existir unidad de tiempo. El poseedor responde inmediatamente rechazando la perturbación o recuperando el bien del que ha sido desposeído. Si no ha intentado recobrar la posesión sin intervalo de tiempo, sólo podrá obtener la restitución del bien por la vía judicial.
- c) *Abstenerse de las vías de hecho no justificadas.* La reacción del poseedor no debe exceder los medios de la legítima defensa, es decir, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
- d) *Imposibilidad de la intervención de la autoridad.* Aunque el artículo 920° no mencionaba, por tratarse de un remedio excepcional, la defensa privada de la posesión solamente es admitida cuando no es posible la intervención de la autoridad, ya que si el poseedor tuviera que ir a pedir auxilio, al regresar sería tarde por haberse consumado el despojo.

Es lícito que el poseedor se haga justicia por su propia mano

repeliendo la fuerza con la fuerza para impedir ser despojado del bien o si ya lo fue, para recuperarlo, con tal que reaccione inmediatamente y sin excederse de los medios de la legítima defensa y siempre que la ley o resolución judicial no autoricen la privación o perturbación.

Como se aprecia, la defensa privada de la posesión se caracteriza por ser un medio excepcional de uso de la fuerza por el poseedor para repeler la fuerza que lo perturba o despoja de la posesión y por referirse a todos los supuestos de posesión, con independencia del derecho a poseer.

La ley permite que el poseedor utilice la fuerza para repeler los actos de turbación o usurpación, con el fin de garantizarle provisionalmente su permanencia en el bien, hasta que la justicia decida quién tiene derecho a la posesión, y para que se mantenga la vigencia del ordenamiento jurídico, sin el cual no puede existir paz social. Se autoriza al poseedor a rechazar la fuerza con la fuerza, sin que con ella incurra en delito. Al respecto, el artículo 20.3 del Código Penal prescribe: *"Está exento de responsabilidad penal (...): 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y e) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa"*.

Todo indica que la autodefensa de la posesión consagrada en el artículo 920º es una aplicación particular del principio general de la legítima defensa por la que, tanto el poseedor como el servidor de la posesión están facultados para rechazar por las vías de hecho las perturbaciones a la posesión pacífica o a contraatacar para recuperar la posesión cuando ha sido privado de ella, siempre que lo haga en forma inmediata. Así, el poseedor puede repeler con la fuerza al ladrón que pretende arrebatarse sus bienes muebles o recuperarlos, también por la fuerza, persiguiendo al ladrón sorprendido *in fraganti*.

Tratándose de bienes inmuebles, el poseedor puede rechazar por la fuerza los actos perturbatorios y si ha sido despojado puede contraatacar para recuperar la posesión, siempre que actúe inmediatamente.

Por el derecho al ejercicio de la legítima defensa, toda persona está facultada para repeler la fuerza que se emplea contra ella, por consiguiente la defensa privada de la posesión que se refiere el artículo 920 comprende tanto al poseedor de cualquier clase que sea como al tenedor o servidor de la posesión (*legitimación activa*). El servidor de la posesión cuida y defiende la posesión para el poseedor, consiguientemente está facultado para auto-defenderse cuando alguien intenta perturbarlo o despojarlo del cuidado del bien. Por ejemplo, el obrero puede intentar evitar el despojo de las herramientas que utiliza en su trabajo.

La defensa privada está restringida solamente contra el que perturba o despoja (*legitimación pasiva*) al poseedor o servidor de la posesión, debido a que entre la acción y la reacción no puede existir intervalo de tiempo.

10.3. Defensa judicial de la posesión

10.3.1. Las acciones posesorias y los interdictos

C.C. Artículo 921²⁷⁵.- Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él.

La defensa judicial de la posesión de muebles inscritos y de inmuebles, estén o no inscritos, está confiada a las acciones posesorias y a los interdictos.

²⁷⁵ Antes de su modificatoria mediante el artículo 67 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014.

Con las acciones posesorias se tutela el derecho a la posesión y con los interdictos se protege el hecho de la posesión; el interdicto implica la posesión efectiva del bien o la posesión previa y el consiguiente despojo, en tanto que la acción posesoria no requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión; la acción posesoria se tramita en un proceso de conocimiento y el interdicto, en un proceso sumarísimo; en el interdicto sólo se admiten pruebas destinadas a demostrar la posesión y los actos perturbatorios o de despojo, en cambio, en las acciones posesorias hay un pleno probatorio referido a demostrar el derecho a la posesión; la sentencia emitida en una acción posesoria constituye cosa juzgada en materia de posesión y la dictada en un interdicto es una resolución provisional, porque el derecho definitivo de posesión puede ser dilucidado en otro proceso.

El Código Civil de 1936 limitó la tutela interdictal al poseedor de bienes inmuebles. El art. 831 de este código disponía: *"Todo poseedor de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos, conforme al Código de Procedimientos Civiles. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él"*²⁷⁶.

²⁷⁶ Por su parte el Cód. Civil Alemán, en su artículo 861º, señala: "Si se privase de la posesión al poseedor por vía de hecho ilícito, podrá pedir la restitución de aquélla contra aquel cuya posesión con relación a él sea viciosa. Este derecho cesará cuando la posesión sustraída tenga algún vicio respecto al poseedor actual o a su predecesor jurídico, y se haya obtenido en el año anterior inmediato al que se la sustraiga. El artículo 862º, describe que, cuando el poseedor sea perturbado en la posesión por vía de hecho ilícito, podrá exigir del autor de la perturbación que cese esta. Si pudiesen temerse perturbaciones ulteriores, podrá demandar en juicio el poseedor para que se le prohíba perturbarle en lo sucesivo. Este hecho no existirá cuando relativamente al autor o a su predecesor jurídico, tenga el poseedor una posesión viciosa obtenida en el año anterior a la perturbación.

El Código Civil Italiano, en su artículo 1168º, señala que, mediante la acción de reintegración, quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión puede, dentro del año a contar desde el despojo sufrido, pedir contra el autor de dicho despojo la reintegración en la posesión. La acción se concede también a quien tiene la detentación de la cosa, salvo el caso de que la tenga por razones de servicio o de hospitalidad. Si el despojo es clandestino, el término para pedir la reintegración corre desde el día en que se descubrió el despojo. La reintegración debe ordenarse por el juez sobre la simple notoriedad del hecho, sin dilación. Art. 1169. Reintegración contra el adquirente conocedor del despojo. La reintegración se puede pedir también contra quien está en la posesión en virtud de una adquisición a título particular, hecho con el conocimiento del despojo ocurrido. Art. 1170. Acción de mantenimiento. Quien ha sido molestado en la posesión de un inmueble, de un derecho real sobre inmueble, puede, dentro del año a contar de la perturbación, pedir el mantenimiento de dicha posesión. La acción se da si la posesión dura desde hace más de un año, en forma continua y no interrumpida, y no ha sido adquirida violenta o clandestinamente. Cuando la posesión haya sido adquirida de un modo violento o clandestino, la acción puede, no obstante, ejercitarse, transcurrido un

El artículo 921º del Código Civil vigente se complementa con los arts. 598º y 599º del Código Procesal Civil. El art. 598º prescribe: *Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.* El art. 599º establece: *El interdicto procede respecto de inmuebles, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.*

No están protegidos por los interdictos los bienes muebles no inscritos y todos los derechos extra-patrimoniales, tampoco lo están los bienes del Estado de uso público (art. 599 del CPC).

No está demás hacer presente que la posesión, especialmente la del propietario, desde el Derecho romano hasta la actualidad, además de las acciones posesorias y de los interdictos, está protegida también por acciones contractuales (acciones personales) y por las acciones penales (en los delitos).

El artículo 921º confiere las *acciones posesorias* y los *interdictos* a los poseedores de muebles inscritos y de inmuebles. Las acciones posesorias corresponden a quienes tienen derecho a la posesión y los interdictos a los poseedores sin entrar a considerar si tienen derecho o no a la posesión. En otros términos, el hecho posesorio actual (*el ius possessionis*) se defiende con el interdicto y el derecho a la posesión (*el ius possidendi*) se protege con la acción posesoria.

Doctrinariamente no se distingue claramente entre interdictos y acciones posesorias. Para un sector importante de la doctrina no

año desde el día en que la violencia o la clandestinidad haya cesado. También quien ha sufrido un despojo no violento o clandestino puede pedir ser puesto de nuevo en la posesión, si concurren las condiciones indicadas por el apartado anterior. Tratado de la Haya. Art. 123. Se determinan por la ley del tribunal los medios y trámites utilizables para que se mantenga en posesión al poseedor inquietado, perturbado o despojado a virtud de medidas o acuerdos judiciales o por consecuencia de ellos.

existen más acciones posesorias que los interdictos: Así, Bonfante²⁷⁷ afirma "que las acciones posesorias se llaman interdictos porque en el derecho clásico la defensa de la posesión era ordenada en forma extraordinaria por medio del procedimiento de interdicción. Se distinguen los *interdicta retinendae possessionis* y los *interdicta recuperandae possessionis*: los primeros defienden la posesión en caso de perturbación o molestia causada al poseedor; los segundos, en caso de expoliación calificada".

Por su parte Messineo²⁷⁸ describe que: "la defensa de la posesión, propia del *derecho privado*, se confía a dos acciones especiales, llamadas -en su conjunto- acciones posesorias (en contraposición ... a las acciones petitorias); esas acciones son: la acción de *reintegración* (o de *despojo*) y la acción de *mantenimiento*". La doctrina y legislación italiana denominan **acción de reintegración** al interdicto de recobrar y **acción de mantenimiento** al interdicto de retener.

En la doctrina nacional, Casteñada²⁷⁹ sostiene que no existen más acciones posesorias que los interdictos, que son los únicos canales destinados a la defensa de la posesión. Contrariamente, Romero Romaña²⁸⁰ distingue entre las acciones posesorias y los interdictos; refiere que con los interdictos se defiende al poseedor actual sin entrar a considerar si tiene derecho o no a la posesión. Las acciones posesorias se conceden, en cambio, a quienes tienen derecho a la posesión. Dice este autor que hay que "*distinguir las acciones posesorias de los interdictos, porque teniendo los interdictos como finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si tiene derecho o no a la posesión, lo que eventualmente podría conducir a sancionar injusticias, favoreciendo a un usurpador que naturalmente*

²⁷⁷ BONAFANTE, Pietro. "Instituciones de derecho romano". Traducido de la octava edición italiana por BACCI, Luis y REUS LARROSA, Andrés. Madrid, 1995, p. 135.

²⁷⁸ MESSINEO, Francesco. *Ob. Cit.* p. 232. En el mismo sentido: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "Los derechos reales", T I. 4ta Edición, Lima 1973. BARBERO, Doménico, "Sistema del derecho privado" Ed. Ejea. Buenos Aires, p, 400.

²⁷⁹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Ob. Cit.* p. 88.

²⁸⁰ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. "Derecho civil - Los derechos reales". Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.* p. 449.

no tiene derecho sobre el bien, lo que se resuelve en un interdicto es provisional. Las acciones posesorias se conceden, en cambio, a quienes tienen derecho a la posesión. El que tiene derecho a poseer puede interponer un juicio ordinario, donde se pueden actuar pruebas sobre el derecho de poseer y contradecir lo resuelto en el interdicto, logrando que se le conceda la posesión".

Las acciones se clasifican en personales (*acciones in personam*) y reales (*acciones in rem*). Las primeras protegen derechos subjetivos personales, denominados también obligacionales o de crédito y las reales tutela derechos subjetivos reales. Las acciones reales se subclasifican en posesorias (*possessorium*) y petitorias (*petitorium* como las *vindicaciones* o *petitiones*). La acción posesoria lo ejerce el poseedor sin consideración del título y la acción petitoria la ejerce el propietario o titular de otro derecho real.

Conforme al artículo 921º el *possessorium* comprende tanto a los interdictos como a las acciones posesorias como medios de defensa de la posesión. La posesión como hecho se defiende con los interdictos (auténticas acciones posesorias) y la posesión como derecho se protege con acciones posesorias que son petitorias. En los interdictos se admiten pruebas exclusivamente relativas a la posesión del demandante y a la perturbación o despojo por el demandado, debiendo rechazarse toda otra prueba que no se concrete a este fin. En el interdicto no se debate para nada sobre el derecho a la posesión. En cambio, en las petitorias se examinan títulos para determinar el derecho o mejor derecho a la posesión. Esto impide la acumulación de ambas acciones. Si se permitiera la acumulación de estas acciones, se estaría facultando al titular del derecho real (propietario, usufructuario, etc.) para que, en uso de su *ius possidendi*, se haga justicia por su propia mano despojando o perturbando impunemente al poseedor, hecho que la ley no permite, salvo el caso excepcional de la defensa privada de la posesión siempre que concurren los requisitos contemplados por el artículo

920º.

Como expresa Díez Picazo²⁸¹ la regla que prohíbe la acumulación *"se dirige fundamentalmente al demandado. El demandado en el juicio posesorio no puede proponer cuestiones petitorias hasta que la controversia posesoria haya sido decidida y la condena ejecutada"*. A nuestro juicio, se dirige también al demandante. Si el demandante abre un juicio estrictamente posesorio la única cuestión que es lícito discutir en él es la cuestión de la posesión. Por último, la regla se dirige también al juez, quien debe decidir el pleito posesorio, únicamente sobre la base de la posesión efectiva y de la lesión que en esta se haya experimentado, reservando cualquier otra acción para el juicio correspondiente.

El artículo 921º menciona a las acciones posesorias y los interdictos, y el artículo 979º se refiere: a la acción reivindicatoria, acciones posesorias, interdictos, acciones de desahucio (entiéndase de desalojo), aviso de despedida y demás acciones que determine a ley. Son acciones petitorias por excelencia la reivindicatoria y la de mejor derecho a la propiedad destinadas a esclarecer a quien corresponde el derecho de propiedad, pero también son petitorias las que tienen por objeto establecer a quien pertenece el derecho o mejor derecho a la posesión. En otros términos, la acción petitoria puede versar sobre el derecho de propiedad u otro derecho real inferior como, por ejemplo, el de superficie, usufructo, uso, habitación, los cuales tienen por contenido a la posesión. Para nuestro ordenamiento jurídico el *possessorium* comprende los interdictos que protegen a la posesión como hecho y las acciones posesorias (que por naturaleza son acciones petitorias) que defienden a la posesión como derecho. Con la acción interdictal se obtiene una decisión judicial que protege a la posesión provisionalmente, es decir, tal decisión no tiene la autoridad de cosa juzgada, puesto que el vencido puede entablar un proceso

²⁸¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Vol. II. Ed. Tecnos, Madrid 1986, p. 538.

judicial petitorio haciendo uso de las acciones posesorias o de dominio que le confiere la ley.

Del mismo modo, el artículo 921^o establece que el que tiene la posesión por más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él. La posesión anual no es requisito para que el poseedor tenga derecho a las acciones interdictales, sino para rechazar los interdictos que se promuevan contra él. Tiene derecho a valerse de los interdictos el que posee por días, meses o años, pues para que accione basta que tenga la posesión actual o que haya sido despojada de ella, pero debe ejercitar su acción antes de vencido el año contado desde que se produjo el hecho de la perturbación o del despojo. Es decir, el plazo para demandar la acción interdictal prescribe al año de producido el hecho que fundamenta la demanda. El despojante demandado que tiene la posesión por más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él, deduciendo la excepción de prescripción de la pretensión interdictal.

10.3.2. Los interdictos

Definición

Los interdictos son procesos sumarísimos para resolver interinamente sobre la posesión actual, de prueba limitada exclusivamente a la posesión, con el fin de mantenerla o conservarla como para recuperarla, sin discutir sobre el derecho de posesión, de propiedad o de cualquier otro derecho.

Explica Gayo²⁸² que en determinados casos el pretor o el procónsul imponía su autoridad para poner fin a la controversia, principalmente cuando se trataba sobre la posesión o la cuasi posesión, concretándose a mandar o prohibir que se hiciera algo. Las fórmulas que se empleaban para ello, se llamaban interdictos y decretos. Se denominaban decretos cuando mandaba se hiciera algo, por

²⁸² GAYO, "Instituciones", texto latino de Álvaro D'ors Péres-Peix. Madrid 1943. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. 452.

ejemplo, cuando ordenaba que se exhibiera o se restituyera algo; y se llamaba interdicto cuando prohibía hacer algo, como cuando ordenaba que no se ejerza violencia contra el que posee justamente, o que no se haga algo en lugar sagrado. De ahí que los interdictos se dividen en restitutorios, exhibitorios y prohibitorios.

Los interdictos constituyen el instrumento procesal para la defensa de la posesión como hecho, no como derecho, tanto de bienes inmuebles como de muebles inscritos, siempre que no sea de uso público, y también para proteger la posesión de servidumbres aparentes (art. 599 del CPC).

Los interdictos son de naturaleza posesoria. Basta tener la posesión fáctica para ser protegido con los interdictos de retener y de recobrar, con independencia del derecho. Por ello, la sentencia dictada en un interdicto es provisional.

Los interdictos se caracterizan:

- a) Por ser procesos sumarísimos. Se debate solamente sobre el hecho de la posesión. No se discuten cuestiones relativas al título de propiedad o posesión o de cualquier otro derecho.
- b) Persiguen evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano; asegurar la posesión actual a favor del que está poseyendo, sin perjuicio de que después se ventile el mejor derecho a la posesión; y restablecer la tranquilidad social alterada por el conflicto posesorio.
- c) La sentencia tiene carácter interino. Es cosa juzgada solamente con relación al hecho de la posesión y a los actos perturbatorios o de despojo, más no con relación al derecho de posesión o de propiedad que las partes podrán reclamar en un proceso de conocimiento.
- d) Su *finalidad* es proteger interinamente al poseedor contra los

que, con razón o sin razón, lo perturban en el ejercicio de hecho del uso o goce de un bien, sin reclamar previamente ante la autoridad judicial, porque de lo contrario no sería posible la convivencia pacífica. De ahí que con el interdicto se resuelva en forma provisional un conflicto de intereses manteniendo una situación de hecho, dejando la solución definitiva para un proceso de conocimiento.

El Código procesal civil reconoce dos clases de interdictos:

- Interdicto de recobrar (*interdicta recuperandae possessionis*) (art. 603);
- Interdicto de retener (*interdicta retinendae possessionis*) (art. 606).

El interdicto de obra nueva y el de obra ruinoso, conforme al art. 606, están considerados como manifestaciones del interdicto de retener, pues las perturbaciones a la posesión pueden consistir en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obras, o la existencia de construcciones en estado ruinoso.

10.3.3. Diferencias entre acción posesoria e interdicto

Señalemos a continuación las diferencias entre la acción posesoria y el interdicto:

a) Por los titulares de la acción posesoria y de los interdictos.

Sólo los poseedores legítimos son titulares de las acciones posesorias, mientras que de los interdictos pueden valerse los poseedores legítimos como los ilegítimos. A estos últimos, el ordenamiento jurídico les concede los interdictos pero no las acciones posesorias. En otros términos, las acciones posesorias corresponden a quienes tienen derecho a la posesión (*ius possidendi*) y los interdictos, a quienes tienen la posesión de hecho (*jactum possessionis*), sin importar la calidad del

poseedor (con título o sin título, de buena o de mala fe).

Conforme al art. 598 del C.P.C., *"todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación"*.

Del interdicto puede valerse tanto el poseedor legítimo (propietario, usufructuario, etc.) como el ilegítimo sea este de buena o de mala fe (el ocupante precario, el usurpador), siempre que el uno o el otro haya sido perturbado en su posesión o privado de ella. De la acción posesoria solamente puede valerse el que legítimamente tiene derecho a la posesión.

El poseedor legítimo (con título) cuando es perturbado o despojado del ejercicio de su derecho de posesión, tiene a su disposición no solamente las acciones posesorias con las cuales hace valer la titularidad de su derecho, sino también los interdictos con los cuales no tiene más que probar que el hecho de la posesión.

Acciona interdictalmente el que tiene la posesión fáctica actual o ha sido despojado de ella, sin contar para nada el título posesorio. En cambio, para plantear una acción posesoria se requiere contar con título posesorio aunque no se tenga la posesión actual y material.

b) Por la cuestión debatida.

En la acción posesoria el debate es entre titulares de la posesión. En el interdicto se debate solamente sobre el hecho de la posesión, sin consideración alguna sobre el título posesorio.

En el interdicto, las partes están prohibidas de detenerse a

comprobar la titularidad o la efectiva pertinencia del derecho poseído y el juez está obligado a decidir la controversia únicamente sobre la base de la posesión efectiva y de la ofensa que haya experimentado. Con los interdictos no se defiende el derecho de propiedad ni el mejor derecho de poseer, por lo que proceden aun contra el propietario o quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de litis, de ahí que el debate se centra únicamente en el hecho de la posesión, sin contar para nada el título de propiedad o el título posesorio. En cambio, en la acción posesoria el debate se centra en establecer quién tiene el mejor derecho a la posesión; el demandante y el demandado cuentan con título posesorio, ambos reclaman el derecho a la posesión amparados en sus respectivos títulos; se enfrenta un título posesorio con otro título posesorio.

El debate está orientado a determinar cuál es el título que prevalece sobre los demás, quién tiene el mejor derecho a la posesión. Si se enfrentan los títulos de dos o más propietarios, el debate no se puede llevar a cabo en una acción posesoria sino en una acción sobre mejor derecho de propiedad.

En el interdicto se debate únicamente el derecho de poseer (*ius possessionis*), como posesión considerada en sí misma, independientemente de que se posea con título o sin título, mientras que en la acción posesoria se debate el derecho a la posesión (*ius possidendi*). El que se vale de la acción posesoria tiene que exhibir como fundamento de su pretensión un título consistente en un derecho de alcance más amplio al derecho de quien se opone.

c) Por la prueba.

En los interdictos, los hechos a probar son solamente la *posesión* y la *perturbación* o *despojo* de ella, sin consideración

alguna de la existencia, en quien se afirma poseedor, del derecho ejercitado. En la acción posesoria, en cambio, el actor debe probar la *titularidad de su derecho* a la posesión por ser propietario, usufructuario, arrendatario, etcétera.

Señala Cuadros Villena²⁸³ *"en el interdicto no tiene significación la prueba escrita sobre la posesión, ni el título posesorio; se discute únicamente la posesión del actor y el hecho perturbatorio o desposesorio. En cambio, en la acción posesoria tiene fuerza la prueba instrumental en que consiste el título posesorio estimado como la causa originaria del derecho a la posesión"*.

d) Por el plazo para ejercitar la acción

El interdicto puede promoverse dentro del año a contar desde el inicio de la perturbación o de haber sufrido el despojo de la posesión. En cambio, la acción posesoria puede promoverse en cualquier momento, aun después de vencido el año de los actos perturbatorios o de despojo. Así está dispuesto por el art. 601 del CPC: *"La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento"*.

e) Por la vía procedimental

El interdicto se tramita en la vía del proceso sumarísimo (art. 546.5 del CPC), dado a la urgencia de proteger la posesión y a que no existen otros hechos que probar más que la posesión y la ofensa a ella. En cambio, la acción posesoria, por no tener una vía procedimental propia, y por ser de prueba lata mucho más difícil que la prueba de la simple posesión, se tramita en la vía del proceso de conocimiento (arts. 475.1 y 601 del CPC).

²⁸³ CUADROS VILLENA, Carlos. "Derechos Reales". Tomo II. Primera Edición. Edit. Rodhas-1995, p. 396.

f) Por la naturaleza de la sentencia

La sentencia dictada en el proceso de interdicto tiene el carácter de interina, provisional, tutela la simple posesión, no produce los efectos de la cosa juzgada que sea oponible en una acción petitoria como es la de mejor derecho a la posesión o la acción reivindicatoria o la de mejor derecho a la propiedad. En cambio, la sentencia dictada en una acción posesoria produce los efectos de la cosa juzgada, no pudiendo reabrirse el debate judicial sobre el mejor derecho declarado judicialmente.

Debido a que en el interdicto se juzga solamente el hecho de la posesión y en la acción posesoria el derecho a la posesión, el vencido en el interdicto puede recurrir a la acción posesoria, o a la acción reivindicatoria si tiene la calidad de propietario no poseedor, o la acción de mejor derecho de propiedad si es que el poseedor actual también alega ser propietario.

10.3.4. Reglas comunes a todos los interdictos

a) Bienes respecto a los que procede

Art. 599 del CPC: El interdicto procede respecto de inmuebles, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.

Procede la acción interdictal respecto de todo bien inmueble esté o no inscrito. Respecto de los muebles solamente procede cuando el bien está inscrito. También procede para proteger la posesión de servidumbres aparentes. Con el interdicto se protege el hecho de la posesión, acreditada por sus manifestaciones objetivas, independientemente del título posesorio.

No procede la acción interdictal respecto de bienes muebles no inscritos y de servidumbres no aparentes. Tampoco procede la

acción interdictal respecto de bienes del Estado de uso público, pero si procede respecto de bienes pertenecientes al Estado que sean de uso privado.

No procede la acción interdictal respecto de los bienes que están sometidos a jurisdicción administrativa. Entre estos bienes tenemos:

- Los yacimientos minerales son bienes del Estado, el que los puede entregar en concesión a particulares para su exploración y explotación.
- Las aguas. Mediante Ley N° 29338 (Ley de Recursos Hídricos), del 31.03.2009, se establece que nadie podrá alterar, modificar, perturbar o impedir el ejercicio de los derechos de uso de agua otorgados con arreglo a Ley, la Autoridad Nacional del Agua impondrá las sanciones que resulten pertinentes a quienes infrinjan la disposición.

El que para beneficiarse así mismo o a tercero desvíe el curso de las aguas públicas o privadas, impidiendo que corran por su cauce o las utiliza en una cantidad mayor a la debida, comete delito de usurpación de aguas (art. 203 del C.P.).

b) Legitimación activa

En los procesos interdictales es legitimado activo todo el que se considere perturbado o despojado en su posesión, según se trate de interdicto de retener o de recobrar.

Con los interdictos se protege a toda clase de poseedor, legítimo o ilegítimo, de buena o de mala fe, al que adquirió la posesión porque lo transfirió el titular del derecho real como al que lo adquirió de modo clandestino o violento, al poseedor con o sin *animus domini*; al que adquirió la posesión originariamente o en forma derivada como es la posesión adquirida mediante un acto

jurídico unilateral o bilateral, *inter vivos* (el uso derivado de un contrato de arrendamiento, comodato, etc.) o *mortis causa* (el usufructo derivado de un testamento), al poseedor exclusivo y a los coposeedores.

Consiguientemente, todo poseedor está legitimado activamente para ejercitar la acción interdictal. Lo está el poseedor que sea propietario, comodatario, usufructuario, superficiario, depositario, acreedor prendario, arrendatario; también el usurpador, el ladrón, el precario; el poseedor mediato y el inmediato. *En suma, con el interdicto se protege cada forma de posesión, provenga de una relación real o de una relación personal o de una relación puramente material o delictual. El poseedor mediato, como todo poseedor, tiene el derecho de mantener la posesión o recuperar la posesión perdida, especialmente para cumplir con su obligación de mantener en el uso y goce pacífico del bien al poseedor inmediato.*

El poseedor inmediato puede ejercitar la acción interdictal contra cualquier tercero o contra el poseedor mediato cuando este es el autor del despojo o de la perturbación.

Es por ello que el CPC, en cuanto al *legitimado activo*, dispone: *"Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación"* (art. 598).

La Corte Suprema ha resuelto que: *"Los interdictos no sólo protegen los derechos reales adquiridos originariamente, sino también aquellos adquiridos en forma derivada como lo son aquellos derechos reales que se sustentan en la celebración de actos jurídicos de distinta naturaleza, sean bilaterales o unilaterales, inter vivos o mortis causa, como, la propiedad derivada de la compraventa, el uso derivado del arrendamiento, el*

usufructo derivado de un testamento o contrato, entre otras" (Caso N° 166-94, Lima).

El presupuesto común es que tanto el poseedor legítimo como el ilegítimo hayan sido despojados de la posesión (interdicto de recobrar) o perturbados en ella (interdicto de retener). Los interdictos pueden ejercitarse por el legitimado activo, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en forma directa o a través de su representante (art. 2 del CPC).

c) Legitimación pasiva

El *legitimado pasivo* del interdicto (el demandado), es todo aquel que lleve a cabo actos de privación de la posesión o de perturbación en ella, aun cuando tenga derecho a la posesión por ser propietario, usufructuario, superficiario, etcétera. De modo que aquí no tiene vigencia el principio que señala *feci sed iure feci* (lo hice, pero lo hice con derecho), puesto que con los interdictos no se tutela el derecho a la posesión, sino el simple *hecho* de la posesión. También lo es el tercero que tenga la posesión en virtud de la adquisición del bien, a título universal o particular, conociendo que su causante es el despojador²⁸⁴.

La tutela jurídica del poseedor no desaparece aun cuando el autor del despojo o perturbación sea el titular de un derecho real superior sobre el bien objeto de la perturbación (propietario, usufructuario, etc.).

El Código civil italiano en su art. 1169 establece: *La reintegración se puede pedir también contra quien está en la posesión en virtud de una adquisición a título particular, hecho con el conocimiento del despojo ocurrido*. En efecto, la acción interdictal se puede

²⁸⁴ "... puede decirse que parte pasivamente legitimada en un proceso de interdicto es quien se opone a la posesión de otro. Tal sujeto es quien debe quedar sometido al efecto del ejercicio del derecho de acción ante los tribunales, por parte del poseedor. ¿Quién se opone? El que perturba esa posesión, ya sea inquietando al poseedor, ya sea despojándolo". DE DIEGO LORA, Carmelo, "La posesión y los procesos posesorios", Rialp S.A., Madrid, 1962. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.* p. 459.

dirigir contra el heredero del autor del despojo y también contra el que ha adquirido derechos del despojante con conocimiento del despojo, puesto que no hay razón alguna, en este caso, para que el Derecho ampare la mala fe del tercero adquirente o sub-adquirente.

d) Juez competente

El juez competente es el del lugar donde se encuentra el bien o bienes o el del domicilio del demandado, a elección del demandante (art. 24 del C.P.C.). Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en distintos lugares, será competente el juez del lugar de cualquiera de ellos. Los jueces civiles conocen de estos procesos cualquiera que sea la cuantía del bien (art. 597 del C.P.C.). Tratándose de desposesión por orden judicial expedida en un proceso en el que el poseedor no ha sido emplazado o citado, es competente el juez que dio la orden de desposesión (art. 605).

e) Requisitos de la demanda

La demanda debe contener los requisitos establecidos en el art. 424 del C.P.C. y debe estar acompañada de los anexos que establece el art. 425 del mismo Código. Además debe expresar necesariamente:

- 1) Los hechos perturbatorios o desposesorios en que consiste el agravio, según que el interdicto sea de retener o de recobrar.
- 2) La época en que se realizaron tales hechos, lo que es importante para determinar si la demanda se ha interpuesto dentro del plazo prescriptorio que es un año (art. 601 del CPC).

Los medios probatorios que se ofrezcan deben estar referidos exclusivamente a probar la posesión del demandante y el acto perturbatorio o desposesorio causado por el demandado.

El proceso interdictal debe mantenerse dentro de los límites de la restauración de las situaciones de hecho comprometidas y que como tales deben ser tuteladas, no pudiendo extenderse a la declaración de la titularidad de un derecho superior al de la simple posesión. El artículo 600 del CPC dispone que la demanda sobre interdicto *"debe expresar necesariamente los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron. Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia"*.

Si la demanda no contiene los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron será declarada inadmisibile, en aplicación del art. 426.1 del CPC.

En el interdicto de retener, el accionante debe probar la posesión del bien objeto de reclamo, los hechos perturbatorios de que ha sido objeto; mientras que en el interdicto de recobrar, el accionante debe acreditar que tuvo la posesión del bien y que el emplazado lo ha despojo de su posesión. No pueden existir otros medios probatorios, ofrecidos y actuados, que no estén referidos a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio.

En la acción interdictal, no es objeto de prueba el título con el cual se posee, ya sea que se trate de la adquisición de un derecho real de posesión en forma originaria o ya en forma derivada, sea cual fuere la naturaleza de esta última: contractual, unilateral, intervivos o mortis causa. Como expresa Messineo²⁸⁵ que *"la exhibición del título de la posesión no es necesaria; y si tiene lugar, la misma sirve solamente ad colorandam possessionem, o sea para dar la demostración de que la posesión tiene un fundamento y de que, por eso, merece tanto más la protección; pero el título, en sede posesoria, no es materia de valoración por parte del juez"*.

²⁸⁵ MESSINEO. *Ob. Cit.* p. 237.

En materia de derechos reales, el hecho hace al derecho. El derecho a la posesión reconocido contractual o judicialmente, pero que no existe fácticamente no es posesión que se pueda tutelar con el interdicto. El hecho de la posesión en sí se protege con los interdictos. Pero quien se crea con un derecho real superior al del poseedor, no puede hacer uso de los interdictos, sino que tiene a su disposición las acciones judiciales correspondientes para que se declare la titularidad de su derecho subjetivo a la posesión y la consiguiente cesación de la posesión por quien no tiene derecho a ella. Por estas razones, la posesión no puede ser alterada sino por otra situación que se derive de mandato expreso de la autoridad competente.

f) Prescripción de la acción interdictal

La acción interdictal debe ejercitarse antes de que transcurra un año de haberse iniciado los hechos perturbatorios o de haberse efectuado el despojo de la posesión. Transcurrido el año desde que se realizaron los hechos que fundamentan la demanda, prescribe la pretensión interdictal.

El artículo 601 del CPC establece: *"La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamente la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento"*. El hecho de la posesión del actor queda destruido por el otro hecho de la posesión del demandado por más de un año. El poseedor cuya posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él (art. 921 del C.C.).

10.4. Interdicto de Recobrar

10.4.1. Concepto

CPC, Art. 603. Interdicto de recobrar. Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado

proceso previo. Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio el derecho contenido en el artículo 920º del Código civil, la demanda será declarada improcedente.

El *interdicto de recobrar* (llamado también acción de *reintegración*, acción de *recuperación*, acción de *despojo*) procede contra los actos de privación, total o parcial, de la posesión, sin que medie un proceso previo o cuando el desposeído no ha sido emplazado o citado en dicho proceso, con el fin de obtener la restitución de la posesión perdida.

Para que proceda el interdicto de recobrar se requiere que el demandante, o su causante, hayan estado en la posesión del inmueble o mueble inscrito que es materia de la demanda; y que haya sido despojado total o parcialmente de dicho bien.

El interdicto de recobrar no procede:

- a) Contra el poseedor despojado que por la fuerza recuperó la posesión del bien, sin intervalo de tiempo, en ejercicio de la defensa posesoria extrajudicial que le confiere el artículo 920.*
- b) Cuando el despojo se ha realizado en ejecución de una sentencia judicial firme dictada en un proceso previo en el que el despojado ha sido emplazado.*

La acción de interdicto de recobrar es independiente de los derechos que el despojante o el despojado puedan tener sobre el bien. Se tramita en la vía del proceso sumarísimo.

10.4.2. Distinción entre interdicto de recobrar e interdicto de retener

No obstante que ambos interdictos están dirigidos a rechazar los ataques contra la posesión y ambos están sometidos al mismo procedimiento sumarísimo, sin embargo son dos acciones distintas e inconfundibles.

El interdicto de retener tutela al poseedor contra los actos de perturbación de la posesión realizados por un tercero con el fin de inquietarle o despojarle, pero sin llegar a consumar el despojo, en cambio, el interdicto de recobrar tutela al que ha sido despojado de la posesión.

Con el interdicto de retener se persigue que la autoridad judicial ampare y mantenga al accionante en la posesión del bien, contrariamente, con el interdicto de recobrar se persigue que la autoridad judicial reponga en la posesión al despojado de ella.

10.4.3. Requisitos de la demanda y bienes objeto de reintegración

Además de los requisitos señalados en los arts. 424 y 425 del CPC, en aplicación de los arts. 599 y 600 del mismo código adjetivo, la demanda debe contener:

- a) La indicación del bien, mueble inscrito o inmueble, sobre el cual recae la posesión;*
- b) La indicación del hecho, violento o clandestino, en que consiste el agravio;*
- c) La fecha en que se realizó el hecho violento o, en el caso del despojo oculto o clandestino, la fecha en que fue descubierto por el poseedor.*

El objeto de la acción de interdicto de recobrar es todo bien mueble inscrito o inmuebles (estén o no inscritos) (art. 921), aunque pertenezcan al Estado, siempre que no sean de uso público (art. 599 del CPC).

Si el bien se pierde o destruye estando en poder del despojante, se pierde la posesión, por consiguiente no hay interdicto de recobrar.

10.4.4. El despojo

Por despojo se entiende que una persona es privada, contra su voluntad expresa o presunta, de la posesión total o parcial de un bien, inmueble o mueble inscrito, por medios violentos o

clandestinamente, sin que medie un proceso judicial regular previo.

En otros términos, el poseedor despojado es sustituido, sin o contra su voluntad, en la posesión, total o parcial, del bien por el poseedor despojador (*spoliator*). Se priva al poseedor del poder que tiene sobre el bien, usurpándolo o sustrayendo al poseedor, o arrojando a este del bien, o impidiéndole el ejercicio de su derecho.

Son requisitos del despojo:

a) La pérdida total o parcial de la posesión

b) Que el despojante se sustituya en la posesión del despojado impidiendo a este recuperarla extrajudicialmente.

Sin despojo real y efectivo, total o parcial, del bien no hay derecho a la reposición en la posesión porque no hay nada que reponer. Como dice Borda²⁸⁶ "*si un tercero realiza actos posesorios sin impedir que el poseedor también los realice simultáneamente, hay turbación y no despojo*".

El despojo puede ser obra:

- *De un particular; o*
- *De los tribunales que privan de la posesión a una persona en ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en el que no ha sido emplazada o citada.*

El acto del despojo puede ser realizado usando la fuerza física (*vis atrox*) o la violencia moral (*vis compulsiva*) o clandestinamente. El art. 603 del C.P.C. establece que el interdicto de recobrar "*procede cuando el poseedor es despojado de su posesión*". La ley no dispone que el despojo se realice por la fuerza física o moral o clandestinamente; por lo tanto no se podría distinguir donde la ley no

²⁸⁶ BORDA, Guillermo. "Tratado de derecho civil. Derechos reales I". Ed. Perrot, Bs.As. 1984. p. 197.

lo hace, el interdicto de recobrar debe proceder en todo caso de despojo violento o clandestino.

La ley no señala a la violencia como un requisito del despojo, por lo que este puede ser pacífico, pues el hecho de que el poseedor no se oponga al despojo no significa que lo apruebe, ni que renuncie a su derecho que tiene de recurrir al órgano jurisdiccional vía interdicto de recobrar; sostener lo contrario es propugnar que las personas usen la fuerza para resolver sus conflictos sociales, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial. El despojo clandestino es el realizado sin que el despojado se dé cuenta, lo que ocurre cuando los actos de toma de posesión se producen cuando el poseedor se encuentra ausente, o recurriendo a actitudes fraudulentas, dolosas, actos simulados o, en fin, adoptando cualquier precaución destinada a evitar que el interesado tome conocimiento del despojo.

En la doctrina se habla también del despojo con abuso de confianza. Al respecto, Borda²⁸⁷ expresa que: *"Existe abuso de confianza si el demandado ha utilizado recursos engañosos o fraudulentos para tomar la posesión o se pretende transformar en posesión o tenencia la condición de servidor de la posesión. Así ocurre si el sirviente o huésped se niega a abandonar la tenencia de la habitación que le ha proporcionado el poseedor"*. Por su parte Mattiolo²⁸⁸ señala que: *"La reintegración es la posesión a favor de quien fue de ella despojado, es una medida de orden público, es una providencia encaminada a mantener la paz pública"*.

Permitir al ex-poseedor despojado, una vez cesado el supuesto de la legítima defensa contemplada en el artículo 920, recuperar el bien mediante un nuevo despojo significa promover una cadena interminable de violencia que termine con la paz social. Fuera de la legítima defensa, el ex-poseedor despojado tiene a su favor el

²⁸⁷ BORDA, Guillermo. Ob. Cit. p. 199.

²⁸⁸ Citado por CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. Cit. p. 155.

interdicto de recobrar que, como el de retener, tutela a todo poseedor, legítimo o ilegítimo, anual o no anual, incluso al que ha obtenido la posesión por la violencia, en forma oculta o precaria (posesión viciosa).

El que se crea con derecho a la posesión debe hacerlo valer ante el tribunal competente. El despojado de la posesión tiene derecho a ser repuesto en ella, previo un proceso interdictal sumarísimo, sin perjuicio de que en un proceso de mayor debate probatorio se dilucide el mejor derecho de los contendientes. El Código civil español, en su artículo 441 prescribe: *En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras existe un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.*

En el interdicto de recobrar no se debate sobre si el despojado o despojante tienen derecho a la posesión del bien. La acción interdictal procede aunque el despojado no tenga derecho a la posesión del bien y el despojante si lo tenga. Quien tiene derecho a la posesión reconocido judicialmente o mediante cualquier acto jurídico bilateral o plurilateral, *inter vivos* o *mortis causa*, pero no tiene o no ha tenido la posesión fáctica, no está amparado por los interdictos. En otros términos, quien tiene derecho a la posesión por contar con título para ello, pero no posee previamente al despojo, no puede valerse del interdicto de recobrar para entrar en posesión del bien, toda vez que en la acción interdictal no está en discusión el mejor derecho a la posesión.

La ley no precisa el alcance y significado de la palabra "despojo". En la doctrina se debate sobre si el interdicto de recobrar se concede únicamente cuando media violencia o también cuando ha existido clandestinidad, abuso de confianza, astucia.

En cuanto a los actos violentos, Zachariae²⁸⁹, sostiene que: *"Es preciso entender por violencia no sólo las vías de hecho, sino también la violencia moral. La violencia comprende esencialmente las amenazas graves y serias que se hubiesen empleado respecto al legítimo poseedor. Esta aún es la única que es susceptible de ser continuada y de cesar, pues que la violencia física no es sino un hecho pasajero. En todos los casos es preciso no confundir la violencia que vicia el título, con la que vicia la posesión misma"*.

Por su parte Salvat²⁹⁰, sostiene que *"sólo hay despojo por actos violentos, y la violencia es la característica esencial e indispensable del despojo; en tal sentido, procede la acción de despojo siempre que haya mediado desposesión violenta y es acordada a todo poseedor, aunque se trate de una posesión violenta, clandestina o por abuso de confianza"*. Lafaille²⁹¹, dice que el despojo *"es el efecto de la violencia y no de cualquier otro procedimiento, como por ejemplo, la clandestinidad"*. Lacruz²⁹² manifiesta que el interdicto se dirige contra el despojante o perturbador y la acción de desahucio (desalojo), contra una persona cuya legitimación para la tenencia ha cesado por voluntad del concedente; el interdicto requiere despojo o inquietación, actos positivos de oposición a una tenencia; el desahucio se interpone contra quien estaba poseyendo, por tolerancia desde luego, pero en pacífico contacto con la cosa; la posesión del precarista es derivada, y la del despojante no.

Entre los que afirman que el despojo puede ser por medios violentos, clandestinos o de abuso de confianza, son los siguientes: Allende²⁹³ recuerda que las normas del *Esboco* comprenden en la noción de despojo, la trilogía: violencia, clandestinidad y abuso de

²⁸⁹ ZACHARIAE, "Cours de droit civil francais". Ed. Auguste Durand, Paris, 1874. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 467.

²⁹⁰ SALVAT, Raymundo M; y ARGANARÁS, Manuel, "Tratado de Derecho civil argentino, Derechos reales". Ed. TEA, Bs. As, 1962. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit., p. 467.

²⁹¹ LAFAILLE, Héctor. "Tratado de los derechos reales", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1943, V. 1, p. 340.

²⁹² LA CRUZ BERDEJO, José Luís, "Elementos de Derecho civil". Tomo III, Bosch, Barcelona. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit., p. 468.

²⁹³ ALLENDE, Guillermo L., "La posesión", Ed. Perrot, Bs. Aires, 1959, p. 100 y ss.

confianza. Dassen²⁹⁴ afirma que despojo es sinónimo de desposesión total sea por medios violentos o no. En la doctrina nacional, Castañeda²⁹⁵ sostiene que el despojo puede ser violento o no; que cuando es oculto el año dentro del cual ha de proponerse la acción, no corre desde que fue consumado, sino desde el día en que dejó de ser oculto.

En opinión de Anibal Torres Vásquez²⁹⁶, el interdicto de recobrar debe proceder cuando el despojo ha sido violento o clandestino o con abuso de confianza, pues el Código italiano así lo establece expresamente en su artículo 1168 que dispone: *"Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión puede, dentro de un año a contar del despojo sufrido, pedir contra el autor de dicho despojo la reintegración de la posesión ... Si el despojo es clandestino, el término para pedir la reintegración corre desde el día en que se descubrió el despojo"*.

El despojo debe ser efectivo no siendo suficiente la existencia de actos perturbatorios, los que pueden justificar, en todo caso, el interdicto de retener. No se exige el despojo de la totalidad del bien siendo suficiente el despojo parcial.

Con la perturbación el poseedor no pierde la posesión, debido a que la intromisión de un tercero se limita a la utilización del bien sin excluir al poseedor. Con el despojo se pierde la posesión, total o parcial, del bien surgiendo un nuevo estado posesorio: el del despojante. La perturbación no llega a impedir totalmente al poseedor el ejercicio de los poderes posesorios, sino que los limita cuantitativamente impidiendo esporádicamente el ejercicio de la posesión sobre determinadas partes del bien, o cualitativamente impidiendo que el poseedor desarrolle determinados actos

²⁹⁴ DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, "Manual de derechos reales", T.E.A. Bs. Aires, 1962, p. 172.

²⁹⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "Instituciones de Derecho civil", Lima, 1952, p. 154.

²⁹⁶ Ob. Cit. p. 470.

posesorios.

10.4.5. Función del interdicto de recobrar

Tiene por finalidad obtener la reintegración de la posesión perdida.

El despojado debe ser restituido en la posesión sin que sea obligado a probar otra cosa que la circunstancia de que era poseedor y que fue efectivamente despojado sin que medie proceso judicial previo o sin que el despojante haya actuado en ejercicio de la autotutela que le confiere el artículo 920.

El interdicto de recobrar implica que existió una anterior posesión: la del demandante, y que existe una posesión actual: la del demandado.

Si la demanda es declarada fundada el juez ordenará que se reponga al demandante en la posesión de la que fue privado y que se le pague los frutos y se le indemnice los daños si dichas pretensiones han sido acumuladas con la demanda (art. 604 del CPC).

Los daños indemnizables y los frutos reembolsables requieren de un mayor debate probatorio, pues en cuanto a los daños se debe probar su existencia y cuantía, y por lo que se refiere a los frutos, como el despojante es un poseedor de mala fe está obligado a pagar los frutos, pero aun así hay la necesidad de probar los frutos que ha percibido y/o los que ha dejado de percibir (art. 910) y su valor. El Código Procesal Civil, en conformidad con los principios de economía y celeridad procesal, dispone que la sentencia que *"declarada fundada la demanda, el juez ordenará se reponga al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y, en su caso, el pago de los frutos y de la indemnización que corresponda"* (art. 604). De modo que el debate probatorio en este proceso sumarísimo comprende no sólo lo relativo a la posesión, sino también lo concerniente a los frutos e indemnización de daños.

10.4.6. Legitimado activo

La acción compete a todo poseedor despojado y a sus herederos.

La víctima del despojo puede utilizar el interdicto incluso contra el propietario o cualquier otra persona que ostente otros derechos reales sobre el bien (art. 598), puesto que con la acción interdictal no se persigue que se atribuya o quite el derecho a la posesión de alguien, ni que se declare que el bien o su posesión pertenece a alguien, sino que se reponga al demandante en la posesión del bien para que todo vuelva al estado en que se encontró en el momento anterior al despojo.

No goza de la acción interdictal el servidor de la posesión y, en general, todo tenedor de la posesión como, por ejemplo, los huéspedes del poseedor. Por tanto, el *legitimado activo* es todo poseedor víctima del despojo y sus sucesores universales.

El interdicto de recobrar se concede a todo poseedor, sea propietario, usufructuario, superficiario, usuario, habitante, comodatario, arrendatario, depositario, usurpador, etc., siempre que se haya encontrado en la posesión del bien hasta el momento mismo del despojo; sea legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, esté premunido de un título o haya adquirido la posesión violenta o clandestinamente. Esto debido a que con el interdicto de recobrar se persigue reponer los bienes al estado de hecho que tenían antes del despojo, para que no tenga efecto alguno los actos de justicia por mano propia del despojante, sin que se discuta el mejor derecho de los litigantes a la posesión.

10.4.7. Legitimado pasivo

Legitimado pasivo es el autor del despojo y sus herederos a título universal o particular.

La acción se dirige contra el poseedor actual despojante o contra sus sucesores universales o contra sus sucesores particulares de mala fe, o sea que adquirieron la posesión con conocimiento del

despojo ocurrido. Luego, son *legitimados pasivos*: El autor del despojo; el tercero que se encuentra en posesión del bien por haberlo adquirido del despojante a título particular conociendo del despojo ocurrido; y el sucesor universal del autor del despojo, aunque ignore el despojo, puesto que se trata de una continuación de la posesión.

Es de aplicación también la figura del *llamamiento posesorio* que regula el artículo 105 del CPC según el cual, *"quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor... Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado... "* Si el demandado señala a otra persona como el poseedor y este comparece en el proceso ratificando las afirmaciones del demandado, sosteniendo, por ejemplo, que el demandado ocupa el bien por instrucciones suyas por ser él el propietario o el titular de otro derecho real, el juez debe expedir la resolución por la que decide o no su incorporación en el proceso en reemplazo del demandado. En caso contrario la sentencia no podría ejecutarse contra quien debió reemplazar al demandado, porque se estaría violando su derecho al debido proceso. Es decir, el *legitimado pasivo* es el poseedor que fue llamado a reemplazar al demandado.

10.4.8. La prueba en el interdicto de recobrar y el plazo prescriptorio

De conformidad con el artículo 600 del C.C., los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto desposesorio o su ausencia. Lo que significa, que el demandante por interdicto de recobrar debe probar que ha estado en la posesión hasta el momento del despojo y que este es obra del demandado o de persona encargada por él. A su vez, al demandado no se le admitirá otras pruebas que las tendientes a demostrar la

ausencia del hecho de la posesión por el demandante o la ausencia del despojo, sin admitirle pruebas o alegaciones referidas a la calidad de la posesión del actor o a su mejor derecho a la posesión.

La Corte Suprema ha resuelto que *"tratándose de un proceso de interdicto de recobrar, cuya finalidad es defender la posesión ... el demandante debe probar que tuvo la posesión y que fue despojado de la misma para lo cual el juez valorando los medios probatorios y apreciándose de manera conjunta, declarará fundada la demanda sólo fehacientemente acreditados"* (CAS. N° 1172-97. Apurímac).

Como el demandante debe expresar en su demanda la época en que se realizaron los hechos en que consiste el agravio (art. 600 del CPC), le corresponde la carga de la prueba al respecto, a fin de determinar si la pretensión interdictal ha prescrito o no.

Como con el interdicto de recobrar se persigue recobrar la posesión del bien, no corresponde la producción de prueba alguna referida con el derecho a la posesión de ninguna de las partes litigantes. Exceden de la finalidad del proceso los títulos presentados por las partes o las razones alegadas por el demandado para retener la posesión.

El plazo de prescripción de la pretensión interdictal es de un año contado a partir de la realización del despojo (art. 601 del CPC).

10.4.9. Medida Cautelar

Como *medida cautelar* en el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosíbilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida (art. 681 del C.P.C.).

La medida temporal sobre el fondo es una medida excepcional, que consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia, en su integridad o sólo en aspectos sustanciales,

por la necesidad impostergable de quien la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y de la prueba que aporte.

10.4.10. Improcedencia del interdicto de recobrar

Conforme al art. 603 del CPC, el interdicto de recobrar es improcedente:

- a) Cuando el despojo se produce en ejecución de un proceso judicial previo que ha concluido mediante una sentencia firme que ha quedado consentida o ejecutoriada. En su caso, el despojado en ejecución de una sentencia judicial, que considera que tiene derecho a la posesión, puede utilizar la acción posesoria u otras que le franquea la ley (reivindicatoria, mejor derecho de propiedad), en la vía del proceso de conocimiento.
- b) Cuando el despojo se realiza en ejercicio de la autodefensa privada en conformidad con el art. 920 del C.C.

10.4.11. Despojo judicial

La tutela interdictal no se pierde por el hecho de que el despojo se haya realizado en cumplimiento de una orden judicial dictada en un proceso en el que el despojado no ha sido emplazado o citado (despojo judicial). Al respecto, el art. 605 del CPC prescribe: *"El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar. El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió, solicitando la restitución. Si el juez estima procedente el pedido, accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerla valer en otro proceso"*.

El art. 605 del CPC ampara la posesión contra los actos arbitrarios del juez que no tiene en cuenta las normas protectoras del

poseedor.

No procede el interdicto de recobrar cuando el despojo judicial se ha realizado en ejecución de una sentencia dictada en un proceso judicial regular. No es regular sino irregular el proceso judicial en el cual se ordena el despojo sin haber emplazado o citado con la demanda al despojado, pese a que ejerce la posesión del bien materia de litis, razón por la que procede el interdicto de recobrar.

El interdicto de recobrar por *despojo judicial*, mal llamado despojo de derecho, no se tramita en la vía del proceso sumarísimo, sino que el proceso especial señalado por el artículo 505 del CPC, según el cual, el despojado debe:

- a) Acudir ante el juez que expidió la orden judicial cuya ejecución causó el despojo, sea un juez civil, comercial, laboral o penal;
- b) Acreditar que el despojo se ha efectuado sin ser emplazado o citado;
- c) Solicitar que se le restituya la posesión del bien.

Si el juez estima que es procedente el pedido dispondrá se restituya inmediatamente en la posesión al solicitante. En caso contrario rechazará la solicitud, quedando a salvo el eventual derecho a la posesión que pueda tener el solicitante para que lo haga valer en el correspondiente proceso de conocimiento.

10.5. Interdicto de Retener

10.5.1. Concepto

C.P.C., Art. 606. Interdicto de retener. Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión.

La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de

construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.

Admitida la demanda, el juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado.

El *interdicto de retener* (llamado también *acción de mantenimiento*) procede cuando el poseedor, que se mantiene en la posesión, es perturbado en su posesión. Es de interés general que el poseedor no sea inquietado por nadie en su posesión²⁹⁷. Más adelante tratamos el interdicto de obra nueva y el interdicto de obra ruinosa, como derivaciones del interdicto de retener.

Conforme al Código Procesal Civil, para la procedencia del interdicto de retener se requiere:

- a) Que el demandante se encuentre en posesión actual, cualquiera sea su situación jurídica.
- b) Debe tener por objeto un inmueble o un mueble inscrito, siempre que no sea de uso público (art. 599) o una servidumbre aparente.
- c) Que la demanda exprese los hechos perturbatorios y la época en que se realizaron (art. 600). Se da la acción contra los actos perturbatorios de la posesión que no tengan por resultado la exclusión del poseedor, porque en tal hipótesis no corresponde el interdicto de retener sino el de recobrar.
- d) La acción debe promoverse dentro del año a partir de la fecha

²⁹⁷ La Corte Suprema ha resuelto: "Es fundado el interdicto de retener Interpuesto contra un Concejo Municipal que, con el pretexto de la apertura de una Avenida, manda cortar árboles frutales del terreno del demandante, sin consentimiento del propietario y sin observar las disposiciones legales pertinentes" (En GUZMÁN FERRER, Fernando, "Código de procedimientos civiles", Lima 1961. p.374).

en que el demandante es perturbado en la posesión (art. 601).

10.5.2. Perturbación de la posesión y el fundamento del interdicto de retener

La perturbación, denominada también turbación, inquietación, molestia, implica que hay mantenimiento de la posesión y que se verifique un cambio en la situación de hecho que haga que la posesión no pueda ser ejercitable, completa o parcialmente, en el modo en que se ha venido ejercitando antes. Son actos perturbatorios, por ejemplo, pastar animales, destrucción de plantaciones o instalaciones, construcción de cercas, preparación de siembra en terreno del interdictante, paso de vehículos en forma reiterada.

Como señala Castro²⁹⁸, la inquietación o perturbación es *"todo quebrantamiento contrariando la voluntad del poseedor se traduce en la invasión o amenaza de invasión de la esfera posesoria ajena, impidiendo o dificultando su ejercicio pero sin llegar a la privación de la posesión, que es conservada por el interdictante. Tal ocurriría cuando se han realizado actos que entrañan una tentativa de despojo o que impiden al poseedor el libre ejercicio de su posesión; o bien cuando el interesado abriga el temor racional o fundado de que el despojo se producirá"*.

Las molestias o actos perturbatorios, sean dolosos o culposos, deben ser reales y efectivos, de tal modo que impidan o creen el peligro de uso y disfrute no pacífico del bien; deben ser voluntarios, no serán actos perturbatorios protegidos con el interdicto de retener, por ejemplo, el hecho de que los animales han ingresado a predio ajeno porque los abigeos los abandonaron allí; y deben ser contrarios a la voluntad del poseedor y a la ley.

²⁹⁸ CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, "La protección interdictal", Ed. Colex, Madrid, 1986, p. 144.

Este interdicto presupone *no* el despojo de la posesión, sino la realización de uno más actos materiales o de otra naturaleza con los que se perturba la posesión haciendo que el uso y goce del bien sea incómodo, difícil, costoso, como, por ejemplo, actos que entrañan una tentativa de despojo, ejecución de obras (*interdicto de obra nueva*) o la existencia de construcciones en estado ruinoso (*interdicto de obra ruinoso*), los actos por los que la autoridad política impide al poseedor ejercer su derecho, destrucción de cercos, demolición de muros, introducción de ganados, extracción de materiales del predio del poseedor, que atenten contra la posesión perturbándola materialmente o impliquen la negación del derecho de posesión.

Conforme al artículo 606 del Código Procesal Civil (CPC), el interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, consistiendo dicha perturbación no sólo en actos materiales, sino también en actos de otra naturaleza, por ejemplo, que una autoridad no competente conmine al poseedor para que Desocupe o entregue el bien; el registro visual de la propiedad vecina, por ser atentatorio del derecho a intimidad y privacidad. A este respecto, los tribunales han resuelto:

“El interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, consistiendo dicha perturbación no sólo en actos materiales, sino también en actos de otra naturaleza, constituyendo el registro visual un acto perturbatorio, pues evita el disfrute de su posesión... la Sala Superior al haber considerado que su derecho a la privacidad e intimidad debería ser defendido y ventilado en la vía correspondiente, en clara alusión a la vía de amparo, restringe su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues le exige transitar una vía que es opcional, excepcional y residual” (CAS. N° 721-2002-Lima, publicada el 02.02.2004).

La protección legal del simple hecho de la posesión, sin que se tenga que averiguar si se tiene o no derecho a ella, se fundamenta en el orden, seguridad y tranquilidad con que se debe desarrollar la vida en comunidad, sin que nadie, sea sujeto público o particular, pueda hacerse justicia por su propia mano, porque para ello existen los tribunales encargados de administrar justicia.

10.5.3. Legitimado activo y pasivo

La acción interdictal puede ser promovida por el poseedor o coposeedor por sí o mediante representante o por sus sucesores universales.

El artículo 921 dispone que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar los interdictos. No distingue entre poseedor mediato o inmediato, ni entre interdicto de recobrar o de retener.

El interdicto de retener puede ser usado por el poseedor legítimo, ilegítimo, sea este de buena o mala fe, por el poseedor inmediato, como el usufructuario, comodatario, arrendatario, depositario, etc., por el poseedor mediato como el nudo propietario, el comodante, arrendador, depositante, incluso por el poseedor que lo es por haber despojado a otro.

El poseedor mediato y el inmediato pueden usar el interdicto de retener no solamente frente a extraños sino también el uno contra el otro. En la coposesión, cada poseedor lo puede interponer contra extraños o contra los otros coposeedores que perturben su posesión.

Legitimado pasivamente del interdicto es quien perpetra la perturbación de la posesión, aún cuando este sea el propietario u otro titular de derecho real menor; los sucesores universales y los sucesores particulares de mala fe del autor de los actos perturbatorios.

10.5.4. Probanza permitida y prescripción de la acción interdictal

Los medios probatorios que se ofrecen y actúan deben estar referidos, exclusivamente, a demostrar:

- a) *Que el demandante se encuentra efectivamente en la posesión²⁹⁹.*
- b) *La veracidad de los actos perturbatorios.*
- c) *Que el demandado u otra persona por cuenta suya es el autor de los actos perturbatorios.*
- d) *La época en que dichos actos se cometieron.*

Admitida la demanda, el juez ordenará en decisión impugnabile, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación de estas pruebas se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado (art. 606 del C.P.C.).

En el interdicto de retener debe acreditarse que el accionante se encuentra en posesión del bien materia de litis y que existen actos perturbatorios que impiden el libre ejercicio de su derecho de posesión. El proceso interdictal no admite otra discusión que no sea la posesión material del bien objeto de la acción y la verdad o falsedad de los actos perturbatorios. El demandante no tiene que probar su derecho a poseer, es suficiente la prueba de la posesión y el hecho perturbatorio; a su vez, al demandado no le están permitidas alegaciones fundadas en su derecho a poseer, las cuales puede hacer valer en el petitorio que promueva en vía de proceso de conocimiento.

Como lo establece el último párrafo del artículo 600, los medios

²⁹⁹ El actor debe probar, en primer término, el hecho de su posesión en el momento de la turbación. Para ello la presentación del título es insuficiente, porque el interdicto no exige el derecho sino el hecho de la posesión" (ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial", Buenos Aires, 1956, p. 310). por TORRES VASQUEZ, Anibal. Ob. Cit., p. 482.

probatorios deben estar referidos exclusivamente a probar la posesión y el acto o actos perturbatorios. Si sólo se prueba la posesión del bien *sub litis*, más no el hecho perturbatorio o si sólo se prueba el hecho perturbatorio, más no la posesión, se incumple la exigencia prevista en el citado artículo 600, por consiguiente la demanda es infundada.

Admitida la demanda, el juez ordenará que se practique una inspección judicial a la que acudirán los peritos y los testigos cuando el juez lo ordene (art. 273). La inspección ocular debe realizarse antes de realizada la audiencia única.

Conforme al art. 200 del CPC, la carga de la prueba radica en el demandante, en consecuencia debe probar que se encuentra en la posesión del bien, los actos perturbatorios y la época en que se realizaron.

El plazo para demandar la acción interdictal prescribe al año de iniciado el hecho perturbatorio que fundamenta la demanda (Art. 601 del Código Procesal Civil). Es imprescindible que la demanda contenga la época en que se realizaron los actos perturbatorios, sin embargo no se autoriza al juez para que deniegue el interdicto por vencimiento del año, debido a que el plazo prescriptorio no opera de oficio sino a invocación de parte.

Declarada fundada la demanda, el juez ordenará que cesen los actos perturbatorios (deber de abstención o inhibición) y el pago de frutos e indemnización de daños, si se hubieran acumulado estas pretensiones a la demanda interdictal (arts. 602 y 607 del Código Procesal Civil).

10.6. Interdicto de obra nueva y obra ruinosa

El segundo párrafo del artículo 66° del Código Procesal Penal: La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado

ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.

Los interdictos de obra nueva y de obra ruinosas carecen de autonomía propia, son sólo derivaciones del interdicto de retener. Se entiende por obra toda edificación, excavación, demolición, modificación de un bien, sea debajo o sobre el suelo.

El interdicto de obra nueva procede para impedir la continuación de una obra o conseguir la demolición de lo ya edificado, en cuanto perturba al poseedor en su posesión, y siempre que no haya transcurrido un año desde el inicio de la obra. Se pueden acumular las pretensiones tendientes a impedir la continuación de la obra y a demoler lo edificado.

Con el interdicto de obra nueva no se persigue la paralización total de la ejecución de la obra ni su demolición total, sino solamente en la parte necesaria para no causar perjuicio a la posesión ajena.

Señala Trabucchi³⁰⁰, que la denuncia de obra nueva tiene por fin impedir el peligro de que se produzca un daño, que puede derivarse para la cosa como consecuencia de una obra nueva comenzada sobre el fundo vecino. La acción no puede ser promovida si la obra ha terminado o ha transcurrido un año desde su inicio. El juez puede permitir o vetar la continuación de la obra después de un sumario conocimiento del hecho, ordenando en cada caso la oportuna cautela. Cuando el juez decide no vetar la continuación, es justo que el actor sea tutelado para el caso de que un examen más atento de la autoridad judicial competente demuestre que él tenía fundado motivo para denunciar la obra nueva. Si, en cambio, el resultado del juicio definitivo es favorable al demandado, es justo que este último sea resarcido de los eventuales daños derivados de la orden de suspensión de la ejecución de la obra nueva.

³⁰⁰ TRABUCCHI, Alberto. "Instituzioni di diritto civile" Ed. Cedam, Padova 1953. Citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit., p. 484.

Por su parte, el *interdicto de obra ruinosa* procede cuando un bien se encuentra en estado ruinoso de tal modo que perturben la posesión del demandante por el peligro de que sobrevenga un daño grave y próximo para el ejercicio de su posesión.

Legitimado activo es la víctima de la perturbación como consecuencia de la ejecución de obras o la existencia de construcciones ruinosas. *Legitimado pasivo* es la persona, natural o jurídica, que ejecuta las obras o a quien pertenece las construcciones en estado ruinoso.

El *plazo* (prescriptorio) para interponer la acción es de un año a partir de iniciado el hecho perturbatorio (art. 601 del CPC).

Son objeto del interdicto de retener los bienes muebles inscritos y los inmuebles, aun cuando pertenezcan al dominio público, siempre que sean objeto de posesión por concesión de la Administración pública. Por tanto, no son objeto de esta acción los bienes de uso público (art. 599 del CPC).

Si se declara fundada la demanda, el juez ordenará la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, además del pago de los frutos y la indemnización de daños, de ser el caso (arts. 606 y 607).

Como *medida cautelar posesoria*, cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña a la propiedad o a la posesión del demandante, puede el juez disponer la suspensión de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad (art. 684 del C.P.C.).

10.7. Alcances de la Ley N° 30230 - Defensa extrajudicial de la posesión³⁰¹

El 12 de julio salió publicado en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30230 - “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la

³⁰¹ VARSI, Enrique. “Tratado de derechos reales. Teoría general de los derechos reales, Tomo I”. Instituto de Investigación científica de la Universidad de Lima, 2014. Citado en Revista La Ley, tiraje N° 02, publicación agosto 2014, p. 74.

inversión en el país”.

Por los temas que regula la norma pareciera que no tendría ninguna implicancia dentro del rubro inmobiliario; sin embargo, este dispositivo trae una gran innovación y una modificación explícita del artículo 920 del Código Civil que introduce la “Recuperación extrajudicial de la posesión”. En efecto, al señalar la ley una recuperación extrajudicial de la posesión se refiere a prescindir de la vía judicial para poder recuperar la posesión de un predio.

La posesión es el dominio sobre una cosa, más allá de la titularidad que se tenga sobre esta. Implica tener, contar con algo, usándolo y disfrutándolo.

La relación del sujeto con un bien amerita una protección justa a través de la conservación del patrimonio. Las cosas deben ser defendidas de aquellos actos que violen o atenten contra el derecho de posesión *-ius possessionis (tener una cosa independiente del título)-* o, el derecho de poseer *-ius possidendi (titularidad)-*. Tan propias son las cosas, tanto así le pertenecen a la persona que el derecho reconoce medidas de defensa, evitando que quien las tenga pueda perderlas (desposesión) o, no teniéndolas pueda recobrarlas (reposición) de quien se la despojó. Es válida la legítima defensa de la posesión (mobiliaria o inmobiliaria), tal como lo contempla el artículo 920 del Código Civil inspirado en el principio: “Puede utilizarse la fuerza para evitar actos perturbatorios sobre la posesión”. La finalidad de esta acción es evitar que se restrinja o limite el ejercicio como poseedor, además de que se consume el delito de usurpación o se configure una posesión precaria.

A propósito de las medidas para la promoción y dinamización de la inversión en el país (Ley 30230), el tratamiento legal de la defensa de la posesión por mano propia ha sido modificado. Según la nueva normativa contamos con un plazo de 15 días – desde que tomamos conocimiento de la desposesión- para repeler la fuerza que se emplee para despojarnos.

Se trata de un plazo mediato que nos permite razonar y planificar la forma más efectiva para defender adecuadamente la posesión. Antes era sin intervalo de tiempo, de forma simultánea a la agresión se debía defenderse o recuperarse el bien, se trataba de un plazo inmediato - dentro de las 24 horas de la afectación- lo que generaba serios inconvenientes desde el punto de vista operativo.

Pero la autotutela del patrimonio deber ser justificada por las circunstancias, es decir, rige el principio de proporcionalidad en la acción y en el medio utilizado para resguardar el bien. El defensor no puede utilizar vías de hecho desmedidas (ello implicaría un abuso de derecho), por algo se trata de una legítima defensa del patrimonio.

La medida de defensa posesoria incluye a los predios en general (baldíos o con edificación, sea terminada o en curso) y para ejercerla de modo legítimo se requiere el auxilio de la fuerza pública, confiriendo el deber de función a la Policía y a la autoridad municipal correspondiente a fin de que presten el apoyo necesario para garantizar el estricto cumplimiento de esta prerrogativa real.

Es titular de este derecho el propietario, el poseedor y el servidor de la posesión (aquel que por acto jurídico o tolerancia del titular ocupa un bien) y no procede: contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción adquisitiva de un tercero o, si el poseedor precario usufructuó el bien como propietario por lo menos 10 años.

Como se aprecia, las medidas de auto-defensa de la posesión se han facilitado, ello en pro de garantizar la justa relación del sujeto con sus bienes. En caso de que no se cumplan los supuestos indicados en el artículo 920 o el acto contra la posesión quede consumado está expedita la vía de la tutela judicial: acciones posesorias y los interdictos, previstos en el artículo 921 del Código Civil.



TÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO ÚNICO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Tipo de investigación

La presente investigación es **básica**, ya que se trata de aclarar los conceptos y dogmas con respecto a la violencia –y su objeto- para la configuración del delito de Usurpación en la modalidad de despojo, a través de una exploración axial de nuevas teorías y pretendiendo reforzar las ya existentes. Además investigamos principios y leyes actuales. Asimismo, la investigación es **aplicada**, en la medida en que sus alcances son útiles al mayor número de operadores judiciales y miembros de la sociedad.

2. Nivel de investigación

Es **exploratoria** en una primera etapa, por cuanto describimos el problema planteado, el cual no ha sido claro hasta antes de la modificatoria de la norma sustantiva, luego realizamos un tipo de investigación **descriptiva**, toda vez que indagamos los orígenes y efectos del problema, y finalmente culminamos elaborando una investigación **analítica**, toda vez que contrastamos nuestra hipótesis con la realidad dogmática-jurídica nacional e internacional.

3. Métodos de la investigación

En la presente investigación utilizamos el método **Histórico - Causal**, pues a partir de los hechos ya producidos fundamentamos la investigación y estos mismos hechos son los que produjeron los efectos.

4. Población y muestra

La **población**, es **homogénea y estática**, las cuales están conformadas por las sentencias judiciales que tuvieron la calidad de cosa juzgada,

expedida por los juzgados penales del Distrito Judicial de Loreto durante los años 2001 y 2012³⁰².

La **muestra** representativa está definida en forma *probalística*, debido a que serán seleccionadas mediante métodos aleatorios y está conformada por dieciocho (18) procesos y sentencias judiciales que tengan la calidad de cosa juzgada, expedidas por los juzgados penales del Distrito Judicial de Loreto durante los años 2001-2012.

5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

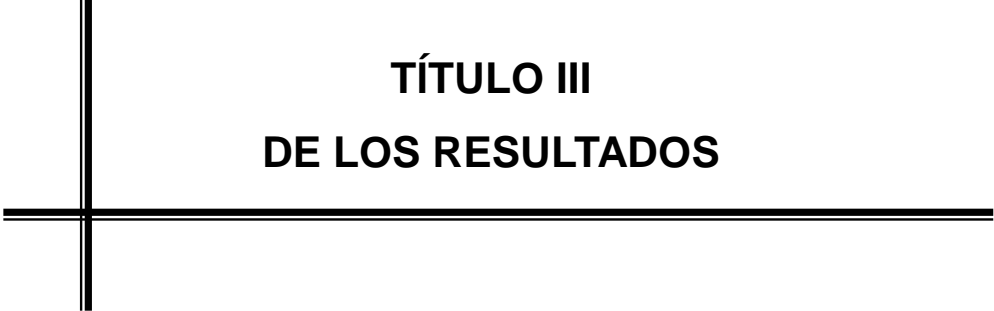
A. Técnicas: Para recabar la información que enriquezca la presente investigación recurriremos a:

- **Entrevistas:** Que a través de Guías de Preguntas se recabarán las “opiniones” de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, respecto al tema de investigación.
- **Encuestas:** Que a través del Cuestionario se recabará “información” de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, respecto del tema de investigación.
- **Estadísticas:** Se utilizarán Cuadros estadísticos, los que nos proporcionarán “características”.
- **Análisis de datos bibliográficos y de casos:** Para lo que se utilizarán los libros, páginas virtuales, expedientes, los cuales nos proporcionarán las diferentes “posiciones” sobre el tema, gracias a la lógica (estructura del pensamiento) y al razonamiento (fundamentación).

³⁰² En necesario precisar, respecto a este punto, que en el Plan de Tesis se consignó que la población y muestra estarían constituidas por las sentencias con calidad de cosa juzgada, expedidas por los Juzgados Penales de Maynas, durante el periodo comprendido entre los años 2011-2012; sin embargo, debido a la conversión de los referidos despachos a Juzgados Liquidadores, resultó menos accesible para los investigadores, acceder a los legajos de los mismos (cuatro juzgados penales liquidadores); motivo por el cual se decidió recabar las sentencias, directamente de la base informativa recogida en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Loreto, habiéndose encontrados sentencias que datan de los años 2001-2012, lo que nos permitió realizar una investigación más amplia sobre el tema en estudio.

B. Instrumentos: Los principales instrumentos que utilizaremos en la investigación son:

- Guía de Preguntas.
- Cuestionario.
- Cuadros Estadísticos.
- Libros, Páginas virtuales y casos.



TÍTULO III
DE LOS RESULTADOS

CAPÍTULO ÚNICO

DE LOS RESULTADOS Y LAS DISCUSIONES

En el presente capítulo se procederá a analizar la información obtenida, tanto en las encuestas, entrevistas y en la información extraída de los expedientes y sentencias judiciales de procesos por la comisión del delito de usurpación (despojo mediante violencia), el cual incluirá un resumen de los datos recolectados a través del análisis descriptivos e inferencial, para posteriormente realizar la contrastación y comprobación de nuestras hipótesis.

Al respecto debemos señalar que en las encuestas y entrevistas, no se ha utilizado la técnica de preguntas sugeridas, es decir, aquella en donde la pregunta contiene la propia respuesta; ya que esta técnica nos podría arrojar datos superfluos. Por ello utilizamos preguntas directas (técnicas) donde se ve reflejado el real conocimiento del tema que tiene el encuestado o entrevistado.

Por otro lado resulta necesario hacer la precisión que, cuando realizamos la interpretación y análisis de las tablas y cuadros de los expedientes y sentencias judiciales, nos referiremos al número de expediente del cual extrajimos la información con el siguiente dato: número de expediente, año y el juzgado al cual corresponde, por ejemplo: “**Exp. 2005-2255-01**”. En donde “**2005**” representa el año del expediente; “**2255**” representa el número de expediente; y “**01**” representa el juzgado penal del cual proviene el expediente. Esta información respecto del expediente judicial no es con el propósito de desacreditar la labor del órgano jurisdiccional que pudo aplicar una posición distinta a la nuestra; sino que ello se hará con fines estrictamente de verificación, credibilidad y seriedad en la información obtenida y en el resultado que se proyecta. Realizadas las aclaraciones pertinentes, pasamos a analizar los resultados obtenidos.

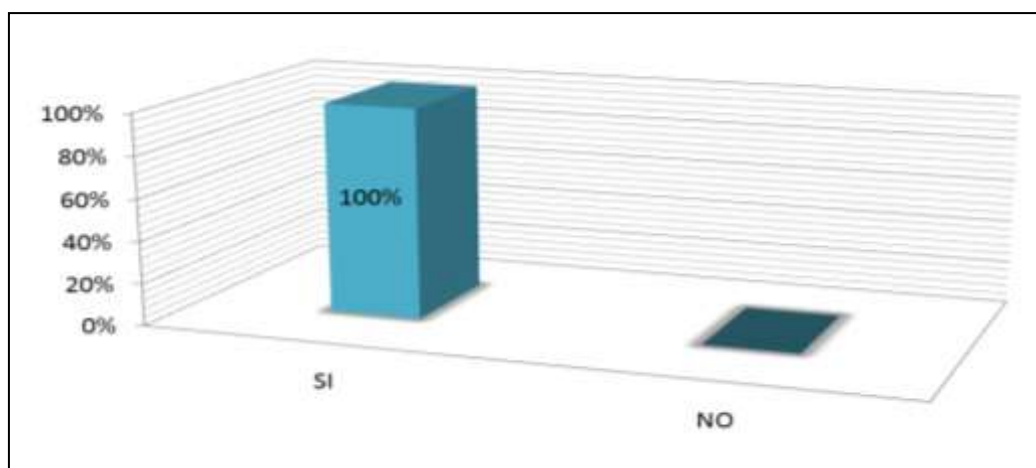
1. ANÁLISIS Y RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

Encuestas a magistrados del Poder Judicial Del Distrito Judicial de Loreto y a los fiscales del Ministerio Público de Loreto.

1. ¿Tiene conocimiento sobre el delito de usurpación?

Tabla y Figura N° 1

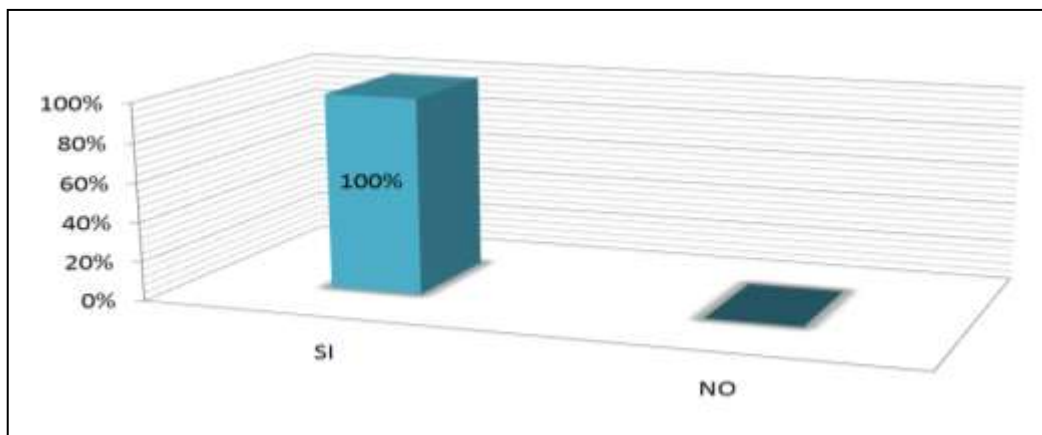
| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|-----------|--------|-------|
| SI | 12 | 100 % |
| NO | 0 | 0 |
| TOTAL | 12 | 100 |



INTERPRETACIÓN: Analizando el presente cuadro se puede observar, que el 100% de la muestra representativa de la población encuestada de Magistrados del Poder Judicial del Distrito Judicial de Loreto (provincia de Maynas), que representan 12 encuestados, conocen sobre el tipo penal de Usurpación de inmuebles.

Tabla y Figura N° 2

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|-----------|----------|------|
| SI | 30 | 100% |
| NO | 0 | 0 |
| TOTAL | 30 | 100% |

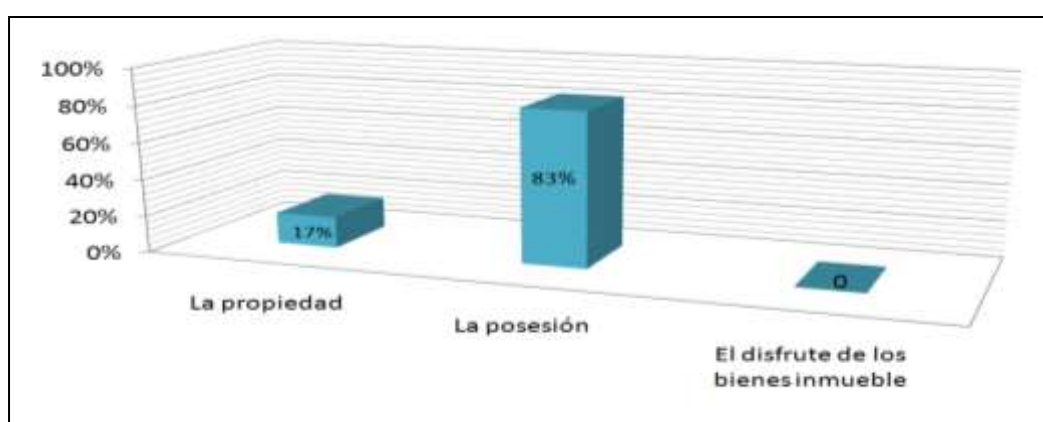


INTERPRETACIÓN: Analizando el presente cuadro se puede advertir, que el 100% de la muestra representativa de la población encuestada de Fiscales del Ministerio Público de Loreto (provincia de Maynas), que representan 30 encuestados, conocen sobre el tipo penal de Usurpación de inmuebles.

2. Respecto al bien jurídico en el delito de usurpación -a su criterio- ¿Cuál es el ámbito de protección penal? Marque con “X” la respuesta correcta:

Tabla y Figura Nº 3

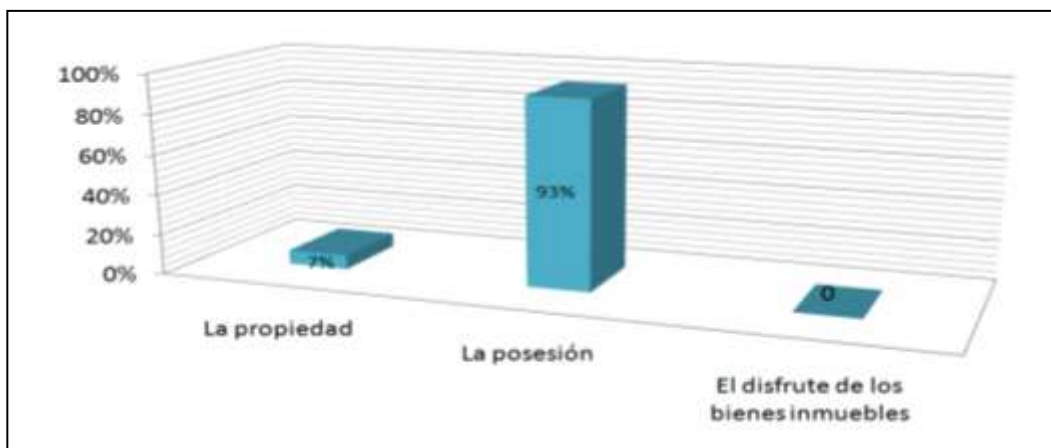
| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|-------------------------------------|--------|------|
| La propiedad | 2 | 17% |
| La posesión | 10 | 83% |
| El disfrute de los bienes inmuebles | 0 | 0 |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Esta pregunta resultó necesaria, para poder determinar si los encuestados tenían un conocimiento suficiente o deficiente sobre el tema, lo cual se podrá contrastar con las demás respuestas. En ese sentido, se desprende que de los 12 encuestados, 2 (que representa el 17%), respondieron que el bien jurídico protegido en el tipo penal de Usurpación inmobiliaria, es la propiedad. Sin embargo, 10 encuestados (que representan el 83%), respondieron que es la posesión, lo cual resulta válido, toda vez que la regulación del ilícito previsto y sancionado en el artículo 202° del Código Penal, incide en la protección de la posesión que ejerce un tercero, además, el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles con ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o cualquier derecho real sobre los mismos.

Tabla y Figura N° 4

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|-------------------------------------|----------|------|
| La propiedad | 2 | 7% |
| La posesión | 28 | 93% |
| El disfrute de los bienes inmuebles | 0 | 0 |
| TOTAL | 30 | 100% |

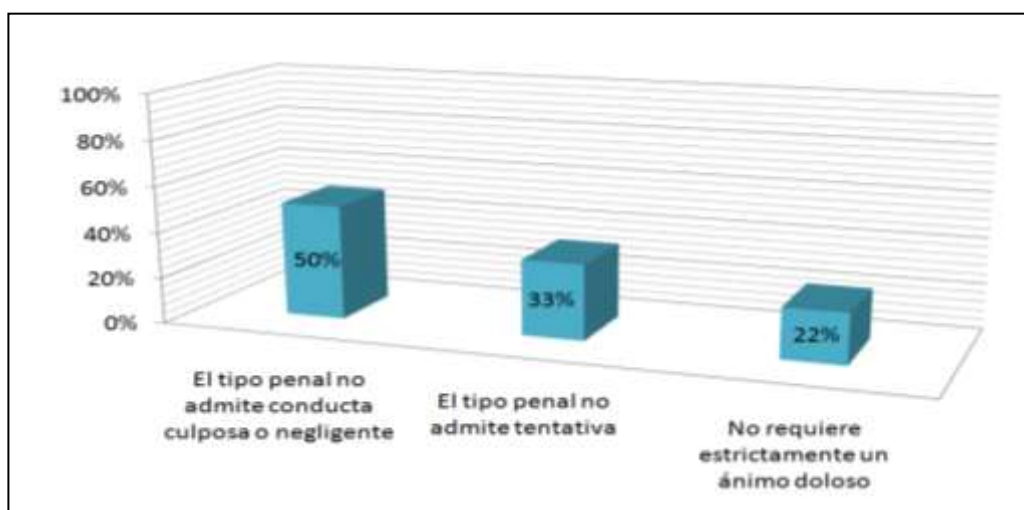


INTERPRETACIÓN: De los cuadros se advierte que en cuanto a los fiscales del Ministerio Público de Loreto (provincia de Maynas), de los 30 encuestados, 2 (7%) señalaron que el delito de Usurpación Inmobiliaria protege la propiedad, mientras que el 93% (28 encuestados), precisaron que es la posesión. Del cual se desprende que dicha población conoce el radio de protección de la norma, en ese extremo.

3. Sobre la tipicidad subjetiva en el tipo penal de usurpación. Marque con “X” la respuesta correcta:

Tabla y Figura Nº 5

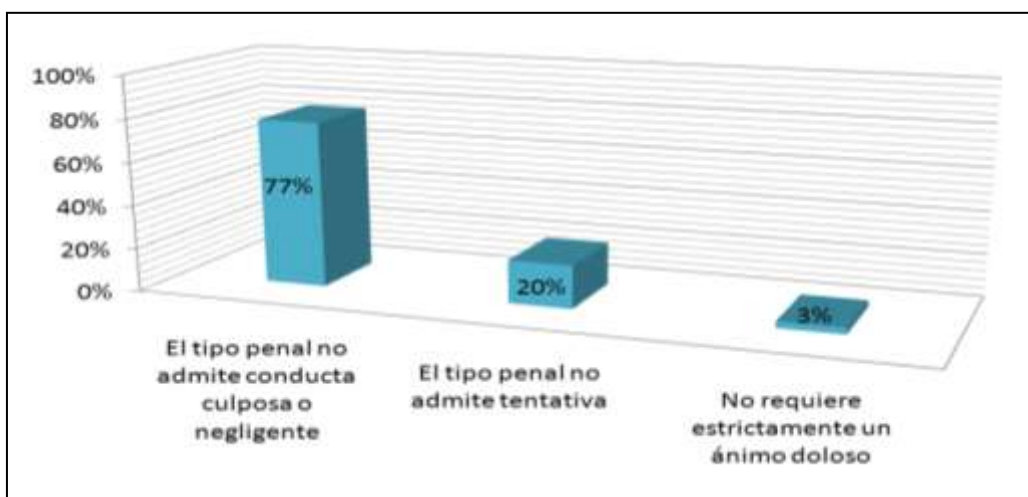
| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|---|--------|------|
| El tipo penal no admite la conducta culposa o negligente. | 6 | 50% |
| El tipo penal no admite tentativa. | 4 | 33% |
| No requiere estrictamente un ánimo doloso. | 2 | 22% |
| TOTAL | 12 | 100 |



INTERPRETACIÓN: Respecto al tipo subjetivo, se sabe que el delito de Usurpación es un ilícito meramente doloso; por tanto, admite su ejecución en grado de tentativa; sin embargo, la culpa o la negligencia quedarían excluidas, puesto que todas las modalidades del injusto en estudio, glosan su estructura con conciencia y voluntad del sujeto activo (ánimo de apropiarse). En ese sentido, el 50% (6 encuestados), acertadamente respondieron que este tipo penal no admite conducta culposa o negligente; mientras que el 33% (4 encuestados) y el 22% (2 encuestados), precisaron que el tipo penal no admite tentativa y que no requiere estrictamente un ánimo doloso, respectivamente.

Tabla y Figura N° 6

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|---|----------|------|
| El tipo penal no admite la conducta culposa o negligente. | 23 | 77% |
| El tipo penal no admite tentativa. | 6 | 20% |
| No requiere estrictamente un ánimo doloso. | 1 | 3% |
| TOTAL | 30 | 100% |

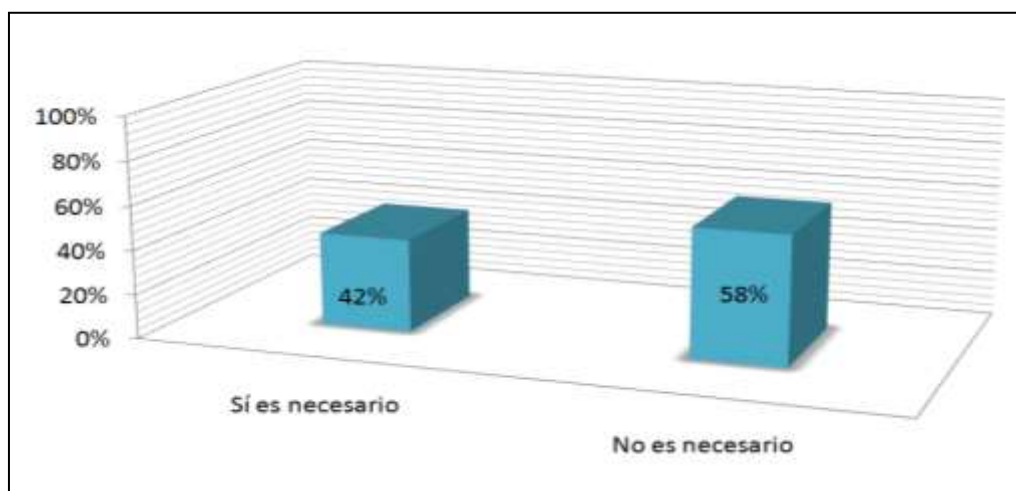


INTERPRETACIÓN: Al respecto, los fiscales en su mayoría (23 encuestados que representan el 77% de la muestra), respondieron que el tipo penal de Usurpación Inmobiliaria, no admite conducta culposa o negligente, lo cual revela un resultado esperado sobre el conocimiento del tipo subjetivo de este ilícito. Por su parte, el 20% (6 encuestados) precisaron que no admite tentativa, mientras que el 3% (1 encuestado), considera que el ilícito en estudio, para su ejecución, no requiere estrictamente un ánimo doloso.

4. ¿Cree Ud., que es necesario acreditar la titularidad del bien inmueble para ser considerado agraviado en el delito de usurpación?

Tabla y Figura N° 7

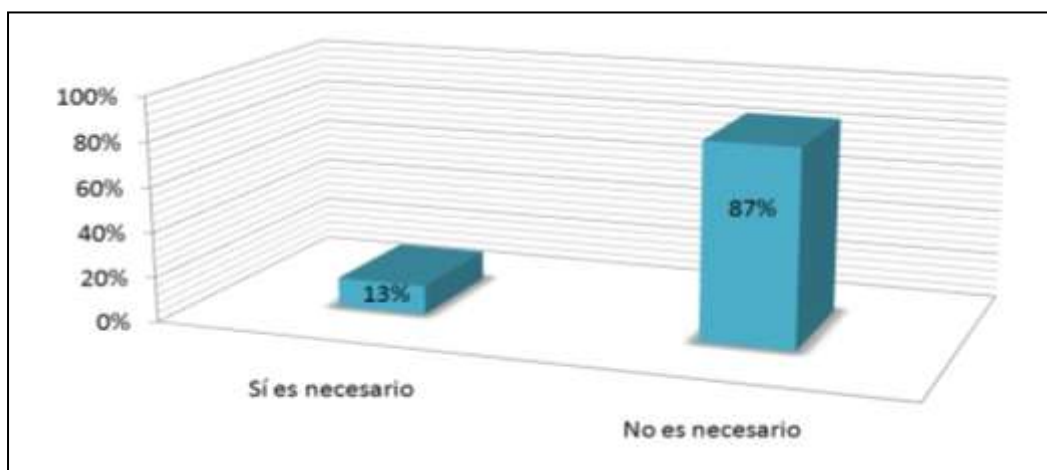
| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|-------------------|--------|------|
| Sí, es necesario. | 5 | 42% |
| No es necesario. | 7 | 58% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: En el caso del sujeto pasivo, este para ser tal, no requiere del reconocimiento de un título dominical que acredite su condición de propietario, basta con que acredite tener la tenencia al momento de los hechos; tenencia que puede ser tanto legítima como ilegítima. Asimismo, esta tenencia puede exteriorizarse con los signos de habitabilidad que demuestren su posesión (tener menajes, bienes muebles, etc.). En ese sentido, de los resultados de esta pregunta, se advierte que los encuestados (representados en un 42%) respondieron que sí es necesario acreditar la titularidad del bien inmueble del desposeído, mientras que un 58% (7 encuestados) optaron por considerar que no es necesario. Tal resultado reflejaría que existe un cierto grado de desconocimiento en cuanto a las condiciones que debe reunir una persona, para ser considerado sujeto pasivo del delito de usurpación.

Tabla y Figura N° 8

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|-------------------|----------|------|
| Sí, es necesario. | 4 | 13% |
| No es necesario. | 26 | 87% |
| TOTAL | 30 | 100% |

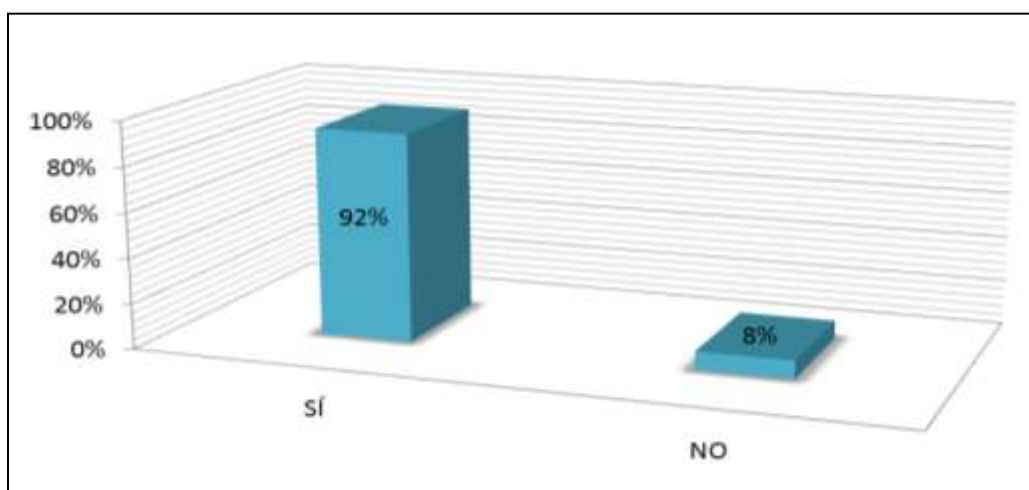


INTERPRETACIÓN: Analizando el presente cuadro, se advierte que el 87% de la muestra encuestada (26 fiscales), precisaron que no es necesario acreditar la titularidad del bien desposeído, lo que refleja un conocimiento aceptable sobre el tipo objetivo del ilícito estudiado, más aún que se trata de un delito de incidencia social, cuya repercusión es a diario en nuestra sociedad. Por otro lado, se tiene a un 13% (4 fiscales) que consideran que sí es necesario acreditar la propiedad del inmueble usurpado.

5. ¿Tiene conocimiento sobre la nueva modalidad insertada en el artículo 202 del Código Penal, mediante Ley n° 30076, la misma que establece que será “sancionado el autor que ingresa ilegítimamente a un inmueble mediante actos ocultos”?

Tabla y Figura N° 9

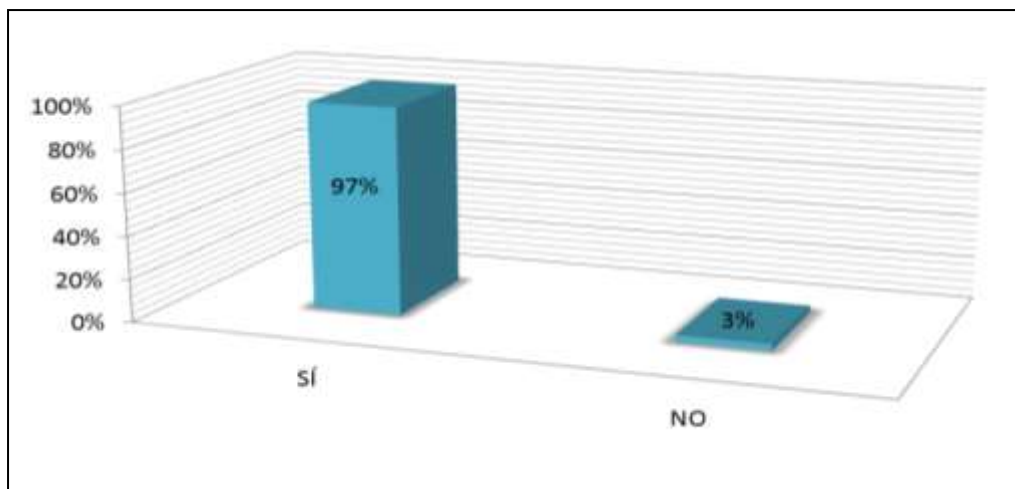
| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|-----------|--------|------|
| SÍ | 11 | 92% |
| NO | 1 | 8% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: En cuanto a esta novedad legislativa, se aprecia que un 92% (11 jueces encuestados), señalan que conocen las modificatorias insertadas en el Código Penal, específicamente en cuanto al delito de Usurpación previsto y sancionado en el artículo 202 y 204, lo cual demuestra que esta mayoría se mantiene actualizada en su quehacer jurídico; mientras que un minoría (reflejada en un 8% de la muestra), respondió que no conocía la mencionada ley.

Tabla y Figura N° 10

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|-----------|----------|------|
| SÍ | 29 | 97% |
| NO | 1 | 3% |
| TOTAL | 30 | 100% |



INTERPRETACIÓN: De los resultados del presente cuadro, se advierte que el 97% de los fiscales encuestados (29 fiscales), respondieron que sí conocen el contenido de la Ley N° 30076, en estricto, que inserta una nueva modalidad y aclaración (en cuanto a la violencia como medio comisivo) para la configuración del delito de Usurpación Inmobiliaria. No obstante, un restringido 3% (1 fiscal), expresó desconocer la mencionada ley.

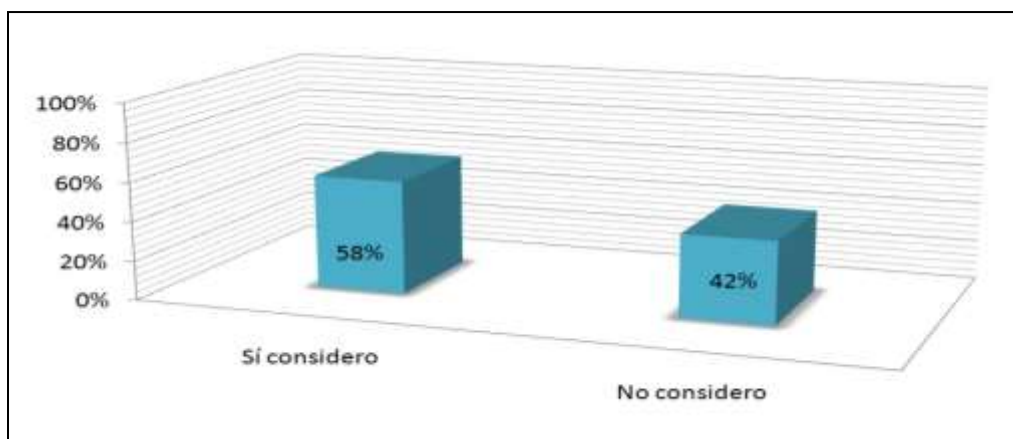
2. ANÁLISIS Y RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Entrevista a magistrados del Poder Judicial Del Distrito Judicial de Loreto y a los fiscales del Ministerio Público de Loreto.

1. El inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, antes de su modificatoria, señalaba lo siguiente: *“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”*, al respecto ¿Cree Ud., que la violencia a la cual se hace referencia, debía recaer tanto sobre las personas como sobre los bienes?

Tabla y Figura N° 11

| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|---------------|--------|------|
| Sí considero. | 7 | 58% |
| No considero. | 5 | 42% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: En cuanto a esta interrogante, los resultados obtenidos demuestran que un 58% de los jueces entrevistados (7 magistrados) consideran que la violencia (para la configuración de usurpación en su modalidad de despojo) antes de la modificatoria del artículo 202° del Código Penal, debía ser entendida que podía recaer tanto sobre las personas como sobre los bienes; mientras que un 42% de los encuestados (5 jueces), señalaron que sólo debía recaer sobre las personas. En ese sentido, se

advierte un resultado promedio entre ambas posiciones.

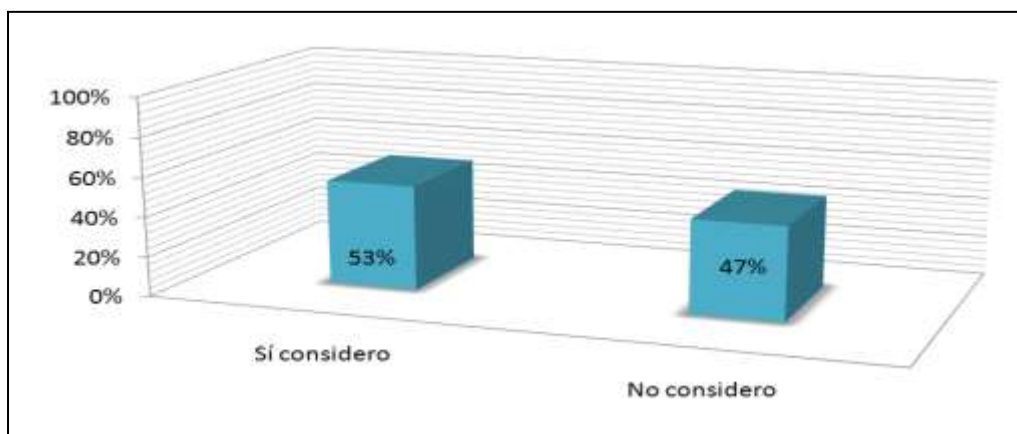
De los magistrados que consideraron la posición mayoritaria, sustentaron sus respuestas en los siguientes fundamentos: *"la norma no hace distinción, por lo tanto, requiere una interpretación extensa, es decir, tanto contra las personas como contra los bienes"* y *"las personas inmersas en estos delitos, atacan al poseedor o propietarios de los bienes inmuebles, y para ingresar, violentan los bienes u obstáculos materiales"*.

Por otro lado, los jueces que decidieron por la respuesta alterna, precisaron que: *"el comportamiento delictivo se refiere al uso de la violencia por medio de la fuerza física sobre la víctima para despojarle o arrebatarle de su posición o tenencia sobre el inmueble"* y *"según el principio de mínima intervención, esta modalidad se produce por la violencia contra la persona, el Derecho Penal por lo tanto, resuelve el conflicto en caso que la afectación del bien jurídico sea grave y este se produce cuando medie violencia en la integridad de la persona y no de las cosas"*.

De las respuestas y comentarios de los magistrados en cuanto al despojo mediante violencia (hasta antes de la modificatoria), al no existir una precisión por parte del legislador, se desprende que en el Distrito Judicial de Loreto, provincia de Maynas, no existía un criterio predominante al momento de interpretar el sentido u objeto sobre el cual debía recaer la violencia para la configuración de la modalidad en estudio (sea personas y bienes); por tanto, las decisiones judiciales pudieron haber variado de acuerdo a la posición adoptada por el Juzgador, apoyadas en precisiones dogmáticas y los acuerdos plenarios jurisdiccionales de otros distritos judiciales.

Tabla y Figura N° 12

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|---------------|----------|------|
| Sí considero. | 16 | 53% |
| No considero. | 14 | 47% |
| TOTAL | 30 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Del presente cuadro se aprecia que al igual que los magistrados, en cuanto a los fiscales no existe un criterio influyente respecto al objeto sobre el que debía recaer la violencia -antes de la modificatoria- para la configuración del delito de usurpación.

Así, tenemos que un 53% de los fiscales, señalan que la violencia, mediante el uso de la fuerza física, debía considerarse contra las personas y bienes, indistintamente. En ese sentido, apoyan dicho criterio bajo los siguientes fundamentos: *"cuando se habla del delito de usurpación, la finalidad que tiene el autor es el apoderamiento del inmueble, lo cual se lleva a cabo no solo empleando la violencia contra el poseedor, sino destruyendo cercos, linderos y otros"; "en un mundo materialista como el de hoy, las personas valoran mucho más las cosas, los bienes, lo material, incluso en casos extremos, más que la propia vida; entonces ¿cómo no proteger el bien jurídico, si desde una perspectiva psicológica, para cierto nivel societario, vale mucho más?"*

Por otro lado, un 47% de los encuestados, precisaron que la violencia como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación (despojo), sólo

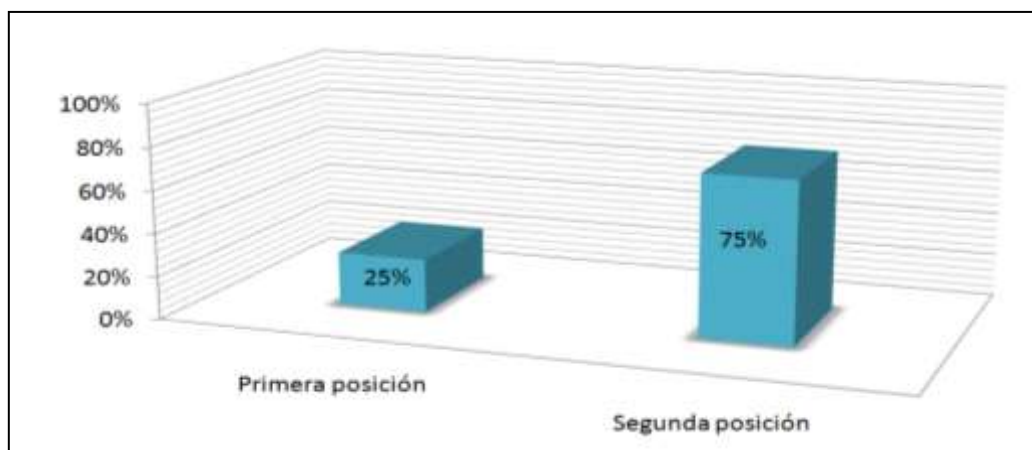
debía ser ejercida contra la persona, sustentando su posición en los siguientes criterios: *"la violencia sólo debe recaer sobre las personas, toda vez que la violencia y posterior perjuicio de los bienes, se encuentra configurado en el artículo 205° y siguientes del Código Penal"; "porque del tipo se puede inferir 'el que con violencia despoja a otro', cuando se refiere a 'otro', se entiende que se trata de una persona"; "la violencia es la fuerza física que se ejerce sobre la persona para vencer su resistencia, y en el caso de existir violencia de los bienes, el tipo penal sería distinto, podría ser de manera accesoria, daños"*.

Tal como se puede apreciar, no existe un consenso entre los miembros del Ministerio Público respecto al destinatario de la violencia, por lo que, de este criterio dividido puede colegirse que también habría habido una disparidad de pronunciamientos respecto a investigaciones concretas, ya que mientras algunas decisiones fiscales, podrían haber amparado la denuncia en base a la violencia sobre el bien, para otros fiscales, el hecho habría resultado atípico.

2. Respecto a la violencia que regula el numeral 2 del artículo 202°, existen perspectivas y criterios interpretativos contradictorios, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, unos autores señalan que la violencia debe ser ejercida sólo contra la persona; otros apuntan que esta debe ser ejercida contra la persona o la cosa, indistintamente. Como conocedor del sistema jurídico ¿Qué postura considera Ud., que es la más aceptable?

Tabla y Figura Nº 13

| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|---------------------|--------|------|
| La primera posición | 3 | 25% |
| La segunda posición | 9 | 75% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: De los 12 magistrados entrevistados, se advierte que un 25% (3 jueces) optaron por la primera posición (sólo la persona como objeto de violencia); mientras tanto, un 75% respaldó la segunda posición (la violencia ejercida contra personas y cosas para la consumación del delito de usurpación).

Por un lado, los que se inclinan por la primera posición precisan lo siguiente: *"desde un plano lógico, debe entenderse que la violencia como medio típico en el delito de usurpación, debe ser ejercida sólo contra la persona" y "porque se protege al sujeto pasivo del delito (persona)".*

Mientras que el 75% de los entrevistados, fundamentaron su posición en los siguientes criterios: *"El criterio adoptado por la Corte Suprema, resulta ser*

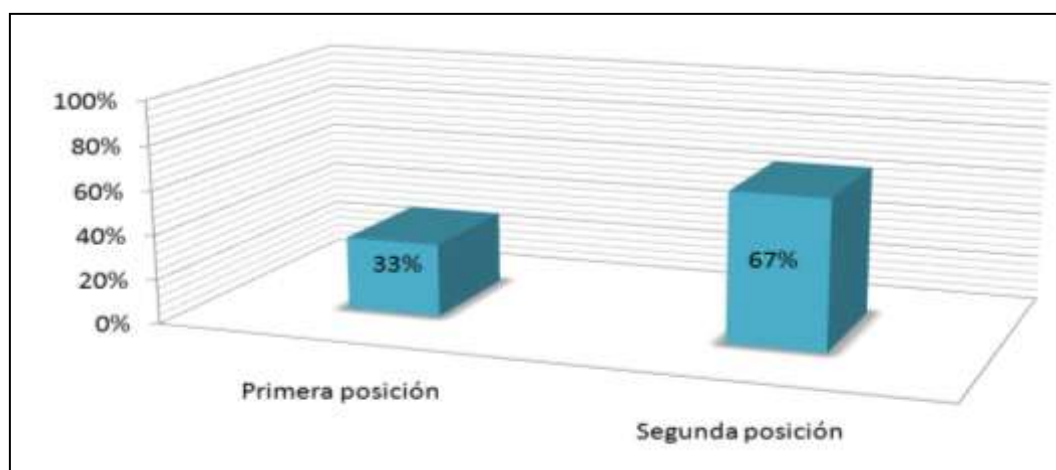
más eficaz para proteger la posesión como también la propiedad, ya que recurrir a la vía civil, resultaría al agraviado, ser más oneroso"; "la razón de la norma es la protección de los bienes inmuebles y los posesionarios".

Al respecto, al contrastar estos resultados con las respuestas de la pregunta anterior, se advierten ciertas contradicciones, toda vez que la expectativa fue la de recoger resultados iguales, en el sentido que se tratan de preguntas relacionadas entre sí y que buscan recabar el criterio del entrevistado, el mismo que al parecer, varía al desarrollar las pregunta, no apreciándose una uniformidad y correlación entre los fundamentos expuestos por algunos de ellos.

Para citar un ejemplo, se tiene que 5 jueces consideraron que antes de la modificatoria, la violencia debía ser entendida sólo contra la persona; sin embargo, al desarrollar la pregunta siguiente, sólo 3 se mantuvieron en dicha posición, habiendo 2 entrevistados variado su criterio, lo cual refleja un cierto grado de incertidumbre en cuanto a la posición de estos operadores, pese a la existencia de suficiente material dogmático que apoyaba el primer criterio (violencia contra la persona).

Tabla y Figura N° 14

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|---------------------|----------|------|
| La primera posición | 10 | 33% |
| La segunda posición | 20 | 67% |
| TOTAL | 30 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Esta pregunta formulada, como puede apreciarse es bastante similar a la anterior, siendo que su finalidad, a diferencia de la primera pregunta, consistía en indagar si es que el entrevistado tenía una convicción, o había tomado posición respecto al tema. En ese sentido se aprecia que el 33% de los entrevistados, manifiesta estar de acuerdo con la primera posición, que consiste en una interpretación restrictiva del destino de la violencia; mientras que un 67% de los entrevistados, se decanta por una postura más amplia en la definición de la violencia.

Así, se tiene que los que optaron por la primera posición, señalan que afirmar que la violencia puede ser ejercida indistintamente a personas o bienes *"es una interpretación errónea, pues violencia-amenaza-engaño-abuso de confianza- están en una sola sucesión en la descripción típica, por lo que debe entenderse siempre que se trata de una acción hacia una persona"; "la primera postura sería más aceptable, toda vez que el tipo interpreta que el sujeto pasivo de la acción será la persona, más no el bien inmueble, pero debe quedar claro que lo que busca el sujeto activo es ese poder de hecho que tiene el legítimo poseedor"*.

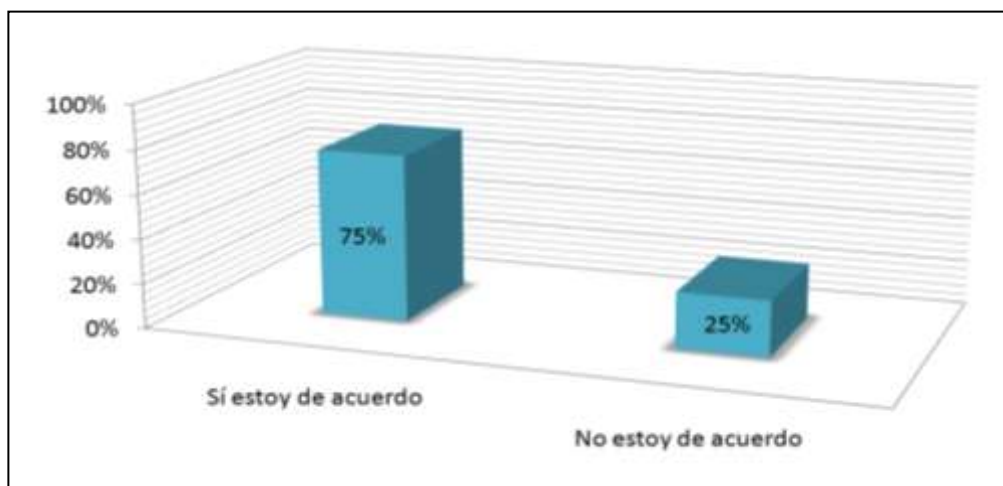
Por otro lado, quienes respaldan la segunda posición, afirman que *"en nuestra normatividad, por lo menos, ya quedó claro, en la última modificatoria introducida, que la referencia a los numerales 2 y 3, se ejerce tanto sobre personas como sobre bienes"*; otra postula similar señala que *"no puede limitarse únicamente la violencia solo a las personas, ya que ello generaría una desprotección al bien jurídico protegido, dejando impune los delitos"*.

Como puede observarse, pese a ser una pregunta similar a la anterior, no existe similitud en la cifras arrojadas, puesto que mientras que en el primer cuadro, 14 entrevistados refirieron estar de acuerdo con que la violencia debe estar dirigida solo contra la persona; sin embargo, al exigírsele una posición al respecto, solo 10 -en la segunda pregunta- manifestaron mantenerse esa misma posición, de lo que se colige que 4 fiscales, o variaron su posición, o no conocen muy bien el tema.

3. El primer párrafo del artículo 202° (modificado mediante Ley N° 30076), regula el delito de usurpación en sus 4 modalidades: 1. Destrucción o alteración de linderos (numeral 1), 2. Despojo (numeral 2), 3. Turbación de la posesión (numeral 3), y 4. Despojo clandestino (numeral 4); no obstante, el segundo párrafo del mencionado artículo, señala que “*la violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes*”. Al respecto ¿Está Ud., de acuerdo que la violencia deba recaer sobre los bienes?

Tabla y Figura N° 15

| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|----------------------|--------|------|
| Sí, estoy de acuerdo | 9 | 75% |
| No estoy de acuerdo | 3 | 25% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: En cuanto a esta interrogante, los resultados obtenidos demuestran que un 75% de los jueces entrevistados (9 magistrados) consideran que la violencia, para la configuración de usurpación en su modalidad de despojo, conforme lo señala la actual modificatoria, sí debe recaer sobre las personas y sobre los bienes. No obstante, un 25% (3 jueces), precisaron que este medio comisivo, sólo debe ser ejercido contra la persona para su configuración delictiva.

Los criterios que apoyan esta modificación legislativa son los siguientes: "*porque hay muchas formas de despojar de la posesión y definitivamente debe recaer sobre los bienes*"; "*al momento en que se ejecuta el acto de*

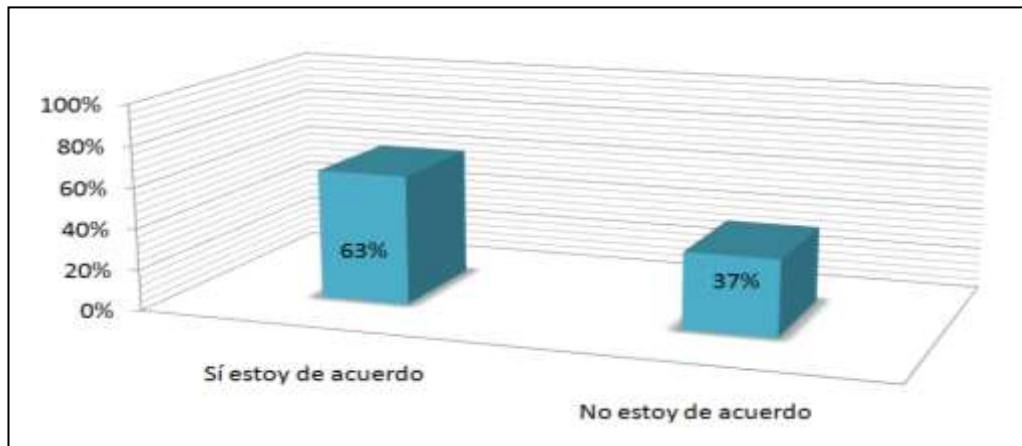
despojo, la violencia siempre recae contra los bienes" y "porque el objeto tutelado por el Estado es el disfrute de los bienes inmuebles".

Por su parte, quienes consideran que la violencia sólo debe ser desplegada sobre la persona, fundamentan su posición en las siguientes premisas: *"porque la usurpación de un derecho real inmobiliario se realiza con violencia o intimidación sólo contra las personas, pues en otro caso, se ventilaría en la vía civil" y "porque no se protege un título real, sino el disfrute de ese derecho por parte del sujeto pasivo, la exigencia del tipo direcciona que las modalidades que emplea el agente deben recaer sobre quien disfruta el bien inmueble".*

En cuanto a este resultado, se advierte que los entrevistados -en función a la pregunta anterior- mantienen su posición; sin embargo, quienes sostienen la postura de que la violencia solo debe ser ejercida contra las personas, fundamentan sus criterios bajo cimientos de contenido dogmático, a diferencia de quienes respaldan la modificatoria, interpretando su contenido de modo literal.

Tabla y Figura N° 16

| CATEGORIA | FISCAL | (%) |
|----------------------|--------|------|
| Sí, estoy de acuerdo | 19 | 63% |
| No estoy de acuerdo | 11 | 37% |
| TOTAL | 30 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Esta tercera pregunta, es mucho más específica y parte de la modificatoria introducida por la Ley n° 30076; sin embargo, mantiene también cierta similitud con las dos preguntas anteriores, siendo que lo que se indaga en esta interrogante es si los entrevistados están de acuerdo con la modificación efectuada por el legislador.

En ese sentido, se aprecia que un 63% de los fiscales entrevistados señalaron que están de acuerdo con la reciente modificación al artículo 202 del Código Penal; en tanto que el 37% consideró que no está de acuerdo.

Quienes manifestaron estar de acuerdo, esbozaron las siguientes opiniones: *"hay casos de usurpaciones que se han producido en ausencia de su poseedor (que por un corto lapso de tiempo se retira de su inmueble dejándolo debidamente asegurado), aquí la violencia es ejercida contra los bienes, ya que es necesario para lograr la usurpación"; "con esta modificatoria se pretende resaltar la protección del bien jurídico tutelado (patrimonio) y amplía su radio de acción sobre las nuevas modalidades comisivas que vienen apareciendo".*

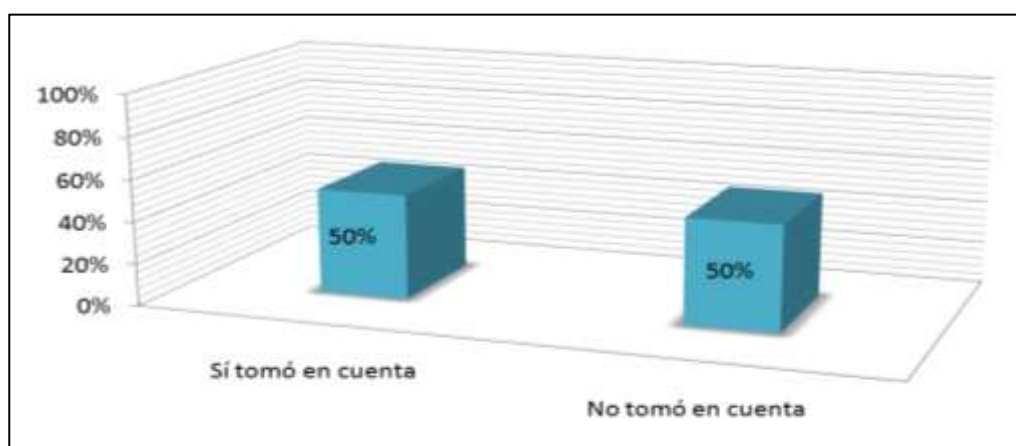
Por otro lado, los que expresaron su desacuerdo, manifestaron lo siguiente: *"la violencia debe recaer solo sobre las personas, ya que si fuera sobre los bienes, sería daños"; "porque los bienes están referidos a un objeto, y allí se daría la figura objetiva de daños material contra objeto"; "la ampliación es por política criminal frente al incremento de usurpación de inmueble abandonados"*.

Del resultado extractado se aprecia que una mayoría significativa de los entrevistados están de acuerdo con la modificación establecida, y no cabe efectuar un análisis subjetivo, respecto al sentido de los pronunciamientos que esto podría acarrear, dado que al tratarse de una modificatoria legal, a los magistrados en general, corresponde acatarlo. Sin embargo, en comparación con los cuadros 6.2 y 7.2, se aprecia que no existe uniformidad en el sostenimiento del criterio de cada parte; puesto que, en estos últimos tres cuadros, existe una sucesión estadística de 14-10-11 fiscales que manifestaron -en líneas generales- estar de acuerdo en que la violencia debe ser ejercida solo contra la persona.

4. Sobre la cuarta modalidad del -reformado- artículo 202° del Código Penal (usurpación clandestina) ¿Cree Ud., que el legislador -al expedir la citada norma- observó el principio de *ultima ratio* y/o subsidiaridad del derecho penal?

Tabla y Figura N° 17

| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|-------------------|--------|------|
| Sí tomó en cuenta | 6 | 50% |
| No tomó en cuenta | 6 | 50% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Respecto a esta interrogante, se advierten resultados parejos, siendo que el 50% de los entrevistados precisaron que la modificatoria que incluye una cuarta modalidad para la configuración del delito de usurpación, sí observó el principio de ultima ratio o subsidiaridad del Derecho Penal, mientras que el otro 50% indicó que no se tomó en cuenta los mencionados principios.

En cuanto al primer grupo de entrevistados, estos indicaron lo siguiente: *"porque encuadra dentro de los elementos básicos del derecho penal"; "el legislador ha recurrido hasta el último recurso para solucionar las conductas tipificadas en el tipo"*.

Por su parte, los entrevistados del grupo siguiente, manifestaron entre sus fundamentos, los siguientes: *"porque toda conducta lo está haciendo"*

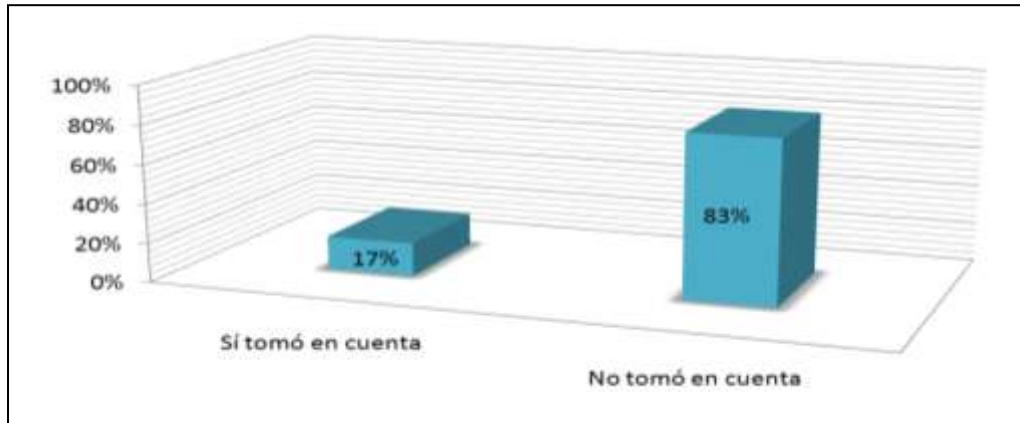
merecedora del derecho penal, cuando contrariamente la usurpación clandestina tendría que estar regulada en la vía civil"; "existen otros mecanismos que protegen el bien jurídico y que son más eficaces".

En este sentido, si bien esta cuarta modalidad no es materia de estudio, es menester aclarar que su inclusión -a nuestro criterio- suple los vacíos que obligaban, tanto a operadores jurídicos como a estudiosos del Derecho, a ampliar el objeto sobre el que debía recaer la violencia, toda vez que, por lo general, se presentaban casos que los ingresos ilegítimos se realizaban en ausencia del poseedor, por medio de la destrucción de linderos, lo que -por no ser dejado impune- era calificado como despojo mediante violencia contra los bienes.

Por tanto, al haberse insertado esta nueva modalidad, consideramos innecesaria la aclaración contenida en el segundo párrafo del artículo 202 del Código Penal, es decir, aquella que señala que la violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Tabla y Figura N° 18

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|-------------------|----------|------|
| Sí tomó en cuenta | 5 | 17% |
| No tomó en cuenta | 25 | 83% |
| TOTAL | 30 | 100% |



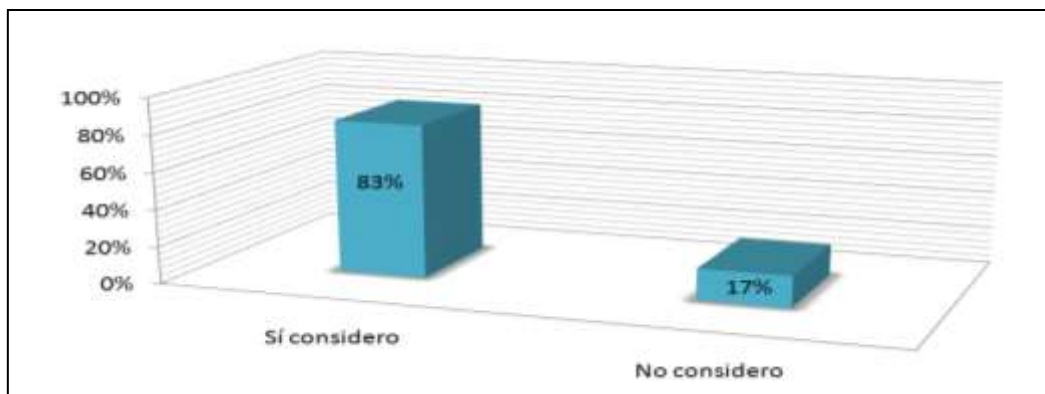
INTERPRETACIÓN: Si bien es cierto, la cuarta modalidad introducida en esta pregunta, no forma parte de nuestra investigación, resulta necesaria formularla, porque -como ya mencionamos anteriormente- estimamos que los aportes brindados por entrevistados, pueden contribuir a reforzar nuestra hipótesis de investigación.

En ese sentido, se advierte que un reducido 17% de los fiscales entrevistados, precisaron que el legislador observó el principio de ultima ratio o subsidiariedad del derecho penal; en tanto que un 83% de la muestra manifestó que el legislador no observó los mencionados principios.

5. Mediante Ley n° 30230, se modificó el artículo 920° del Código Civil, la referida norma detalla que contamos con un plazo de 15 días –desde que tomamos conocimiento de la desposesión- para repeler la fuerza que se emplee para despojarnos. Al respecto, ¿Cree Ud., que esta normatividad podría ser considerada como una medida más eficaz y representaría una alternativa más eficiente que recurrir a la vía penal ?

Tabla y Figura N° 19

| CATEGORIA | JUECES | (%) |
|---------------|--------|------|
| Sí considero. | 10 | 83% |
| No considero. | 2 | 17% |
| TOTAL | 12 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Analizando el presente cuadro, se advierte que un 83% de los entrevistados (10 jueces), consideran que la ampliación del plazo para ejecutar la Defensa Posesoria (extrajudicial) que regula el artículo 920° del Código Civil, resultaría ser una medida más eficaz para recobrar la posesión. No obstante, un 17% que representa a 2 entrevistados, consideran que la vía penal sería más eficaz.

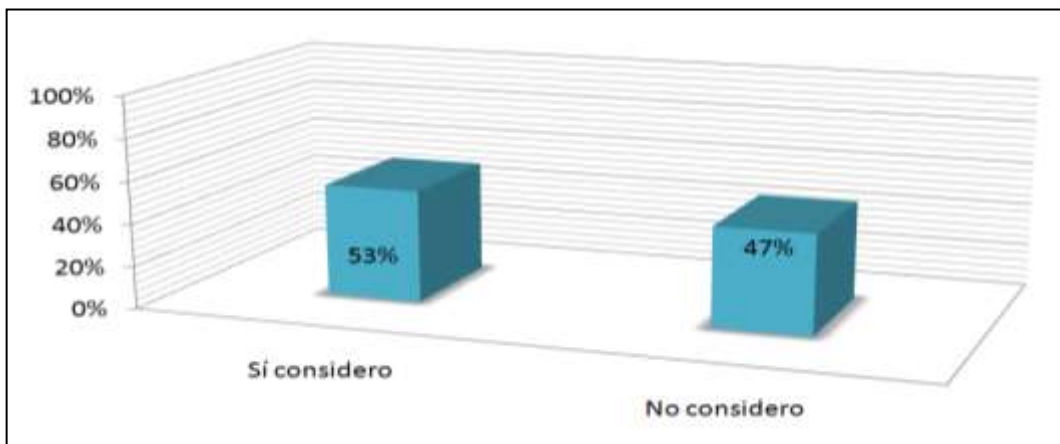
En ese sentido, dentro de los fundamentos que apoyan la posición optada por el 83% de los jueces entrevistados, tenemos: *"el desposeído o afectado podría proceder como mejor le parezca y evitar judicializar los casos de usurpación"; "porque se evitaría llegar a la vía penal"; "resulta ser más eficiente que un proceso penal, tanto para el propietario como el poseedor"; "porque el proceso penal tiene su trámite respectivo".*

Por su parte, el 17% restante, apoya su posición considerando que *"no es una reforma adecuada porque el legislador ha extendido los alcances de la posesoria extrajudicial, lo que podría llegar a generar mayores conflictos"*.

En este extremo, también es necesario aclarar que dicha reforma legislativa tampoco es materia de estudio; sin embargo, los efectos de la misma, nos permiten sustentar nuestra posición, toda vez que al ampliarse el plazo para la ejecución de dicha figura civil, se incrementa la posibilidad de que esta vía sea la primera opción que optaría el desposeído frente a situaciones en las que no exista vulneración a otros bienes jurídicos tutelados (la integridad física).

Tabla y Figura N° 20

| CATEGORIA | FISCALES | (%) |
|---------------|----------|------|
| Sí considero. | 16 | 53% |
| No considero. | 14 | 47% |
| TOTAL | 30 | 100% |



INTERPRETACIÓN: De la revisión de estos resultados, se puede observar que un 53% de los entrevistados considera que la defensa posesoria constituye un remedio más eficaz para proteger al desposeído que la persecución penal; mientras que un 47% de los fiscales entrevistados, precisaron que no consideran que esta figura sea más eficaz que el derecho penal.

Los fundamentos que defienden ambas posiciones son variados; quienes lo consideran como un mecanismo más eficaz, argumentan razones de sobrecarga procesal y el hecho de que lo que el poseedor quiere más que el castigo, es la restitución del bien inmueble; en cambio, quienes argumentan su ineficacia, refieren que el Derecho Penal, lo único que debe evaluar es que si concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, independientemente de cuál sea el remedio más eficaz.

Aún así sea aprecia, que no existe un consenso frente a este punto.

3. ANÁLISIS Y RESULTADOS DE SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO-PROVINCIA DE MAYNAS, RECAÍDAS SOBRE PROCESOS DE DELITO DE USURPACIÓN DURANTE LOS AÑOS 2001 A 2012

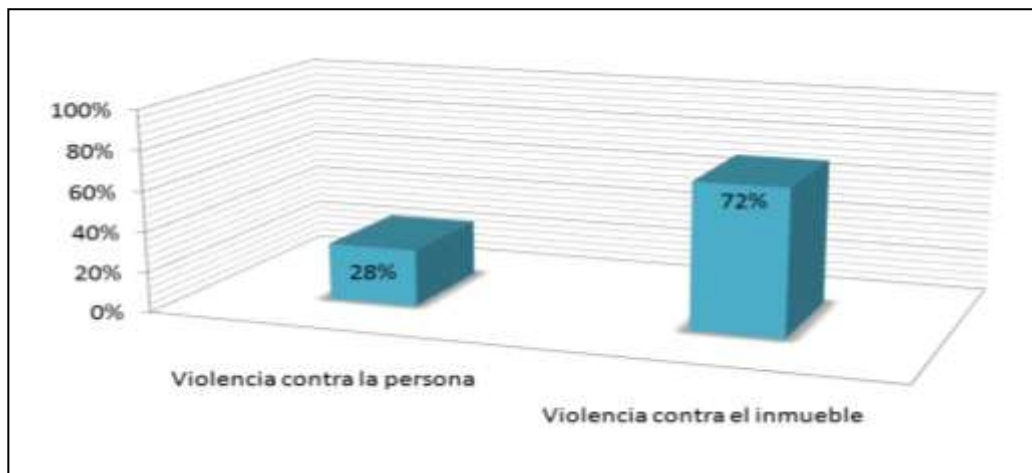
Sentencias revisadas:

| N° de expediente | Procedencia | Partes | Delito |
|-----------------------------|----------------------------|--|----------------------|
| 2005-01113-0-1903-JR-PE-4 | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpados: Karina Murayari Laiche y otros Agraviado: Nehemías Vega Araujo. | Usurpación Agravada. |
| 1956-2006-0-1903-JR-PE-05. | 5° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Roger Richard Lomas Bartra. Agraviado: Aldo Rodríguez Inuma. | Usurpación Agravada. |
| 0058-2008-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Pacífico P. Yurimachi Pacaya. Agraviado: Francis Ríos Morey. | Usurpación. |
| 00498-2007-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Guillermo Panduro Yguaver y otros. Agraviado: Emp. South American Ventures Investment SAC. | Usurpación Agravada. |
| 1735-2004-0-1903-JR-PE-02. | 2° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: José Mafaldo Vilchez. Agraviado: Maximiliano Vásquez Torres. | Usurpación. |
| 1250-2001-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Alberto Rodríguez Rengifo y otros. Agraviado: Pedro Pablo Panduro Ríos. | Usurpación Agravada. |
| 0049-2008-0-1903-JR-PE-02. | 2° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Pacífico P. Yurimachi Pacaya. Agraviado: María Teresa Córdova Peña. | Usurpación Agravada. |
| 1602-2001-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Samuel Castro Vásquez y otros. Agraviado: Regino Cloris López Pelaez. | Usurpación Agravada. |
| 00996-2008-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Alfredo Correa Sinacay. Agraviado: Juana Rosa Correa Linarez. | Usurpación Agravada. |
| 2199-2006-0-1903-JR-PE-02. | 2° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Marx Engel Panduro Villacorta. Agraviado: Weninger Guerra Tanchiva. | Usurpación Agravada. |
| 1466-2009-0-1903-JR-PE-02. | 2° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Gallardo Gonzálo García Chávez y otros. Agraviado: Pilar Flores Guevara y otros. | Usurpación Agravada. |
| 0122-2008-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Miguel Alva Orbe y otros. Agraviado: Noé Cheglio Zumaeta. | Usurpación Agravada. |
| 2655-2008-0-1903-JR-PE-04. | 4° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Celia Mercedes Cahuaza Hualinga. Agraviado: Industrias Reunidas S.R.L. | Usurpación Agravada. |
| 00274-2003-0-1903-JR-PE-04. | 1° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Emiliano Huamán Guimac y otros. Agraviado: Iván Enrique Vásquez Valera y otros. | Usurpación Agravada. |
| 2906-2010-0-1903-JR-PE-02. | 2° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Carlos Tamani Zumba. Agraviado: José Augusto Zumaeta Del Águila y otros. | Usurpación Agravada. |
| 0535-2009-0-1903-JR-PE-01. | 1° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Avelino Sánchez Leiva. Agraviado: Lucy Bárbara Pinedo Sangama. | Usurpación. |
| 0872-2008-0-1903-JR-PE-03. | 3° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Mauricio Aurelio Cahuamari y otros. Agraviado: Robinson Vargas Rojas. | Usurpación Agravada. |
| 1651-2005-0-1903-JR-PE-01. | 1° Juzgado Penal de Maynas | Inculpado: Eulogio Amias Lozano y otros. Agraviado: Irene Romero Romero | Usurpación Agravada. |

1. Respecto al destinatario de la violencia, en los hechos materia de las sentencias.

Tabla y Figura N° 21

| CATEGORIA | N° SENTENCIAS | (%) |
|------------------------------|---------------|------|
| Violencia contra la persona | 5 | 28% |
| Violencia contra el inmueble | 13 | 72% |
| TOTAL | 18 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Del análisis de las sentencias consignadas en el cuadro anterior, se tiene que la acusación fiscal, y en consecuencia la sentencia, están referidas, en un 28% a hechos que consisten en un despojo mediante violencia contra la persona, en tanto que un 72% están referidos al despojo mediante violencia contra los bienes.

Como puede apreciarse existe una mayor incidencia cuantitativa respecto a las denuncias en que la violencia se ejerce directamente sobre el inmueble, esto podría obedecer a que la mayoría de actos usurpatorios ocurren generalmente cuando el poseedor no se encuentra directamente en posesión del predio, circunstancia que es aprovechada por los usurpadores, para ingresar sin mayor problema en el terreno, de ahí que la ocurrencia de este tipo de hecho sea estadísticamente mayor.

En ese sentido, a modo de referencia, se tiene la sentencia recaída en el expediente N° 2005-1113-0-1903-JR-PE-04, expedido por el Cuarto Juzgado

Penal de Maynas, la misma que en los hechos imputados, describe lo siguiente: *"Que con fecha 18 de octubre del 2004, los denunciados (...), aprovechando la ausencia del agraviado, despojaron a este de la posesión de su inmueble, ingresando violentamente, siendo que a efectos de consumir el ilícito penal denunciado, forzaron y destrozaron la puerta de madera de ingreso a dicha vivienda, siendo que igual suerte corrió una construcción también de material rústico, además los denunciados destruyeron los bienes muebles que existían en la vivienda al momento de su ingreso (cama, colchón, almohada, mesa de madera, etc.)"*.

Del mismo modo, se tiene la sentencia recaída en el expediente N° 1956-2006-0-1903-JR-PE-05, del Quinto Juzgado Penal de Maynas, la cual se pronuncia sobre los siguientes hechos: *"Que el 31 de enero del 2006, el agraviado interpuso denuncia por haber sido despojado de su vivienda, en donde los investigados arremetieron e invadieron el inmueble, para luego hacer entrega del lote a otra persona, desarmando la choza de material rústico que la agraviada tenía en dicho terreno, por lo que el personal policial realizó la constatación respectiva"*.

En cambio, no se aprecia que se registra un alto índice de despojos mediante violencia ejercida contra la persona, y ello puede deberse a que la habitación del predio importa una mayor dificultad para la comisión del ilícito.

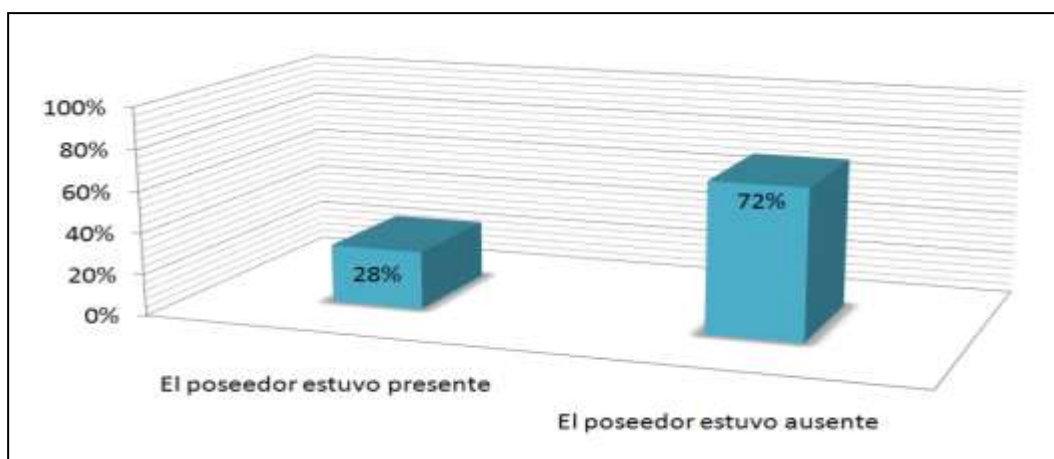
A modo de ilustración, tenemos la sentencia recaída sobre el expediente N° 1466-2009-0-19033-JR-PE-02, expedida por el Segundo Juzgado Penal de Maynas, la cual detalla como sucesos, los siguientes: *"Que, a las 10:00 horas del día dieciséis de octubre del 2007, el denunciado (...) acompañado de su conviviente [otras] personas, ingresaron violentamente a la casa de la denunciante en la cual domicilio conjuntamente con su conviviente (...) con la ex profesa intención de despojarlos, pues los primeros denunciados consideran que es de su propiedad, es así que después de haber ingresado empezaron a arrojar a la calle las pertenencias de los agraviados, y procedieron también a desclavar los compartimientos de la construcción, momentos en que llegaron miembros de la Policía Nacional impidiendo que*

los denunciados lograran su propósito, no habiéndose consumado el desalojo y frente a la resistencia que opusieran los agraviados, [los investigados] les generaron lesiones leves conforme resulta del Certificado Médico Legal (...)".

2. Sobre la situación fáctica del poseedor al momento de ocurrido los hechos.

Tabla y Figura N° 22

| CATEGORIA | N° SENTENCIAS | (%) |
|--|---------------|------|
| El poseedor estuvo presente en el inmueble | 5 | 28% |
| El poseedor estuvo ausente en el inmueble | 13 | 72% |
| TOTAL | 18 | 100% |



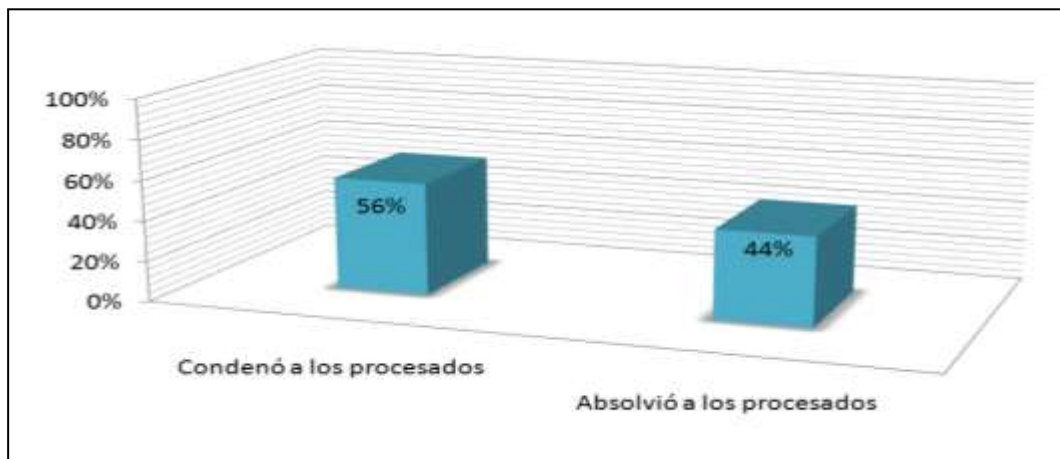
INTERPRETACIÓN: Se aprecia del cuadro anterior que, al igual que ocurre con el análisis efectuado anteriormente, en la mayoría de los casos en que se denuncia y se califica el delito de usurpación, el poseedor no se encontraba presente en el predio, circunstancia que facilitaba en gran medida la ejecución típica por parte del agente. Así tenemos, que en un 72% de la muestra, el poseedor estuvo ausente.

Como contraparte del análisis, se aprecia que en un 28% de los casos, el poseedor estaba presente al momento de la comisión del delito. Este bajo índice cuantitativo, expresa que los ingresos ilegítimos, no suelen ocurrir en mayor medida cuanto el posible agente se encuentra ante un predio habitado.

3. Respecto al fallo del Juez Penal.

Tabla y Figura N° 23

| CATEGORIA | N° SENTENCIAS | (%) |
|---------------------------|---------------|------|
| Condenó a los procesados | 10 | 56% |
| Absolvió a los procesados | 8 | 44% |
| TOTAL | 18 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Del análisis del presente cuadro se puede apreciar que existe una distribución casi equitativa de la muestra, con una ligera incidencia hacia los casos en que se produjo una condena de los procesados. Así tenemos que el 56% de los casos analizados concluyeron condenando a los agentes del delito, en tanto que un 44% arribó a una sentencia absolutoria.

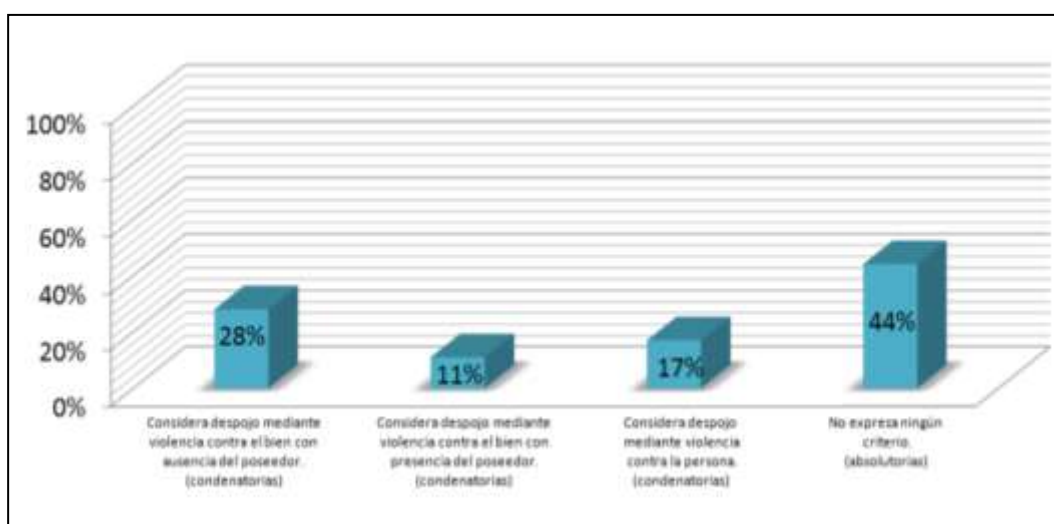
Los motivos por los que se efectuó una condena, son variados, siendo que en algunos casos se demostró que efectivamente se efectuó el despojo, concurriendo destrucción del inmueble (entendido como violencia los bienes) y en otros, violencia contra las personas.

Respecto a las sentencias absolutorias, del mismo modo, los criterios adoptados son variados, teniendo entre los más destacados, de un lado, la no acreditación del ejercicio de la posesión, y por otro, la falta de elementos probatorios que determinen el desarrollo de la conducta típica y la individualización de los presunto autores del ilícito.

4. Respecto a los criterios del Juez al momento de emitir sentencia.

Tabla y Figura N° 24

| CATEGORIA | N° SENTENCIAS | (%) |
|--|---------------|------|
| Considera despojo mediante violencia contra el bien con ausencia del poseedor | 5 | 28% |
| Considera despojo mediante violencia contra el bien con presencia del poseedor | 2 | 11% |
| Considera despojo mediante violencia contra la persona | 3 | 17% |
| No expresa ningún criterio. | 8 | 44% |
| TOTAL | 18 | 100% |



INTERPRETACIÓN: Efectuando el análisis del cuadro precedente, se aprecia la incidencia de un 28% de casos en los que el juzgador consideró pasible de condena, el despojo mediante violencia contra el bien en ausencia del poseedor; en tanto que un 11%, los jueces consideraron como criterio condenatorio, el despojo con violencia contra el bien en presencia del poseedor. Además de ello, existe un 17% de sentencias en las que el criterio que primó fue condenar a los responsables por haber incurrido en el despojo mediante violencia contra la persona. Finalmente, se aprecia un elevado 44% de sentencias en las que no se adoptó ningún criterio, debido a que el juzgador consideró que las pruebas recabadas en el proceso, no resultaron suficientes para enervar la presunción de inocencia de los encausados.

En ese sentido, contrastando los resultados de la muestra con nuestra hipótesis de investigación, consideramos que en el 28% de los casos (primera variable), se arribó a una condena sobre hechos atípicos, puesto que en aquellos casos, se pudo observar que al momento del despojo, no estuvo presente el poseedor, ocasionándose diversos tipos de destrozos, tanto al interior del inmueble como en los linderos del mismo, actos que en nuestra opinión, no estaban revestidos de un carácter penal, puesto que no configuraban ninguna de las modalidades de usurpación vigentes. Sin embargo, el legislador, bajo un criterio que consideramos erróneo, incluye adicionalmente, como destinatario de la violencia, a los bienes, vulnerando de este modo, el principio de *ultima ratio* del derecho penal, por cuanto la acción de defensa posesoria regulada en el artículo 920° del Código Civil, ofrecía el mismo nivel de satisfacción.

Por otro lado, se aprecia un 11% de la muestra en que se condenó el despojo mediante violencia contra el bien, en presencia del poseedor. En este caso consideramos que el magistrado consideró que la destrucción del predio en el momento en que está siendo habitado por el poseedor, constituye de manera llana, una mera violencia contra el bien, cuando en realidad -a nuestro criterio- y haciendo una interpretación más intensiva de los hechos, de lo que se trata en realidad es un despojo mediante amenaza contra el poseedor, a fin de coaccionarlo mediante dichos actos materialmente violentos, a que abandone el predio que ocupa.

En cuanto a la tercera variable, se advierte que un 17% de la muestra obtenida versó sobre sentencias condenatorias que consideraron el criterio de que el despojo mediante violencia sólo debía recaer sobre la persona. Ahora bien, de estas tres sentencias, sólo una de ellas (de los 10 fallos condenatorio -ver tabla N° 23-), adecuó correctamente -de acuerdo a nuestro criterio- los hechos al tipo penal de usurpación previsto en el inciso 2 del artículo 202° del Código Penal, en tanto que en las dos sentencias restantes, se sustanciaron hechos referidos a la destrucción del inmueble con el fin de ingresar en el, en ausencia del poseedor. Ambos hechos fueron calificados y condenados por los magistrados como

usurpación mediante destrucción y alteración de linderos (inciso 1 el artículo 202° del Código Penal). En ese sentido, consideramos que en estos dos casos, también se efectuó una incorrecta subsunción del hecho al tipo penal, toda vez que la doctrina jurídica dominante establece que la conducta para la configuración de esta modalidad, solo puede ser ejecutada por el colindante; sin embargo creemos que en los referidos casos, lo que pretendió el juez al momento de condenar estos hechos, es ampliar discrecionalmente la barrera permitida a efectos de evitar la impunidad.

4. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

H = La violencia ejercida contra el bien como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, vulnera el principio de ultima ratio del Derecho Penal.

Tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el derecho positivo tanto a nivel nacional como internacional, los acuerdos jurisdiccionales emitidos en diversos distritos judiciales, lo opinado por nuestros encuestados y entrevistados, y del estudio de las sentencias judiciales, podemos afirmar que la hipótesis planteada en nuestra investigación ha sido comprobada, por los siguientes:

1. El pronunciamiento de la Corte Suprema, en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 5001-1997-Lima, el cual establece lo siguiente: *«El delito de usurpación en la modalidad de despojo se consuma cuando el autor arrebató la posesión de un inmueble a la persona del agraviado utilizando para tal fin medios violentos, amenazas, engaños o abuso de confianza; debiendo ser tales medios suficientes y eficaces a fin de distorsionar la voluntad del sujeto pasivo. En tal sentido si del estudio y evaluación de pruebas actuadas en la instrucción no se ha probado el estado de posesión previa del agraviado con respecto del bien, no se halla acreditado el delito».*

2. El pronunciamiento de la Corte Suprema, en la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad N° 3536-98-Junín, donde se determina lo siguiente: *"Que de otro lado no solo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de las facultades que tiene su origen en los derecho reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los medios señalados en la descripción típica del 202° del Código Penal"*.
3. El acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno, realizado el 19 de agosto de 2009, en donde se aprobó por unanimidad la «Primera Ponencia», la cual postuló que: *«El comportamiento delictivo tanto en el despojo de la posesión por violencia como en la turbación de la posesión de la violencia, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o fuerza física, despoja al sujeto pasivo de la posesión o tenencia del total o una parte de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, o turba la posesión. La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarle su inmueble o turbar su posesión sobre el mismo. Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima. El autor agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima»*.
4. El acuerdo adoptado en el Primer Pleno Fiscal en materia penal y procesal penal del Distrito Judicial de Puno, realizado el 06 de agosto de 2010 en donde se adoptó por mayoría la primera postura, teniendo como fundamentos básicamente los siguientes: *«Por violencia debe entenderse la acción ejercida en contra de una persona, por la cual se trasgrede su integridad física, anulando la capacidad de resistencia de la víctima y doblegarla; por otra parte, existen principios limitadores del Derecho Penal, como son el Principio de Intervención Mínima y el Principio de Ultima Ratio, los cuales tienen como principal finalidad*

evitar que se invoque el Derecho Penal ante cualquier situación, pues este protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión, al que se debe recurrir cuando todos los demás medios de control social como es la vía civil, donde se regulan los interdictos, las acciones posesorias, la acción de reivindicación, entre otros. Con relación a la gravedad, esta se presenta cuando la violencia ha sido ejercida contra la persona, más no así contra las cosas».

5. Asimismo, nuestra hipótesis de ve respaldada por diversa doctrina nacional, entre las que se destacan Tomás Aladino Gálvez Villegas y Walter Javier Delgado Tovar, quienes sostienen lo siguiente: *«La violencia, es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona, para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, en este caso, referida a la defensa de la posesión o tenencia de un inmueble (...). Mayoritariamente la doctrina considera que la violencia requerida por el tipo no sólo puede ser la ejercida contra las personas, sino también sobre las cosas (...) Obviamente, este criterio (...) resulta discutible (...), puesto que nuestra norma señala “El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza...”, de donde se puede apreciar claramente que estos medios comisivos deben ser dirigidos contra las personas y no sobre las cosas, pues no se puede amenazar, engañar o abusar de la confianza de las cosas. Aun cuando en el caso de “violencia”, este medio puede emplearse contra las personas o contra las cosas (en este caso los inmuebles, sus linderos o sus accesorios), sin embargo, al interpretar los medios comisivos en forma conjunta, la conclusión más estricta, es la que descarta las cosas, también para el caso de “violencia”».*
6. De igual forma, autores como James Reátegui Sánchez y Carlos Samuel Espejo Basualdo, señalan lo siguiente: *«La violencia se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona suficiente para vencer su resistencia. Con respecto a la violencia*

podemos decir (...) que está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatárselo o despojarlo de un inmueble.

7. En igual sentido, refiere Muñoz Conde que *“La acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas. Los términos violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación, lo contrario supone una imputación atípica o que constituye otro delito”.*
8. Por su parte, Paredes Infanzón sostiene que *“la violencia en el despojo es entendida como violencia física sobre las personas; es la aplicación de una energía que puede estar dirigida a anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima, neutralizando su capacidad discrecional”.* Esto significa que no concurre el elemento normativo de “violencia” que exige para su configuración el tipo penal de usurpación, por lo cual, el hecho, resulta también ser atípico.
9. Bajo la misma línea, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, precisa que: *«(...) el despojo mediante “violencia”, (...) importa el uso de una fuerza física suficiente por parte del agente para poder desocupar al poseedor o al tenedor del bien inmueble que pretende ocupar. Vis absoluta que recae sobre los bienes jurídicos personalísimos de la víctima, esto es, la libertad personal y/o su integridad física; debe tratarse del despliegue de una fuerza muscular lo suficientemente idónea como para poder reducir al máximo los mecanismos de defensa del sujeto pasivo, en el sentido de poder neutralizarla y, así poder ocupar el bien inmueble».*
10. Del mismo criterio es Ramiro Salinas Siccha, quien hace las siguientes precisiones: *«La violencia, conocida también como la vis absoluta, vis corporalis o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatárselo o despojarlo de su inmueble. Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima. El autor o agente recurre al despliegue de*

una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima».

11. Continuando con el razonamiento, el jurista chileno Alex Van Weezel señala que *«Las figuras de ocupación y usurpación establecidas en la ley son básicamente cuatro: (i) La ocupación de una cosa corporal inmueble usando de violencia en las personas. La violencia puede ser ejercida al momento de ingresar en la propiedad, al momento de expulsar al legítimo poseedor o tenedor del inmueble en el que ya se ha ingresado, o para repeler al legítimo poseedor o tenedor cuando el ingreso en el inmueble se ha verificado en su ausencia (artículo 457 inciso 1º) (ii) La usurpación de un derecho real constituido sobre un inmueble, que consiste en la sustitución del legítimo poseedor o tenedor en las actividades de aprovechamiento material de la cosas sobre la que derecho recae, empleando para ello violencia en las personas (art. 457 inciso 1º). (iii) La ocupación de una cosa corporal inmueble o la usurpación de un derecho real inmueble, siempre que el autor sea el dueño o poseedor regular de la cosa, que emplee violencia en las personas y, además, que el sujeto pasivo ostente un derecho aparente (art. 457 inciso 2º). (iv) Por último, el art. 458 sanciona las conductas de ocupación y usurpación señaladas precedentemente, pero cuando el autor no ha usado de violencia en las personas».*

12. Por su parte, los doctrinarios españoles Gonzalo Quinteros Olivares y Fermín Morales Prats, respecto al delito de “usurpación violenta”, refieren que *«(...) La característica determinante es el uso de la violencia en su doble forma de violencia física y violencia intimidatoria, cuyo significado es el mismo que el de la violencia en el delito de robo (...). Pero esa violencia, en el delito de usurpación, tiene un carácter determinante, ya que su ausencia no se corresponde, en cuanto a efectos, con una relación como la que media entre robo y hurto, sino que puede, en muchos casos, determinar la atipicidad».*

13. En ese mismo sentido, se tiene la opinión del argentino Alejandro C. Toledo, quien precisa que en el delito de usurpación, “la violencia contra los bienes”, desde una perspectiva del principio de estricta legalidad y ultima ratio, configura una conducta atípica, por no encuadrar dentro de los medios comisivos requeridos por la figura; debiéndose descartar de plano la asimilación de dicho concepto con el de fuerza las cosas.
14. Igualmente, nuestra hipótesis encuentra sustento en lo regulado positivamente en los códigos penales de los siguientes países: España, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Chile, Honduras, Panamá y Costa Rica. Los cuales, a modo de síntesis, señalan que la violencia, como aspecto normativo, y en base a la hermenéutica sistemática, debe ser entendida como aquella *vis absoluta, vis corporales* que se representa como una fuerza material que realiza el agente y que se efectúa sobre alguien que opone resistencia.
15. Además, en atención a los fundamentos señalados precedentemente, del análisis y evaluación de las sentencias, se ha podido advertir un porcentaje significativo de fallos (28%) en los que se ha condenado a los procesados por hechos que resultan atípicos de acuerdo a la hipótesis que se comprueba en esta investigación, como se puede apreciar en la tabla N° 24.
16. En la misma perspectiva, de las entrevistas realizadas a los magistrados, se ha podido extraer la conclusión de que un 53% de fiscales y un 83% de jueces, consideran que la defensa posesoria regulada en el artículo 920° del Código Civil, constituye una medida más eficaz para proteger la posesión ante el despojo.
17. Finalmente, nuestra hipótesis se comprueba a través del análisis realizado de las encuestas a diferentes magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, de las cuales se extrae la conclusión que un 42% de los jueces y un 47% de los fiscales, consideran que la violencia debe ser ejercida solo contra la persona; si bien no resulta

un porcentaje mayoritario en cada muestra, sí importa un índice significativo que permite inferir que aún no existe un consenso definitivo en los magistrados respecto a este punto, pese a que mediante Ley N° 30076, el legislador introdujo un párrafo adicional al artículo 202° del Código Penal que consignaba claramente que la violencia podía recaer indistintamente sobre las personas y los bienes.



CONCLUSIONES

1. El bien jurídico protegido en el delito de Usurpación está dado por el uso y goce pacífico de un inmueble, representado ello en el ejercicio de la posesión, tenencia o de los derechos reales a los cuales realiza una remisión el precepto contenido en el artículo 202° del Código Penal. Así, corresponde afirmar que no se protegerá a quien sea titular de ellos –es decir, a quien detente el derecho a la posesión, tenencia o a poder ejercer un derecho real previamente constituido-, sino a quien lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de los mismos y luego se vea privado de ellos de la forma como lo dispone la letra legis.
2. Del texto de la modalidad delictiva en análisis (inciso 2 del artículo 202° del Código Penal), se desprende que se encuentra reprochada penalmente la conducta de quien despoje a otro; es decir, el delito consiste en **despojar** a otro, total o parcialmente de la posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre un inmueble. “Despojo” implica excluir, desposeer o quitar a una persona de la ocupación de un inmueble; este puede ser total o parcial. Es parcial cuando se priva al poseedor de la tenencia de parte del inmueble que ocupa, por ejemplo, cuando se despoja a la víctima de la posesión de un ambiente de un inmueble que posee en su totalidad.
3. Dada la forma como se encuentra redactada la norma penal, los medios comisivos allí previstos (violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza) revisten el carácter de taxativos; es decir, que no podrá cometerse este delito si no lo es mediante la utilización de alguno de ellos.
4. La violencia (medio comisivo materia de esta investigación) es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona, para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, en este caso, referida a la defensa de la posesión o tenencia de un inmueble. Como medio comisivo, está conceptualizada en la fuerza material que desarrolla el sujeto activo, que le permite arrebatar o despojar al agraviado del derecho de posesión u otro

derecho real sobre el inmueble. Así, esta energía física que desarrolla el sujeto activo (violencia), debe recaer necesaria y exclusivamente sobre la integridad corporal del agraviado, para vencer su voluntad y resistencia a ejercer el derecho de posesión y otro derecho real sobre el inmueble. No obstante, existe un sector en la doctrina que consideran que también puede recaer sobre el objeto material (el inmueble), en ausencia del agraviado.

5. Un sector de la doctrina considera que la violencia debe de recaer sobre la persona de la víctima, y efectúa una interpretación dogmática y concordante con la utilización de los otros medios comisivos (amenaza, engaño y abuso de confianza), pues estos conceptos normativos están orientados a afectar el ámbito cognitivo de la víctima, descartando aplicar estos conceptos sobre el inmueble.
6. En cambio, otro sector de la doctrina considera que la violencia puede recaer, además, sobre la cosa (el inmueble) como objeto material sobre el que se ejerce el derecho de posesión u otro derecho real. No obstante, este criterio tiene el inconveniente de efectuar una interpretación asistemática de los elementos normativos de “amenaza, engaño y abuso de confianza”, pues sobre el inmueble no puede desplegarse estas distorsiones cognitivas.
7. Jurisprudencialmente, en el Distrito Judicial de Loreto, provincia de Maynas, -antes de la modificatoria- se han adoptado ambas posiciones; por lo tanto no existió un criterio predominante al momento de interpretar el sentido u objeto sobre el cual debía recaer la violencia para la configuración de la modalidad en estudio (sea personas y bienes), las decisiones judiciales variaron de acuerdo a la posición particular del Juzgador, apoyada en precisiones dogmáticas y acuerdos plenarios jurisdiccionales de otros distritos judiciales.
8. En el Distrito Judicial de Loreto, provincia de Maynas existe un número significativo de sentencias condenatorias que versaron sobre hechos atípicos, puesto que en el acto de despojo, no estuvo presente el poseedor, ocasionándose diversos tipos de destrozos, tanto al interior

del inmueble como en los linderos del mismo, actos que no estaban revestidos de un carácter penal, al no configurar ninguna de las modalidades de usurpación vigentes, vulnerando de este modo, el principio de *ultima ratio* del derecho penal, por cuanto la acción de defensa posesoria regulada en el artículo 920° del Código Civil, ofrecía el mismo nivel de satisfacción.

9. Existe un relativo consenso entre los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, para considerar que la figura de la defensa posesoria regulada en el artículo 920° del Código Civil, modificado por Ley N° 30230, constituye una medida más eficaz para la resolución del conflicto cuando nos encontramos ante un despojo que no implique lesión de la integridad de la persona.



RECOMENDACIONES

1. Redefinir la conducta típica descrita en el artículo 202° del Código Penal que prescribe que el despojo puede recaer indistintamente sobre la persona y el bien, suprimiendo el segundo párrafo de dicho artículo, incorporado mediante Ley N° 30076, a efectos de que se considere como único destinatario de la violencia a la persona.
2. Redefinir la conducta típica descrita en el artículo 202° del Código Penal a efectos de que el inciso cuatro del referido artículo, sobre actos clandestinos, sea reconducido al inciso dos, como una de las modalidades comisivas del despojo.
3. Redefinir la acción típica descrita en el artículo 202° del Código Penal, a efectos de que se excluya la conducta de "destrucción de linderos" contenida en el inciso uno. Con esta modificación, aquellas situaciones que impliquen una destrucción de linderos serán evaluadas, si la destrucción se produjo en presencia del poseedor, como despojo mediante amenaza; en cambio, si la destrucción se produjo en su ausencia, serán consideradas como despojo mediante actos clandestinos. Con esta clara delimitación, se interpretaría de manera inequívoca que la alteración de linderos, solo puede ser ejecutada por el colindante.
4. Recomendar a los profesionales del Derecho que ejercen la defensa de los poseedores en los casos de usurpación, a utilizar el mecanismo más apropiado para la resolución del conflicto que se le plantea, el cual conforme se ha demostrado en la presente investigación, es el de invocar la defensa posesoria extrajudicial recogida en el artículo 920° del Código Civil, en estricta aplicación del principio de *ultima ratio*, sin perjuicio de que se pueda recurrir al derecho penal, cuando se produzca una lesión mayor al bien jurídico protegido (el ejercicio de la posesión).
5. Frente a las evidencias encontradas, planteamos un proyecto de ley modificatorio del Código Penal, que redefiniría el artículo 202°, en los términos siguientes:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 202° DEL CÓDIGO PENAL, MODIFICADO MEDIANTE LEY N° 30076

Exposición de motivos

Antecedentes de la propuesta

Mediante Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los niños y adolescentes, y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013, se aprobó un conjunto de normas con el fin de insertar modificaciones en la legislación sustantiva y procesal las cuales buscan fortalecer la lucha tenaz contra los delitos que afectan el patrimonio y a la persona. El 20 de agosto del año 2013, se publicó la Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, como se puede advertir, dicha norma establece dentro de sus supuestos, al tipo penal de usurpación inmobiliaria en las modalidades establecidas en los artículos 202° y 204° del Código Penal. Esto significa que el delito de usurpación actualmente se encuentra considerado como crimen organizado, reconociéndose que tal modalidad ilícita incluso puede ejecutarse con el concurso de un colectivo que actúa de manera concertada con el objeto de realizar las acciones delictivas mediante una estratificación dentro de la organización, para procurarse directa o indirectamente un beneficio económico ilegítimo.

Para entender qué se entiende por criminalidad organizada, es útil recurrir a la definición que elabora la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, cuando sostiene: *"Que grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material"*.

Fundamentos de la propuesta

La Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Dicha disposición origina el compromiso de que se garantice que los demás derechos se encuentren protegidos para que la persona puede desarrollar una vida plena y con seguridad.

El propósito del presente proyecto es contribuir, a través de los aportes proporcionados en esta investigación, a que el operador jurídico pueda calificar y sancionar de una forma más precisa cada una de las conductas ilícitas que se manifiestan en los actos de usurpación, logrando de esa manera una mayor eficacia en la administración de justicia.

Análisis costo-beneficio

La presente iniciativa legislativa no generará costo alguno al erario nacional, por el contrario, permitirá evitar controversias en torno la correcta aplicación de la norma penal relativa a este artículo, evitando de esta manera pronunciamientos disímiles sobre hechos similares, y al mismo tiempo zanjar su controversia a nivel doctrinario.

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 202° DEL
CÓDIGO PENAL, MODIFICADO MEDIANTE LEY N° 30076**

FÓRMULA LEGAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la siguiente ley:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 202° DEL CÓDIGO PENAL,
MODIFICADO MEDIANTE LEY N° 30076**

Artículo Único. Modificación del artículo 202° del Código Penal, modificado por Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los niños y adolescentes, y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

Modifícase el artículo 202° del Código Penal, modificado por Ley N° 30076, el cual queda redactado bajo el siguiente texto:

Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que para apoderarse de todo un inmueble o parte de él, altera los linderos o límites.
2. El que ejerciendo violencia contra la persona, o mediante amenaza, engaño, abuso de confianza o actos clandestinos, despoja a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él.
3. El que con violencia o amenaza contra la persona turba la posesión o tenencia de un inmueble.



FUENTES

Bibliografía

1. ABASTOS HURTADO, Manuel G. en "*Derecho Penal- Parte Especial*". U.N.M.S.M., Lima. 1980.
2. ARTEAGA NAVA, Elisur, "La interpretación constitucional". Universidad Autónoma Metropolitana, México. N° 31, 1995.
3. ASECIO MELLADO, J.M. "Derecho Procesal Penal". Tirant lo Blanch. Valencia 2003.
4. ATIENZA, Manuel. "El sentido del derecho". Barcelona 2001.
5. BACIGALUPO, Enrique. "*Derecho Penal. Parte General*". ARA Editores. 1° Edición. Perú. 2004.
6. BECCARIA, Cesare. "Tratado de los delitos y de las penas". Ed. Latinoamericana. Estudio Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. 2da. Ed. México 1994.
7. BORDA, Guillermo. "Tratado de derecho civil. Derechos reales I". Ed. Perrot, Bs.As. 1984.
8. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "*Lecciones de la Parte General y el Código Penal*". Edit. San Marcos. Lima 1998.
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO María Del Carmen. "*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*". 3° Ed. Aumentada y actualizada. Lima. 1997.
10. BUSTOS RAMIREZ, Juan J. "*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*". Editorial Ariel S.A. 2° Ed. Barcelona 1991.
11. CALAMANDREI, Piero. "Instituciones del derecho procesal civil". Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1943.

12. CAPELLA, Juan Ramón. "El derecho como lenguaje. Un análisis lógico". Barcelona 1968.
13. CAPELLA, Juan Ramón. "Elementos del análisis Jurídico". Barcelona 1999.
14. CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal. Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
15. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "Instituciones de Derecho civil", Lima, 1952.
16. CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, "La protección interdictal", Ed. Colex, Madrid, 1986.
17. CARO CORIA, Dino Carlos, "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: Revista Themis, N° 35, Lima, 1997.
18. CARO CORIA, Dino Carlos, "Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos". En Revista Themis, N° 37, Lima, 1998.
19. CARNELUTTI, Francesco. "Instituciones en el nuevo proceso civil". 4° Ed. Roma. 1951.
20. CREUS, Carlos. "*Derecho Penal. Parte Especial*", Tomo I.
21. CUADROS VILLENA, Carlos. "Derechos Reales". Tomo II. Primera Edición. Edit. Rodhas-1995.

22. DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, "Manual de derechos reales", T.E.A. Bs. Aires, 1962.
23. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María, "Tipicidad e imputación objetiva", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
24. DÍEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Vol. II. Ed. Tecnos, Madrid 1986.
25. Diálogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Edición N° 186-Marzo 2014.
26. DONNA, Edgardo Alberto. "*Derecho Penal- Parte Especial*". Tomo II-B. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1999.
27. Franz Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". 1881
28. FEIJÓO, Bernardo, "Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado". Editorial Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003.
29. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Temis Editorial, 2002.
30. FONTAN BALESTRA, Carlos. "*Derecho Penal. Parte Especial*". 14° Ed. 2004.
31. FRIEDRICH ENGELS. "*El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*".
32. FRÍAS CABALLERO, Jorge. Imputabilidad penal. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981.
33. Gaceta Jurídica & Procesal Penal N° 02, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009.
34. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walthier Javier. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Tomo II. Juristas Editores. 1° Edición. Mayo 2012.
35. GARCÍA CAVERO, Percy, "Derecho Penal económico. Parte General". Ara Editores, Lima, 2003.
36. GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco. "El derecho y justicia". Madrid 1996.
37. GONZALES RUSS, Juan José. "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" Tomo I.
38. HART, Herbert. "El concepto del derecho". Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires 1963.
39. HURTADO POZO, José/ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "*Manual de Derecho Penal. Parte General*". Tomo I. IDEMSA. 4° Edición. Perú. Agosto 2011.
40. Jakobs, Gunther, "El concepto jurídico-penal de la acción". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 3, Lima, 1994.
41. KAUFMANN, Armin, "Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna". Depalma, Buenos Aires, 1997.
42. KINDHAUSER, Urs. "La fidelidad del derecho como categoría de la culpabilidad". En: Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal N° 1, Lima, 2000.
43. LAQUIS, Manuel Antonio, "Derechos reales - Parte general", Ed. Depalma, Bs. Aires, 2000.
44. LAFAILLE, Héctor. "Tratado de los derechos reales", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1943.

45. LARENZ, Karl. "Metodología de la ciencia del derecho", traducido por Enrique Gimbernat, 2da ed. Barcelona 1966. Traducción de la 4ta ed. alemana por Rodríguez Molinero, Barcelona 1980.
46. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
47. LUZÓN PEÑA, Diego, "Curso de Derecho Penal, Parte General", 2da Edición, Universitas, Madrid, 1999.
48. MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal" Argentino, tomo I, volumen B. Editorial Hammrabi.
49. MARÍN, Jorge Luis, *El Código Penal Argentino*, Zavallía, Buenos Aires, 1997.
50. MONROY PALACIOS, José. "Teoría Cautelar". Ed. Comunidad, 2002.
51. MUÑOZ CONDE, Francisco. "*Teoría General del Delito*", Temis, Bogotá, 1990.
52. NOGALES, Inés, "El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. La Ley, Madrid, 2007.
53. ORTS BERENGUER, Enrique. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "*Compendio de Derecho Penal. Parte General*". Editorial Tirant to Blanch. 3º Edición. Valencia 2011.
54. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, "El riesgo permitido en Derecho Penal". Ministerio de Justicia Interior. Madrid, 1995.
55. PAREDES INFANZON, Jelio. "*Delitos contra el patrimonio*". Gaceta Jurídica. 2º Edición. Perú. Diciembre 2000.
56. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general". 2da Ed. Lima 1995.
57. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra el Patrimonio. Tomo II-A. Ediciones Jurídicas. Lima 1995.
58. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "*Derecho Penal. Parte General*". Tomo II. IDEMSA. 3º Reimpresión. Perú. Abril 2011.
59. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "*Curso Elemental de Derecho Penal. Parte General I*". Editorial San Marcos. 3º Edición. Perú. Marzo 2011.
60. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "Manual de Derecho Procesal Penal, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal. Ediciones Legales. Lima 2011.
61. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Comentarios al Código Penal de 1991. Lima, Alternativas, 1993.
62. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo ét ál. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2º Ed. Aranzadi Navarra, 2000.
63. QUISPE LABRA, J. "La violencia en el delito de usurpación regulado en el Código Penal". En Gaceta Jurídica & Procesal Penal N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2013.
64. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "*Cuándo un caso es penal y no civil: casos complejos en la jurisprudencia*". Diálogo con la jurisprudencia. 1º Edición. Perú. Febrero 2012.
65. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Instituto Pacífico Ed. 2014. Lima. P. 172.

66. Reátegui Sánchez, James / Espejo Basualdo, Carlos Samuel. "El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano", Jurista Editores, Lima 2012.
67. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid N° 29- 30 de diciembre de 2009.
68. REYES ECHANDÍA, Alfonso, "Derecho Penal. Parte General", 11° Ed, Themis, Bogotá, 1987.
69. ROCA AGAPITO, Luis. "La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años". Repertorio de Jurisprudencia num. 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi. 2000.
70. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Madrid. Ed. Civitas. 1978.
71. ROSS, Alf. "Sobre el derecho y la justicia", traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires 1970.
72. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
73. ROXIN, Claus, "Acerca del fundamento penal de la tentativa". En: Dogmática Penal y Política Criminal. Idemsa, Lima, 1997.
74. SÁINZ CANTERO, José Antonio. "Lecciones del derecho penal. Parte general". 3era Ed. Barcelona. Bosch. 1990.
75. SALINAS SICCHA, Ramiro. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Vol. II. 4° Edición. Editorial Iustitia. Lima 2010.
76. SALINAS SICCHA, Ramiro. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Vol. II. 4° Edición. Editorial Iustitia. Lima 2010.
77. SEGURA GARCÍA, "Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada insanity defense". En: Cuadernos de Política Criminal N° 58, 1996, Madrid, 1996.
78. SENTIS MELENDO, Santiago. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1979.
79. SICHES, Luis. "Introducción al estudio del derecho". 7ma. Ed. México 1985.
80. SIERRA, Hugo y CÁNTARO, Alejandro Salvador. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2005.
81. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Aberratio ictus e imputación objetiva". En: Estudios de Derecho Penal.
82. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Normas y acciones en Derecho Penal", Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
83. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre los movimientos compulsivos y el concepto jurídico penal de la acción". En: Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2004.
84. SOLER, Sebastian. "Interpretación de la ley". Barcelona 1962.
85. TORIO LÓPEZ, Ángel, "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de 'enajenación'". En Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez – Victoria. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983.
86. TORRES GÓMEZ, ANTONIO. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO". 2DA. ED. GUANAJATO. MÉXICO. UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO, DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1993.

87. TORRES VASQUEZ, Aníbal. "Derechos Reales", Tomo I, Ed. Idemsa, Lima 2006.
88. VALLES MUÑOZ, José Manuel "Delito de Estafa y Delimitación Jurídico-Penal". Editorial Bosch. Barcelona.
89. VARSÍ, Enrique. "Tratado de derechos reales. Teoría general de los derechos reales, Tomo I". Instituto de Investigación científica de la Universidad de Lima, 2014.
90. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "*Manual de Derecho Penal. Parte General*". Temis, Bogotá. 2002.
91. VERNENGO, Roberto J. "Interpretación del derecho". En Ernesto Garzón Valdés, y Francisco Laporta. "El derecho y justicia". Madrid 1996.
92. VILLA STEIN, Javier. "*Derecho Penal. Parte General*" 1° Ed. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
93. VILLA STEIN, Javier. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Tomo I-A. Lima, 1997.
94. VILLAVICENCIO TERRENOS, Felipe. "*Derecho Penal. Parte General*". Grijley. 3° Reimpresión. Perú. Marzo, 2009.
95. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Estructura básica del Derecho Penal". Ediar, Buenos Aires, 2009.
96. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. "*Derecho Penal. Parte General*". Buenos Aires, 2000.

Webgrafía

- "*Interpretación de la ley penal*" por Luis Miguel Bramont-Arias Torres.
[<http://blog.pucp.edu.pe/item/24340/interpretacion-de-la-ley-penal>]
- "*La usurpación, ¿de qué cuadro es? ¿Del Civil o del Penal? (Derecho Comparado)*" por Daniel Alejandro Escalante.
<http://www.lexweb.cl/la-usurpacion-de-que-cuadro-es-del-civil-o-del-penal>
- "*Delito de usurpación ¿Violencia contra las personas y/o las cosas?*" por Marinda Marleny Castillo Parisuaña.
<http://www.lexweb.cl/la-usurpacion-de-que-cuadro-es-del-civil-o-del-penal>
- [<http://trabajadorjudicial.wordpress.com/delito-de-usurpacion-%C2%BFviolencia-contras-las-personas-yo-las-cosas/>]
- "Delito de usurpación"
[<http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/delito-de-usurpacion>]
- "*Usurpación: Bien jurídico protegido*"
[http://www.tesisproyectos.com/index.php?option=com_content&task=view&id=325]
- "*El concepto de patrimonio: Bien jurídico protegido*"
[<http://infolimaperu.blogspot.com/2009/01/delitos-contras-el-patrimonio.html>]
- "*Usurpación en casa deshabitada*"
[<http://icajuridica.blogspot.es/1270852986/>]

Soporte virtual

- Diccionario Omeba. CD.
- Sistema Informático de Legislaciones. Editorial Gaceta Jurídica Digital- CD. Edición Julio del 2012.
- Sistema Peruano de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia (Actualizado al 29 de enero de 2013).



ANEXOS

ENCUESTA Y ENTREVISTA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

TEMA: “La violencia ejercida contra la persona y el bien como medio comisivo para la configuración del delito de usurpación en la modalidad de despojo, ¿Vulnera el principio de ultima ratio del Derecho Penal?”

Instrucciones:

Esta es una encuesta y entrevista anónima. A continuación encontrará un conjunto de preguntas seguidas de respuestas alternativas. Lea cuidadosamente cada una de ellas y marque con una equis (X) en el recuadro correspondiente la opción que más se asemeje a su opinión, y sustente la misma, en caso de que la pregunta lo requiera. **POR FAVOR NO DEJE NINGUNA PREGUNTA SIN RESPUESTA.**

JUEZ VOCAL FISCAL FISCAL SUPERIOR

Institución: _____

ENCUESTA

1. ¿Tiene conocimiento sobre el delito de usurpación?

Sí ()
No ()

2. Respecto al bien jurídico en el delito de usurpación -a su criterio- ¿Cuál es el ámbito de protección penal? Marque con “X” la respuesta correcta:

La propiedad. ()
La posesión. ()
El disfrute de los bienes inmuebles. ()

3. Sobre la tipicidad subjetiva en el tipo penal de usurpación. Marque con “X” la respuesta correcta:

El tipo penal no admite la conducta culposa o negligente. ()
El tipo penal no admite tentativa. ()
No requiere estrictamente un ánimo doloso. ()

4. ¿Cree Ud., que es necesario acreditar la titularidad del bien inmueble para ser considerado agraviado en el delito de usurpación?

Si, es necesario. ()
No es necesario. ()

5. ¿Tiene conocimiento sobre la nueva modalidad insertada en el artículo 202 del Código Penal, mediante Ley n° 30076¹, la misma que establece que será “sancionado el autor que ingresa ilegítimamente a un inmueble mediante actos ocultos”?

Sí ()
No ()

¹ Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

ENTREVISTA

1. El inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, antes de su modificatoria, señalaba lo siguiente: “*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*”, al respecto ¿Cree Ud., que la violencia a la cual se hace referencia, debía recaer tanto sobre las personas como sobre los bienes?

Sí, considero ()

No, considero ()

¿Por qué?

Comentario

.....

.....

.....

.....

2. Respecto a la violencia que regula el numeral 2 del artículo 202°, existen perspectivas y criterios interpretativos contradictorios, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, unos autores señalan que la violencia debe ser ejercida sólo contra la persona; otros apuntan que ésta debe ser ejercida contra la persona o la cosa, indistintamente. Como conocedor del sistema jurídico ¿Qué postura considera Ud., que es la más aceptable?

La primera posición. ()

La segunda posición.()

¿Por qué?

Comentario

.....

.....

.....

3. El primer párrafo del artículo 202° (modificado mediante Ley N° 30076), regula el delito de usurpación en sus 4 modalidades: 1. Destrucción o alteración de linderos (numeral 1), 2. Despojo (numeral 2), 3. Turbación de la posesión (numeral 3), y 4. Despojo clandestino (numeral 4); no obstante, el segundo párrafo del mencionado artículo, señala que “*la violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes*”. Al respecto ¿Está Ud., de acuerdo que la violencia deba recaer sobre los bienes?

Sí, estoy de acuerdo.()

No, estoy de acuerdo. ()

¿Por qué?

Comentario

.....

.....

.....

4. Sobre la cuarta modalidad del -reformado- artículo 202° del Código Penal (usurpación clandestina) ¿Cree Ud., que el legislador -al expedir la citada norma- observó el principio de *última ratio* y/o subsidiaridad del derecho penal?

Sí, tomé en cuenta. ()

No, tomé en cuenta. ()

¿Por qué?

Comentario

.....

.....

.....

5. Mediante Ley n° 30230², se modificó el artículo 920° del Código Civil, la referida norma detalla que contamos con un plazo de 15 días –desde que tomamos conocimiento de la desposesión- para repeler la fuerza que se emplee para despojarnos. Al respecto, ¿Cree Ud., que esta normatividad podría ser considerada como una medida más eficaz y representaría una alternativa más eficiente que recurrir a la vía penal?

Sí, considero. ()

No, considero. ()

¿Por qué?

Comentario

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Iquitos, ____ de _____ de 2014.

² Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.