

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**ANÁLISIS Y CRÍTICA A LOS ALCANCES DE LA POSESIÓN EN
EL DELITO DE USURPACIÓN Y LA RESTRICCIÓN A LA
ESTABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA PATRIMONIO Y
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

TESIS

PRESENTADA POR:

RUTH LIZBETH CUTIMBO RODRÍGUEZ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2019

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**ANÁLISIS Y CRÍTICA A LOS ALCANCES DE LA POSESIÓN EN
EL DELITO DE USURPACIÓN Y LA RESTRICCIÓN A LA
ESTABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA PATRIMONIO Y
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

TESIS PRESENTADA POR:

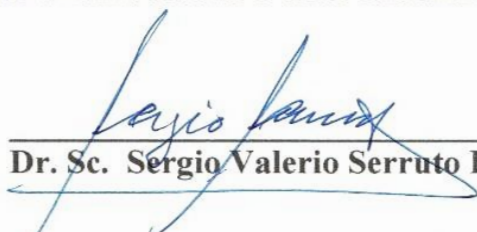
RUTH LIZBETH CUTIMBO RODRIGUEZ

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE:


Dr. Sc. Sergio Valerio Serruto Barriga


PRIMER MIEMBRO:


Abg. Jesús Leonidas Belón Frisancho

SEGUNDO MIEMBRO:


M. Sc. Walter Catacora Mamani

DIRECTOR / ASESOR:


Abg. Julio Jesús Cuentas Cuentas

ÁREA : CIENCIAS SOCIALES
LINEA : DERECHO
SUB LINEA : DERECHO PENAL
TEMA : DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 28 DE OCTUBRE DE 2019

DEDICATORIA

A mis padres y tía por el apoyo incondicional en mi formación universitaria y la ejecución del presente trabajo de investigación.

.

La Autora.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, por ser la casa de estudios donde pude formarme profesionalmente.

A la Escuela Profesional de Derecho y sus docentes por la orientación recibida durante mi formación profesional.

La Autora.

ÍNDICE GENERAL

Índice de Acrónimos

Resumen	8
Abstract	10
I. Introducción	11
1.1. Problema de Investigación	13
1.2. Pregunta General	15
1.2.1. Preguntas Especificas	15
1.3. Objetivo General	15
1.3.1. Objetivos Especificos	15
1.4. Justificacion de la Investigacion	15
II. Revisión de Literatura	18
2.1. Antecedentes de la Investigación	18
2.1.1. A Nivel Internacional	18
2.1.2. A Nivel Nacional	21
2.2. Marco Teórico	23
2.2.1. Delito de Usurpación: Definición	23
2.2.2.1. El Bien Juridico Protegido en el delito de Usurpación ...	25
2.2.2.2. Posesión: Definición	27
2.2.2.3. Ius Possidendi E Ius Posseionis	29
2.2.2.4. Posesion en Materia Penal	30
2.2.2.5. Posesion Legitima e Ilegitima	32
2.2.2. Alcances de la Posesion en la Jurisprudencia peruana	34
2.2.3. Derecho al Patrimonio	36
2.2.3.1. Derecho de Propiedad	41
2.2.3.2. Derecho de Posesion	43
2.2.4. Principio de Proporcionalidad de Pena	45
2.2.5. Contenido del Principio de Proporcionalidad	47
2.2.6.1. El Principio de Idoneidad:	47

2.2.6.2. El Principio de Necesidad:.....	49
2.2.6.3. Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.....	51
III. Materiales y Métodos.....	56
3.1. El Enfoque de Investigación.....	56
3.2. Diseño de Investigación.....	57
3.3. Métodos e Instrumentos de Investigación.....	58
IV. Resultados y Discusión.....	60
4.1. Cuestiones Previas	60
4.2. Primer Componente de la Investigación: Bien Jurídico Protegido en el delito de Usurpación.....	61
4.2.1. Alcances de la Posesión en el Derecho Penal peruano	61
4.3. Segundo Componente de la Investigación: Analizar y Desarrollar si se afecta el Patrimonio del Propietario no poseedor en el Delito de Usurpación.....	66
4.4. Tercer Componente: Proporcionalidad de Pena en el delito de Usurpación.....	70
4.4.1. Primera aproximación para establecer la proporcionalidad de la Pena: (A partir del Método Comparativo)	70
4.4.2. Test de Proporcionalidad para establecer la Proporcionalidad de la Pena en el Artículo 202 Del Código Penal.	
72	
V. Conclusiones	81
VI. Recomendaciones	83
VII. Referencias.....	84
Anexos.....	87

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

Art.	: Artículo
Const.	: Constitución
C.E.	: Constitución Española
C.P.E	: Código Penal Español
CP	: Código Penal
CPC	: Código Procesal Civil
CPP	: Código Procesal Penal
Ej.	: Ejemplo
EXP.	: Expediente Judicial
MP	: Ministerio Público
R.N	: Recurso de Nulidad
pp.	: Páginas
p.	: Página
TC	: Tribunal Constitucional

RESUMEN

El delito de Usurpación se encuentra regulado en el título V – Delitos contra el Patrimonio, artículo 202 del Código Penal, y está dirigido a sancionar la conducta de toda aquella persona que pretenda abruptamente, a través de violencia, amenaza, abuso de confianza, ingresar a un bien inmueble que se encuentra en posesión de una tercera persona, para despojarla o perturbarla de ésta. Por tanto, el bien jurídico protegido constituye la posesión material sobre el inmueble, prescindiendo si deviene en legítima o ilegítima, ocasionando que, en muchos casos, quien resulte sancionado por este delito sea el propietario no poseedor del bien inmueble.

En la presente investigación, se cuestiona esta perspectiva y se plantea que, cuando el sujeto activo del delito sea el propietario no poseedor, la sanción a imponerse sea diferenciada, en aplicación del principio de proporcionalidad de pena y el patrimonio del propietario no poseedor.

En ese contexto, comenzaremos analizando lo siguiente: i) Si con los alcances de la posesión en el Delito de Usurpación se afecta el patrimonio del propietario no poseedor; y, ii) si con los alcances de la posesión se vulnera el principio de proporcionalidad de pena. Así, el problema de investigación gira sobre la siguiente interrogante: ¿Los alcances de la posesión en el delito de usurpación afectan el patrimonio del poseedor no propietario y el principio de proporcionalidad de la pena?, en concordancia el objetivo de la investigación es: Analizar si los alcances de la posesión en el delito de usurpación afecta el patrimonio del propietario no poseedor y principio de proporcionalidad de la pena.

En relación a los resultados de la investigación, hay que indicar que los alcances de la posesión en el delito de usurpación, esto es, el reconocimiento de la posesión ilegítima

(aquella que no ampara su derecho en título), si bien no restringe de manera absoluta el patrimonio del propietario no poseedor, la inobservancia que se le da al título que legitima el derecho a la posesión vulnera el **principio de proporcionalidad de la pena**.

En lo que concierne a la metodología de investigación precisamos que i) el enfoque de investigación es cualitativa, ii) la técnica de la investigación es la observación directa; iii) los métodos de la investigación son el inductivo (particular - general) y método de la investigación dogmático - documental, y, iv) los instrumentos de investigación para recoger la información disponible en la realidad así como el aspecto teórico son: ficha de registro bibliográfico, ficha de análisis de caso y ficha de resumen.

Palabras Clave: Posesión, propiedad, usurpación, patrimonio, proporcionalidad de pena.

ABSTRACT

The investigation revolves around the possession as a protected legal good in the crime of usurpation, especially determining the scope granted to it, that is to say if the criminal law protects indistinctly a possession that becomes legitimate and illegitimate, for that purpose analyze the following: i) If the scope granted to possession as a protected legal good in the Usurpation Crime restricts the stability of the legal institution of heritage; and, ii) if the principle of proportionality of punishment is violated with the scope granted to possession as a legal good. Thus, the investigation problem revolves around the following question: Do the scope granted to possession in the crime of usurpation restrict the stability of the legal institution of heritage and the principle of proportionality of the penalty ?, according to the objective of The investigation is: Analyze if the scope granted to possession in the crime of usurpation restricts the stability of the legal institution heritage (property) and principle of proportionality of the penalty. Regarding the research methodology, we need to point out that i) the research approach is qualitative, ii) the research technique is direct observation; iii) the research methods are the inductive (particular - general) and documentary research method, and, iv) the research instruments to collect the information available in reality as well as the theoretical aspect are: observation sheet and record of bibliographic record. In relation to the results of the investigation, it is necessary to indicate the scopes granted to the possession in the crime of usurpation, this is the recognition of the illegitimate possession (the one that does not protect its right in title), although it does not restrict at all the legal institution of heritage (property), the non-observance or lack of probative value given to the title that legitimizes the right to possession violates the principle of proportionality of the penalty

Keywords: Possession, property, usurpation, equity, proportionality of penalty.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de Usurpación en la legislación peruana, se encuentra regulado dentro del Título V “*Delitos Contra el Patrimonio*”, Artículo 202, del Código Penal, siendo las modalidades típicas recogidas: 1) La destrucción o alteración de linderos de un bien inmueble por un tercero que no se encuentra en posesión del mismo, 2) El desapoderar a una persona, con violencia, abuso de confianza o amenaza de la posesión o tenencia de un bien inmueble, 3) la turbación de la posesión de un inmueble, mediante actos de violencia o amenaza y 4) lo denominado como usurpación clandestina (el ingreso ilegítimo en ausencia de quien es poseedor o quien tenga derecho a oponerse); ahora bien, lo que pretende proteger el legislador con la incorporación de estos supuestos, es específicamente la POSESIÓN, entendida como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, siendo además que para su consumación es preciso que el sujeto pasivo acredite la posesión material y efectiva del inmueble usurpado, no importando si la referida posesión deviene en legítima (título que ampare su posesión) o ilegítima (no exista título o el que tuviere haya fenecido); así ha sido recogido y precisado por la jurisprudencia nacional cuando refiere “*Es necesario explicar que el sujeto pasivo en este delito es aquel que se encuentra en posesión directa del inmueble, en ese sentido el poseedor debe ostentar la tenencia del bien inmueble al momento del hecho delictivo, sin que sea relevante el título que pueda tener sobre él, en caso de tratarse de posesión ilegítima o posesión precaria también está amparada por el derecho penal no pudiendo ser privado el poseedor del inmueble sino por vía lícita.*” (R.N N° 2477-2016, Delito de Usurpacion, 2017).

De otro lado, las normas emitidas dentro un sistema jurídico (legislación peruana), siempre deben ser interpretadas y aplicadas, sistemática, proporcional y coetáneamente, de manera que se garantice la armonía jurídica entre las diferentes áreas del Derecho (civil, penal, constitucional, entre otros), y se evite la contracción de valores de orden jurídico, que provoquen más luego la restricción a la estabilidad jurídica de otras instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho (Cabanellas, 2011, p. 67).

Hechas las precisiones, el propósito de la presente investigación es establecer los alcances de la posesión en el delito de usurpación *–verificar si es relevante el origen de la posesión (legítima y/o ilegítima), en la configuración del delito y al momento de la imposición de la pena-*, y la restricción al patrimonio y proporcionalidad de pena, cuando se imputa la conducta al propietario no poseedor del inmueble.

Para ello resultara necesario desarrollar lo que en doctrina se entiende como **patrimonio y principio de proporcionalidad de la pena**; así respecto al primero, se **considera patrimonio** a las cosas que revisten valor económico (concepción económica), siempre que se incorporen a su esfera de dominio o estén en poder del sujeto en virtud de una valoración jurídica lícita (concepción jurídica). Con ella se deja de lado las situaciones en las que el sujeto detenta determinados bienes o cosas a raíz de una acción o situación ilícita, sobre todo delictiva (...) (Paredes, 2016); la segunda, también llamada prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, a partir del principio de Estado de Derecho (Villavicencio, 2017).

Los objetivos trazados para la presente investigación son: Analizar si los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y principio de proporcionalidad de la pena. (Objetivo general), asimismo; explicar cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación en el Código Penal Peruano, analizar si se afecta el patrimonio del propietario no poseedor en el delito de Usurpación, determinar si es proporcional la pena prevista en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor; (como objetivos específicos de la investigación).

En relación a los resultados de la investigación, hay que indicar que los alcances de la posesión en el delito de usurpación, esto es, el reconocimiento de la posesión ilegítima (aquella que no ampara su derecho en título), si bien no restringe de manera absoluta el patrimonio del propietario no poseedor, la inobservancia que se le da al título que legitima el derecho a la posesión vulnera el **principio de proporcionalidad de la pena**.

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El escenario dentro del cual se desenvuelve la problemática de la presente investigación, es el delito de usurpación, concretamente el bien jurídico protegido en el artículo 202 del Código Penal, así diversa jurisprudencia y doctrina nacional ha referido que el bien jurídico protegido constituye la posesión material sobre el bien inmueble, pues para la configuración es irrelevante si está en su origen deviene en legítima o ilegítima, es decir para su consumación, no es necesario que el sujeto pasivo cuente con título que ampare el derecho a la “posesión”, postura que deja expedito el derecho personas inescrupulosas, de hacer valer vía penal un derecho, incluso frente a

quien jurídicamente cuenta con título válido y adicionalmente que éste último sea sancionado con la misma pena que uno que finalmente pudo cometer el ilícito sin derecho alguno.

En concreto, surge el problema cuando se imputa la conducta al propietario no poseedor del inmueble, pues se vería afectado el patrimonio del propietario frente al derecho invocado por el poseedor ilegítimo y restringido el principio de proporcionalidad de pena, al contemplarse en el tipo penal la misma sanción para el propietario no poseedor y poseedor ilegítimo. Así un sector de la doctrina entiende que la razón de la protección de la posesión de hecho es porque exterioriza la propiedad de un bien inmueble, Ihering por ejemplo refiere que es protegida la posesión porque es el complemento necesario de la protección a la propiedad; esto es, la protección jurídica contra el despojo reside en que al defender al poseedor se defiende al propietario, circunstancia que se vería desnaturalizada en el delito de usurpación si quien se viera protegido fuera el poseedor ilegítimo frente incluso al titular del derecho.

De otro lado surge la pregunta de si es proporcional la pena impuesta a quien en amparo de un título (Sujeto Activo) pretende recuperar la posesión material de un inmueble que se encuentra en posesión de hecho de un poseedor ilegítimo, y es que en este punto ha de tener en cuenta que los diferentes tipos de pena, en especial la privativa de libertad debe ser impuesta de manera proporcional al daño ocasionado al bien jurídico y siempre buscando la menor intervención del ius puniendi, por ser tan estigmatizante.

1.2. PREGUNTA GENERAL

- ¿Los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y el principio de proporcionalidad de la pena?

1.2.1. PREGUNTAS ESPECIFICAS

- ¿Cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación?
- ¿Se afecta el patrimonio del propietario no poseedor, en el delito de Usurpación?
- ¿Es proporcional la pena aplicada por el legislador en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor?

1.3. OBJETIVO GENERAL

- Analizar si los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y principio de proporcionalidad de la pena.”

1.3.1. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Explicar cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación en el Código Penal Peruano.
- Analizar si se afecta el patrimonio del propietario no poseedor en el delito de Usurpación.
- Analizar si es proporcional la pena prevista en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El escenario dentro del cual se desenvuelve la problemática de la presente investigación, es el delito de usurpación, concretamente la “posesión” como objeto de protección. Sobre sus alcances reiterada jurisprudencia nacional (R. N N° 2744-2016),

ha establecido que se protege la posesión material del inmueble, independientemente de su origen; así para su configuración no es relevante si el sujeto pasivo cuenta o no con título que ampare el derecho de “posesión” (*legítima y/o ilegítima*), ocasionado en muchos casos que, quien sea imputado por este delito, sea el propietario no poseedor.

Es precisamente este supuesto de hecho, el que nos hace cuestionar si el delito de usurpación, tal cual se encuentra regulado en el Código Penal, afecta al patrimonio del propietario no poseedor, y, si la pena impuesta por el legislador (pena privativa de libertad de hasta cinco años), es proporcional con la conducta a sancionar, pues si bien este tipo penal no determina a quien corresponde el mejor derecho de propiedad o posesión de un bien, ello no implica que para efectos de determinar la pena, no deba valorarse el título que se exhiba durante el proceso.

En consecuencia, postulamos se plantee una atenuante, en la sanción a imponerse, cuando el sujeto activo de la conducta sea el propietario, quien amparado en título pretenda recobrar la posesión del inmueble; en atención al derecho al “patrimonio” que le asiste al propietario en el proceso penal y en concordancia con la aplicación del principio del “principio de proporcionalidad de la pena”, pues el legislador al momento de determinar la pena, no puede dejar fuera del alcance probatorio, el título de quien exhibe un derecho real absoluto (propietario) y por el contrario ante su inobservancia ser sancionado con la misma pena que uno que actuó en calidad de invasor (sin título).

En esa línea, es legítimo realizar las siguientes interrogantes: ¿Los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y el principio de proporcionalidad de la pena? (como pregunta general), adicionalmente, hay que agregar otras preguntas de carácter específico como son: ¿Cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación?, ¿Se afecta el

patrimonio del propietario no poseedor, en el delito de Usurpación?, ¿Es proporcional la pena aplicada por el legislador en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor?.

En ese sentido, la problemática de la investigación se torna trascendente y de vital importancia, pues permitirá delimitar de manera específica el tipo penal de usurpación, permitiendo que su contenido salvaguarde y proteja de manera idónea y proporcional la posesión material sobre un bien inmueble.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional se han encontrado trabajos de investigación que abordan el delito de Usurpación, en especial en el Derecho Penal español, no obstante, debemos precisar que, lo que se pretende extraer como antecedente es específicamente el bien jurídico protegido en este tipo penal.

- **Tesis presentada por José Miguel Jiménez Paris, (2017), con el título “Usurpación pacífica de bienes inmuebles”, para obtener el grado de Doctor, sustentada en la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal de la Universidad Compluense de Madrid, quien respecto al bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Pacífica de Inmuebles concluye:**

Esta concepción del bien jurídico protegido como *patrimonio inmobiliario*, es más amplia (y puede considerarse que es la suma de las otras dos posturas) que la de aquellos que sostienen que el bien jurídico es la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad (en definitiva la propiedad); o la posesión real de goce y disfrute efectivo socialmente manifestada (la posesión).

Con la acción de ocupar o mantenerse contra la voluntad de su titular en un bien inmueble, vivienda o edificio ajenos, se produce un ataque a la seguridad del tráfico inmobiliario. Precisamente lo que pretende el legislador al sancionar tal conducta en el artículo 245.2 CP (aunque no

concurra violencia ni intimidación) es, además de proteger el patrimonio inmobiliario y el orden público *salvaguardar la función legitimadora de la posesión*, protegiendo los efectos beneficiosos de la misma y tratando de impedir mediante la persuasión de la conducta por el temor a la pena la producción de los indeseables. La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga la posesión). Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia. Ese interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, es protegido por el Derecho penal en este tipo delictivo. En definitiva se trata de proteger la seguridad del tráfico en relación a los bienes inmuebles de tal manera que posesión de hecho y derecho a poseer coincidan en una misma persona; y ello porque existe en nuestro ordenamiento jurídico la presunción de que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, es el titular del

derecho en cuyo concepto posee (art. 448 CC), y porque hasta el despojante es jurídicamente protegido (art. 441 CC). (Jiménez Parias, 2017, p. 1292)

➤ **Tesis presentada por Nuria Mirapeix Lacasa, (2015), con el título “La Usurpación pacífica de inmuebles”, quien concluye:**

“Así las cosas, desde la perspectiva del usurpador sólo serán punibles las ocupaciones de inmuebles en las que el autor posee en concepto de dueño y, en relación al propietario del bien, únicamente serán objeto de protección aquellos inmuebles respecto a los cuales el propietario se halla ejerciendo sus facultades posesorias. De lo anterior se deriva: 1. La exclusión de los usos esporádicos de un inmueble, que por su escasa intensidad y durabilidad no puede considerarse ni siquiera que supongan una verdadera toma de posesión y, por tanto, no lesionan el bien jurídico protegido por el tipo. 2. Los supuestos de continuidad en la ocupación del inmueble objeto de precario o arrendamiento, porque, pese a tratarse de verdaderas tomas de posesión, no se desarrollan en concepto de dueño. 3. Las ocupaciones de inmuebles abandonados, respecto a los cuales el propietario no ejerce sus derechos posesorios, por no afectar a los mismos. La postura que aquí se defiende tiene como consecuencia la restricción del ámbito de aplicación del tipo al máximo. Lo anterior es adecuado desde una perspectiva político-criminal y de conformidad con la Constitución, en relación a los principios de última ratio y de intervención mínima que deben orientar el derecho penal.”

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

En el ámbito nacional, no encontramos trabajo de investigación que desarrolle de manera específica nuestro tema, no obstante se ha encontrado trabajos que desarrollan y analizan la incorporación del numeral 4 en artículo 202 del Código Penal “Usurpación Clandestina de inmuebles”, perspectiva desde la cual se ha expuesto el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación.

- **Tesis presentado por Julio Cesas Espinoza Linares, (2014), con el título “El delito de Usurpación Clandestina de Inmuebles en el Perú”, para obtener el grado de Abogado, sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, mismo que entre los conclusiones refiere: “La incorporación de la Usurpación Clandestina en el Perú (según la descripción prevista en el artículo 202° inciso 4) vulnera el principio de protección de bienes jurídicos (lesividad), al no suponer una protección concreta del derecho de posesión, sino de un supuesto vago y genérico proveniente de un derecho que no se encuentre en ejercicio (Ej. Propietario no poseedor)”**

La incorporación de la Usurpación Clandestina en el Perú (según la descripción típico prevista en el artículo 202° inciso 4) vulnera el principio de mínima intervención que atañe al derecho penal, al sancionar (el legislador) un supuesto/ilícito de afectación al derecho, que en la vía civil ya se encuentra protección a través de los interdictos y acciones posesorias.

- **Tesis presentado por Marco Antonio Garcilazo de la Vega Rosado, (2019), con el título “Las consecuencias jurídicas del Delito de**

Usurpación de Inmuebles en el Distrito Judicial de Ventanilla”, para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, sustentada en la Escuela de Post Grado de la Universidad Cesar Vallejo, entre sus conclusiones refiere: “Se pudo demostrar que los operadores jurídicos no coinciden en algunos aspectos que señalan la normatividad vigente, en primer lugar, la constitución política en su artículo 70 protege la propiedad, y por consiguiente la posesión es un derecho inherente de la misma; sin embargo, el código penal estipula en el literal 4 del artículo 202, que quien posee ilegítimamente es considerado usurpador. Además de ello el código civil ampara al poseedor, o la posesión, conforme a su artículo 920, derivándose de ello la legitimidad del poseedor y por consiguiente le brinda la facultad de uso y disfrute. En cuanto a la posesión ilegítima entonces estipulada en el inciso 4, para los operadores en su opinión personal manifiestan que puede ser legítima con la prescripción. Al respecto ningún entrevistado reconoce a la posesión como un acto de usurpación. Lo que efectivamente demuestra que si trasgrede la normatividad vigente y estipulada en la nueva ley 30076. Según las respuestas obtenidas”

- **Tesis presentado por Yesenia Rodas Manosalva, (2015), con el título “El derecho de propiedad como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Clandestina.”, para obtener el grado de Abogado, sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, mismo que entre sus conclusiones refiere: “El legislador ha**

creído conveniente incorporar a la usurpación clandestina como modalidad destinada a otorgar protección jurídico-penal al derecho de propiedad. Siendo el contenido específico de aquella que se busca proteger presenta particularidades en cada supuesto típico, pues mientras en los dos primeros supuestos [actos ocultos y ausencia del poseedor] se busca proteger el derecho al uso y disfrute del inmueble, cuyo contenido práctico se sintetiza en el “derecho a la posesión”, acompañado necesariamente al ejercicio efectivo del mismo [posesión legítima]; en el tercero de los supuestos se protege el derecho al uso y disfrute de un inmueble sintetizado en el derecho a la posesión sin más, que detenta el titular del inmueble o en su defecto a quien haya sido cedido a través de algún título (uso, habitación, servidumbres, depósito, anticresis, usufructo, etc.).”

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. DELITO DE USURPACIÓN: DEFINICIÓN

Uno de los tópicos que se pretende abordar en la presente investigación es determinar los alcances que se le otorga a la posesión como bien jurídico protegido en el delito de usurpación; para determinar ello previamente daremos algunas definiciones que en doctrina se han establecido para el delito de usurpación, para Reátegui Sánchez “el delito de Usurpación de inmueble está ubicado sistemáticamente en el rubro de delitos contra el patrimonio, específicamente lo que se protege es la “posesión pacífica” que deben ejercer las personas cuando adquieren –ya sea en forma onerosa o gratuita- un bien inmueble; es decir que ninguna persona puede ingresar, de manera subrepticia ni violentamente, a los predios– urbanos o rústicos- considerados ajenos para ejercer una

posesión que no le corresponde, lo cual el derecho debería de intervenir para poner límites y prohibiciones a tales acciones. (Reátegui Sánchez, 2016, p.17)

En el mismo sentido, Figueroa Estremadoyro refiere “Es un hecho delictuoso de comisión instantánea y consiste en arrebatos por medio violento, del engaño, la amenaza y el abuso de confianza, al legítimo titular del derecho de posesión o la tenencia de un inmueble o derecho real.” (Figueroa Estremadoyro, 1994, p. 139).

En esa línea, de la lectura del tipo penal inferimos que el legislador peruano recoge diferentes modalidades para la configuración de este ilícito, así tenemos que el numeral 1) protege la posesión del inmueble cuando un tercero, con la intención de apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos, es decir, se consuma con la total destrucción o alteración de los linderos que delimitan el predio que se pretende adjudicar al sujeto activo, así basta que se acredite que el sujeto activo haya destruido o alterado los linderos con la intención de hacerse dueño del predio vecino. El numeral 2) protege al sujeto que mediante violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza es despojado de la posesión del inmueble, precisando que el despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un derecho real debe producirse bajo los supuestos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, por lo que de no probarse ello, la conducta deviene en atípica pudiendo recurrir a otras vías, como la civil a través de los interdictos.

El numeral 3) hace referencia a la turbación de la posesión mediante actos de violencia o amenaza, y consiste en la realización de actos materiales que, sin despojar al poseedor, interrumpen o alteran el pacífico uso y goce de la posesión inmobiliario. Y finalmente el numeral 4) que sanciona al que ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse

el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse, y a lo que doctrinalmente se ha llamado como usurpación clandestina, y cuyo objeto es la protección del propietario o legítimo poseedor, amparando el derecho a la posesión y no necesariamente la posesión como hecho.

Modalidades típicas que están encaminadas a proteger la posesión que determinada persona ejercer sobre un bien inmueble urbano y/o rústico, empero cabe en este punto determinar qué tipo de posesión es la que el legislador recoge como bien jurídico, con dicho fin a continuación pasamos a exponer lo que ampliamente se ha desarrollado en doctrina respecto al bien jurídico protegido en el delito de usurpación.

2.2.2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE USURPACIÓN

Primera Postura: La Posesión derivada del Derecho de Propiedad.

Un sector de la doctrina internacional (española) considera como bien jurídico protegido, la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad. No es, pues, cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino únicamente la derivada del derecho de propiedad.

Sostiene FERNÁNDEZ APARICIO que “en cuanto al bien jurídicamente protegido parece evidente que es la propiedad, más en concreto el *ius utendi*. El derecho a usar un inmueble que no es morada y que queda cercenado por una ocupación ilegal. (...) (Jiménez Parias, 2017, p. 274)

En el mismo sentido, HERRERO HERRERO al decir: “En todos [los delitos de usurpación], el bien jurídico protegido es, desde luego, el patrimonio, pero no en las mismas dimensiones del mismo (...) En la ocupación o mantenimiento "pacíficos" de inmuebles, el bien jurídico protegido sería, de acuerdo con la "ratio criminandi", el

"ius utendi" por parte del dueño, que es el derecho generalmente atacado por el "ocupismo" (Jiménez Parias, 2017, p. 276)

Bajo esta perspectiva, la configuración del delito de usurpación se condiciona a la posesión pacífica del inmueble por parte del propietario. Postura que ha sido asumida en la legislación española cuando su jurisprudencia menor, Audiencia Provincial de Madrid del 23 de marzo de 2010 indica: "El bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella.", así lo que pretende proteger el legislador si bien es el pacífico disfrute de la posesión, este lo hace bajo la premisa de que quien ejerce la posesión es el propietario, por lo que cualquier posesión que no esté vinculada a algún derecho, no tiene protección penal. De ahí que solo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o de permanencia.

Segunda Postura: La Posesión como Bien Jurídico Protegido en el Delito de Usurpación

El profesor Castillo Córdova respecto al fundamento de protección de bienes jurídicos nos dice: El empleo del *ius puniendi* del Estado sólo se justifica en la medida que se dirige hacia la protección de la sociedad, más en concreto de sus intereses fundamentales. A estos intereses se denominan "bienes jurídicos". Así, sólo se deberán criminalizar conductas socialmente dañosas, que efectivamente lesionen bienes jurídicos protegidos por el derecho. (Castillo Córdova, 2004, p. 18)

Salinas Siccha respecto al bien jurídico protegido en el delito de usurpación explica "el interés fundamental que el Estado pretende proteger con una tipificación de los comportamientos delictivos de usurpación lo constituye el patrimonio de las personas, más específicamente el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble entendido

como la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre implica que la víctima está en posesión del inmueble.” (Salinas Siccha, 2008, p. 1149).

En el mismo sentido Rojas Vargas refiere: “El delito de Usurpación es un delito patrimonial cuyo bien jurídico penalmente tutelado es la posesión de un tercero, la misma que debe ejercerse de manera pacífica, siendo que ante el eventual supuesto que sea turbada por un hecho extraño, este debe desarrollarse de manera constante. La protección del bien jurídico no solo se limita a la posesión, sino que se refiere en general al “tranquilo disfrute de las cosas inmuebles como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos.” (Rojas Vargas, 2002, p. 845)

De lo antes expuesto, se puede concluir que el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación, constituye de manera general el patrimonio, entendido como un conglomerado de derechos que tienen un valor económico y reconocimiento por el ordenamiento jurídico, como son el Derecho de propiedad, hipoteca, anticresis, **posesión**, etc; no obstante es éste último, el que de manera específica se protege como bien jurídico en el delito de Usurpación y del que finalmente analizaremos los alcances que se le otorga en el Derecho Penal peruano.

2.2.2.2. POSESIÓN: DEFINICIÓN

El término posesión tiene un origen y naturaleza eminentemente civilista, por lo que para definirla deberemos recurrir a lo desarrollado en materia civil, no obstante es pertinente precisar que los alcances que se le otorgue pueden diferir en una u otra rama del Derecho; Amado Ezaine, sobre el término posesión (en materia civil) precisa que se trata de una “Situación del que ejerce de hecho las prerrogativas propias de un

derecho y se comporta como su verdadero titular. La expresión se emplea especialmente en lo concerniente a los derechos reales. Realidad viviente del dominio, le llama la exposición de motivos del Código Peruano de 1936, cuya doctrina está inspirada en este punto, en la expuesta por Ihering, quien destacó el concepto de “corpus” abandonando el “animus” de la doctrina de Savigny. Es posible, explica Ihering, que el desenvolvimiento de la posesión haya comenzado en todas partes por la idea de poder de hecho sobre la cosa. Pero si esta idea estrecha hubiera sido mantenida, la institución jurídica de la posesión habría continuado siendo la más imperfecta de las instituciones del mundo. El fin económico al cual sirve la posesión exigía la extensión de la protección posesoria, a formas de posesión que no caen absolutamente dentro del punto de vista del poder de hecho.” (Ezaine Chavez, 1981, p. 439)

Aníbal Torres Vasquez indica “la posesión surge como un hecho (ocupación, aprehensión, traditio, uso) que está protegido por el derecho que le aneja consecuencias jurídicas, toda vez que el poseedor tiene derecho a conservar la posesión, a continuar en ella y a recuperarla, aun cuando no cuente con un título de adquirente de la posesión. Luego la posesión es un derecho real subjetivo que, como cualquier otro derecho, nace de un hecho con consecuencias jurídicas como la de permitir que el poseedor continúe poseyendo, o que se transmita la posesión a otros, o la concesión al poseedor de los medios para defender de su posesión como los interdictos y las acciones posesorias.” (Torres Vásquez, 2011, p. 845)

Finalmente Avendaño Valdez refiere “Para que haya posesión no es necesaria ni suficiente la posesión de derecho, esto es, la que haya sido atribuida por un contrato o resolución judicial. Imaginemos, por ejemplo, un contrato de compra venta en el que el vendedor se ha obligado a entregar el bien al comprador en cierta fecha, uno o dos

meses después de celebrado el contrato. Llega el día y el vendedor no cumple. Es obvio que el comprador no posee. Tiene “derecho” a poseer, por el mérito del contrato, pero de hecho no ejerce poder alguno inherente a la propiedad. Lo mismo ocurre cuando una sentencia declara el derecho de poseer. Es importante distinguir, por consiguiente entre el derecho “a la posesión” y el derecho “de posesión”. (Avendaño Valdez, 2007, p.58)

2.2.2.3. IUS POSSIDENDI E IUS POSSEIONIS

El *Ius possidendi* tiene un significado en el latín que equivale a “derecho de poseer”. Significa la facultad legal que tiene una persona para ejercer la posesión, de realizar la variedad de hechos que configuran sobre el fundamento de un derecho adquirido en forma legal. Por ejemplo el derecho de propiedad, por este derecho se autoriza al titular a usar y gozar de la cosa y también disponer de ella enajenándola, en cuyo caso se transmite el *ius possidendi* a favor del nuevo titular. (Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago, 2009, p. 25)

El *ius possessiones*, en cambio, significa el derecho derivado del hecho de la posesión. Es equivalente al conjunto de facultades y defensas que acuerda la ley a quien de hecho, bajo ciertas condiciones, ejerce el señorío sobre una cosa con prescindencia de la titularidad de un derecho real sobre la misma. Así, la ley acuerda defensas provisionales (interdictos) a los poseedores de facto aun frente a los legítimos titulares del dominio (prescripción adquisitiva de dominio, art 927 y 951 del C.C.) y de otros derechos reales mediante la prescripción corta de dos años si hay buena fe, y por cuatro si no hay. (Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago, 2009, p. 25)

2.2.2.4. POSESIÓN EN MATERIA PENAL

Habiendo contextualizado lo que se entiende por posesión en la doctrina nacional, corresponde exponer la definición que se le otorga a la misma en el Derecho Penal; en lo que atañe debemos indicar que Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago en su libro *Usurpación y Daños, Delitos – Faltas*, citando a Blinding refiere que la posesión es la voluntad de retener una cosa que ha entrado en el ámbito de nuestro señorío factico y no ha salido de él, y agrega que esta voluntad de señorío es solamente un *animus habendi*. En consecuencia, la custodia se integra por un elemento fáctico, el señorío de hecho sobre la cosa, y un elemento volitivo, en el que la mayoría de los autores ven el momento decisivo determinante de la custodia, para la que es indiferente la existencia del título que la legitime, por una parte, y por otra, no puede en manera alguna identificarse con la mera posibilidad física de disponer de hecho sobre la cosa, continua explicando que en la usurpación la expropiación se consigue desposeyendo por ocupación del inmueble; es decir, ejercitándose un indebido desplazamiento del legítimo poseedor. Así vemos que en la usurpación, el apoderamiento del bien inmueble ha de realizarse desalojando al que tiene en su poder el uso y goce, por medio de la ocupación. De ahí que, dentro del rubro del valor funcional de la desposesión, podríamos enmarcar que este último concepto procede racionalmente a la expropiación, premisa indispensable para comprender y evaluar el papel que la desposesión juega en la usurpación: la desposesión es correlativa de la acción y la expropiación, del resultado. Es pues, el ataque a la posesión ajena, como injustificado menosprecio de una ajena voluntad de dominio que constituye un fundamento de ilicitud en el evento usurpatorio configurado por la conducta criminal del despojo. “Así, en esta configuración penal de la posesión, para la punición no ha de tenerse en cuenta mas que la objetividad jurídica del delito de usurpación, cual es el

uso y goce pacífico de un inmueble, en cuanto es ocupado por un sujeto que lo mantiene bajo su esfera de custodia, lo que no solamente ampara su interés particular, sino el público relacionado con la necesidad de mantener el orden social.” Y el amparo que surge desde que se adquiere el *corpus*, como hemos visto *in extenso*, que puede ser no solo por actos legítimos, sino aún por ilegítimos, por la buena o mala fe, etc.; es claro deducir que lo protegido por la norma penal es toda clase de posesión, con prescindencia de su legitimidad, como ya se dijo, sea de buena o mala fe, y aun la viciosa sin tener en cuenta la idoneidad del título de la posesión, esa prescindencia a la causa que le dio origen, da un rasgo particular a la posesión tomado en el sentido penal, porque no tutela sino la conducta que atenta a la pacífica posesión, prescindiendo del mejor derecho de poseer, pues basta la existencia de un poder de hecho consolidado sobre la cosa, abarcándose toda clase de tenencia, esto entendido por la sistemática de nuestra norma material civil, como posesión inmediata o precaria. (Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago, 2009, pp.104, 105) (Subrayado nuestro)

Ahondando, Chirinos Soto, nos dice “El bien jurídico protegido por la Ley es la posesión. No necesariamente es la propiedad porque se puede poseer sin ser el propietario, y porque, además, el delito lo puede cometer el propietario, y porque, además, el delito lo puede cometer el propietario en agravio del poseedor, si este tiene respecto de aquel el carácter de poseedor inmediato. Respecto a la posesión, recordemos nuestros estudios de Derecho Civil y los diversos problemas que plantea el esfuerzo destinado a definirla. La teoría objetiva de Ihering y la subjetiva de Savigny que coinciden en sostener que la posesión es el poder físico que se ejerce sobre las cosas, su tenencia, y se diferencian en que para este último es necesario un elemento subjetivo – *animus* – mientras que para el primero es suficiente el elemento material -

corpus-. Para los efectos de la ley penal, poseedor es aquel que tiene en su poder un determinado bien. Tratándose de la Usurpación, el bien ha de ser un inmueble.” (Chirinos Soto, 2012, p. 747)

En sentido contrario Espejo Basualdo, expresa: “A primera vista parece, pues, que el concepto penal de posesión es más amplio que el civil, no porque éste no incluya la detentación o porque exija un especial animus, sino porque no considera poseedores, sino servidores de la posesión a ciertos poseedores por cuenta ajena que, sin embargo en el ámbito penal, y como he intentado demostrar, merecen tal nombre. Pero si, por un lado el concepto penal es más amplio, por otro es más restringido en cuanto a que, para que la tenencia de una cosa goce de la protección penal, dicha tenencia ha de ser lícita, requisito que el ordenamiento civil no existe para que entre en funcionamiento la protección interdictal. (Espejo Basualdo, 2016, p.159)

De las definiciones esbozadas advertimos que, gran parte de la doctrina nacional se adhiere a la definición de la posesión penal, como aquella que un sujeto ejerce de hecho (materialmente) requiriéndose además que esta se ejerza de manera pacífica frente a terceros y en contra posición lo que sanciona es la perturbación que un tercero ejerza sobre el inmueble con la finalidad de apropiarse y permanecer en él, no debiendo importar si quien ostenta la posesión material es uno que obtuvo tal derecho e materia legítima o ilegítima, de buena o mala fe, por cuando no es objeto del proceso penal determinar el mejor derecho a la posesión o propiedad.

2.2.2.5. POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

Ahora bien, habiendo llegado a la conclusión que antecede, a continuación con fines didácticos brevemente expondremos como ha sido concebido y definido ambos conceptos en el Derecho Civil Nacional, así el Cuarto Pleno Casatorio - Casación N°

2195-2011-Ucayali, cuando desarrollan los tipos de posesión, es específico la legítima e ilegítima nos explican “De lo regulado en los artículos 906 a 910 del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder de ejercicio y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia. Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento jurídico civil, en tanto será ilegítima cuando se tenga sin título o un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla. Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido de quien no es dueño.” (Casación N° 2195-2011, 2012)

En el mismo sentido, una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contraria al derecho. Sin embargo, los artículos que recogen esta clase de posesión aluden a la validez del título. Así en su parte final la norma identifica la ilegitimidad de la posesión con la existencia de un vicio que invalida el título del poseedor. Parecería entonces que el poseedor ilegítimo es aquel que tiene un título viciado y de lo que es vicio. (Avendaño, J. p. 59 disponible en [file:///E:/User%20Documentos/Downloads/Dialnet-LaPosesionIlegitimaOPrecaria-5110241%20\(1\).pdf](file:///E:/User%20Documentos/Downloads/Dialnet-LaPosesionIlegitimaOPrecaria-5110241%20(1).pdf))

Así, título es el instrumento que contiene un determinado derecho. Es el acto jurídico en base al cual se invoca una determinada calidad. El Código supone que el poseedor ha entrado en posesión en mérito a un negocio jurídico, a un contrato, el cual podría ser una compra venta, un arrendamiento o un préstamo. En consecuencia hay una relación jurídica entre el enajenante y el adquirente de la posesión. (Avendaño, J. p.59)

disponible en [file:///E:/User%20Documentos/Downloads/Dialnet-LaPosesionIlegitimaOPrecaria-5110241%20\(1\).pdf](file:///E:/User%20Documentos/Downloads/Dialnet-LaPosesionIlegitimaOPrecaria-5110241%20(1).pdf)

2.2.2. ALCANCES DE LA POSESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

A nivel jurisprudencial el Recurso de Nulidad N° 1733-2014 precisó “(...) debe tenerse claro que el objeto de tutela punitiva en el delito de usurpación no es la propiedad sino la posesión, lo cual repercute significativamente en el orden a fijar al mismo tiempo, quienes pueden ser autores y víctimas, definiendo un ámbito de protección normativo distinto a lo que tiende a tutelar el derecho privado. Es por eso que para ser considerado autor no se requiere de ninguna calificación especial, pues inclusive puede ser el propietario no poseedor, así como el coposeedor. El sujeto pasivo no requiere del título dominical que acredite su condición de propietario, basta con que se acredite ostentar la tenencia ora legítima como ilegítima al momento de los hechos antijurídicos. Conforme lo señalado, lo que se protege en este delito no es la propiedad ni la titularidad de otros derechos reales, lo que se tutela es la posesión de un inmueble como dato táctico y no jurídico, pues cuando lo que está en controversia es la legitimidad del título –sea de posesión o de propiedad esta deberá ser resuelta en un proceso civil. (R.N. N° 1733-2014. Delito de Usurpación, 2014)(Subrayado nuestro)

En el mismo sentido, el Recurso de Nulidad N° 2477-2016, refiere “Solo cuando se advierte la materialización de vías de hecho que han sido utilizadas para despojar a una persona de su posesión del bien, es que debe intervenir el Derecho Penal. Al Derecho Penal no le debe interesar si el titular del derecho real sea efectivamente propietario del bien inmueble, ya que lo protegido es la posesión pacífica y que nadie

pueda ingresar a perturbar la tranquilidad de la posesión.” (R.N N° 2477-2016, Delito de Usurpacion, 2017) (**Subrayado nuestro**)

En el Expediente N° 00815-2013-0 en la Sentencia de Vista de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Resolución N° S/N del 03 de setiembre de 2014, respecto al delito de Usurpación indica: “Para la configuración del delito de Usurpación se requiere que el sujeto agraviado haya ejercido posesión del bien y que al momento del evento haya sido despojado por el agente infractor mediante el uso de la violencia, el engaño o abuso de confianza; que en el caso de autos no se han dado tales presupuestos y, por ende el agraviado tampoco ha ejercitado acto posesorio alguno sobre el inmueble sub materia, a tenor de su propia versión del agraviado ya glosado, además se ha establecido durante la secuela del proceso que la inculpada ingreso al predio incriminado al haber sido dejado abandonado y con el fin de vivencia (...) El derecho de propiedad también se protege con la figura delictiva de usurpación, pero con la condición que aquel derecho real vaya acompañado o unido al derecho de posesión. Al Derecho penal no le debe interesar si el titular del Derecho sea efectivamente propietario del bien inmueble, ya que lo que se propone en dicho delito es la posesión pacífica y que nadie pueda ingresar a perturbar la tranquilidad de la posesión, esta es la posición mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. (Exp N° 00815-2013-0. Sentencia de Vista. 2014)

Finalmente en el Recurso de Nulidad N° 3251-2013/Cañete emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Republica de la Sala Penal Permanente del 03 de marzo de 2015, cuando desarrolla el bien jurídico protegido en el delito de usurpación indica “en el delito de usurpación el bien jurídico protegido es la posesión material, tenencia ejercicio de un derecho real que permita la ocupación total o parcial del inmueble. 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 ya sean de dominio o de otras circunstancias o relaciones, esto es la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble. El comportamiento típico en el delito de usurpación contempla tres modalidades: la destrucción o alteración de linderos, el despojo de la posesión y la turbación de posesión. Esta modalidad diversa de comisión de este tipo de delito resulta trascendente, pues brinda sustancial ayuda para determinar si el delito se ha cometido o no, en el caso de autos la atribución del Ministerio Público se refiere únicamente al despojo (R.N. 3251-2013, Delito de Usurpación, 2014)

De las definiciones antes expuestas, se desprende que, el bien jurídico protegido en el delito de usurpación constituye la **posesión**, entendida como el uso y goce pacífico de inmueble, bastando que sea acreditada de manera únicamente fáctica, no importando si esta deviene en su origen de una legítima o ilegítima; alcanzando incluso su persecución a quien ejerce derecho válido sobre el inmueble (propietario, poseedor que ampare en título su posesión), es decir, no se protegerá a quien sea titular de ellos -quien detente el derecho a la posesión o tenencia 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 sea privado de ello de la forma como lo dispone la letra legis (amenaza, violencia entre otros).

2.2.3. DERECHO AL PATRIMONIO.

Continuando, otro de los acápites desarrollados en el trabajo de investigación es determinar si los alcances que se le otorga a la posesión como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación (posesión legítima e ilegítima), afecta el derecho de patrimonio del propietario no poseedor.

En doctrina, con el objeto de dar una definición al patrimonio, se han desarrollado diferentes concepciones las mismas que pasamos a exponer.

A. CONCEPCIÓN JURÍDICA

Donna, cuando desarrolla el patrimonio desde la posición jurídica indica debe ser entendido como el “Conjunto de *"derechos patrimoniales"* de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como "derecho subjetivo" por el orden jurídico. Además, para la concepción jurídica del patrimonio, lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa. Se dirá, entonces, que el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos por el Derecho Público o por el Privado, y no por las expectativas, ni las cosas que se detentan sin contar con la protección del Derecho. Por el contrario, sí lo integran las cosas privadas de valor económico, pero dotadas de valor afectivo. El perjuicio se concibe en términos puramente formales, como la desaparición de un derecho o su gravamen con una obligación, con independencia de la trascendencia económica que ello tenga, dado que lo importante es la relación jurídica del sujeto con la cosa. (Donna, 2001, p. 11), de esta postura se advierte que lo único que importa es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa, es decir, está condicionada al reconocimiento del ordenamiento jurídico.

B. CONCEPCIÓN ECONÓMICA

El patrimonio, en este caso, es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como "derechos". Para la concepción económica, el patrimonio es el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona, con

independencia de que su relación con ellos se concrete o no en un derecho, o de que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico. Así, tanto las expectativas como las posiciones económicas antijurídicas, incluidas las referidas a cosas extra commercium o de tráfico ilícito, forman parte del patrimonio, con tal de que posean valor económico. (Donna, 2001, p. 12)

El problema, que salta a simple vista, es que de aceptarse como válido este concepto, a los efectos penales implicaría, en ciertos casos, otorgar protección penal a posiciones patrimoniales ilegítimas, como drogas ilegales, armas prohibidas, frutos de un delito anterior, etcétera. Con ello, las propias disposiciones del Derecho colisionarían entre sí, y más aún en el ámbito penal, lo que resulta inaceptable. (Donna, 2001, p. 12)

Es una concepción puramente fáctica (parte de los presupuestos contrarios a la anterior teoría, pues lo importante no es la relación del sujeto con el objeto, sino que éste tenga un valor económico). Atiende al poder fáctico del sujeto, y al valor económico de los bienes o situaciones. El patrimonio es el conjunto de valores económicos de los que, de hecho, dispone una persona. Esta teoría lleva al inconveniente de otorgar protección patrimonial a posiciones patrimoniales ilegítimas.

C. CONCEPCIÓN MIXTA O ECONÓMICO-JURÍDICA

La concepción mixta es una combinación de aspectos de las dos anteriores: tomando como base la posición económica, incluye en el patrimonio sólo las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica. Quedan excluidas, entonces, las posiciones de poder fáctico desaprobadas por el ordenamiento jurídico. A tenor de esta posición, se define el patrimonio de manera similar a como lo había hecho Núñez, en el sentido de que es el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos, comprendiendo todos los elementos

materiales, valorables en dinero, con tal de que tengan reconocimiento por parte del Derecho, siquiera sea provisional. (Donna, 2001, p. 13)

Continua Donna precisando: “la teoría mixta debe ser aclarada en el sentido de que únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho, pero siempre que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución y del orden jurídico en general. Como señala Frank Zieschang, a los fines del tipo penal, sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio "los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución". Con esta noción de patrimonio deben incluirse: las cosas, bienes y créditos con valor económico; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión; las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación. (Donna, 2001, p. 13)

De lo expuesto por este autor, respecto al patrimonio en su concepción mixta podemos inferir que esta institución reconoce un conglomerado de cosas (bienes y cosas) que tienen valor económico y que se encuentren reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Quinteros Olivares citado por Jose Miguel Jiménez Paris respecto al patrimonio en el ámbito penal indica “la determinación del concepto jurídico-penal de patrimonio no es baladí. De ello depende el criterio que haya de adoptarse para decidir la consumación del delito, que en los “estrictos” delitos patrimoniales exige la constatación de una lesión para ese bien jurídico (patrimonio) y, por lo tanto, no cabe acudir a un concepto meramente jurídico de patrimonio, que despreciara lo material, ni meramente económico, que ignorase derechos y obligaciones, sino, como hace la doctrina

dominante utilizar un concepto mixto económico-jurídico: bienes y derechos de contenido patrimonial puestos a disposición de una persona bajo la tutela del derecho.” (Jiménez Paris, 2017, p. 150).

Finalmente, se colige que, en el ámbito penal la concepción utilizada para el patrimonio es la mixta, pues debe observarse que el derecho reconocido en específico, este dotado de valor económico y respaldado por relaciones dentro del ordenamiento jurídico.

Siguiendo a HUERTA TOCILDO (Huerta Tocildo, 1980, pp. 35 - 45) cuando precisa los alcances del patrimonio en el ámbito penal diremos:

- “Objeto material de un delito contra el patrimonio únicamente pueden ser aquellos bienes que estén dotados de valor económico, quedando, por lo tanto, descartados aquellos que sólo tengan un valor afectivo o sentimental”
- “Para ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico: es preciso que disponga de ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico”.
- Perjuicio patrimonial podría describirse como toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona, obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la obtención de un lucro injusto.”

Entonces, tenemos que entre los valores económicos reconocidos por el patrimonio son el derecho de propiedad, derechos de crédito, derechos de uso, **posesión** y demás que tengan contenido económico y estén reconocidos dentro del ordenamiento jurídico, empero es importante dejar en claro que lo que protege el Derecho Penal no

es el patrimonio en su conjunto (concebido como *universitas iuris*), por el contrario, las diversas infracciones a que hace referencia, implican sólo una lesión de alguno o algunos de los elementos que lo componen. Entendiendo que ninguno de los delitos comprendidos en el capítulo constituye un ataque al patrimonio globalmente entendido, sino que todos lesionan elementos patrimoniales singulares. De esta forma, cuando nos referimos a delitos contra el patrimonio, en realidad hacemos referencia a delitos contra los elementos integrantes del patrimonio, que afectan algún aspecto del patrimonio.

Ahora bien, a fin de determinar si se vulnera el derecho al patrimonio del propietario o no poseedor en el delito de Usurpación, habrá que analizar que se entiende por propiedad y cuáles son los alcances de su protección.

2.2.3.1. DERECHO DE PROPIEDAD

Los autores antiguos definían el derecho de propiedad en base a las facultades que lo integran y las limitaciones que le afectan. Así Romanistas modernos lo definen de forma más descriptiva como: derecho de usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), abusar (*ius abutendi*), poseer (*ius possidendi*), disponer (*ius disponendi*), y reivindicar (*ius vindicandi*) una cosa corporal, sin más limitaciones que las impuestas por la ley o la voluntad del transmitente. Actualmente están desprestigiadas estas fórmulas que definen la propiedad por enumeración de los derechos comprendidos en ella, pues el dominio es no una simple reunión o suma de facultades, sino el centro unitario y autónomo de todas las que pueden recaer sobre la cosa; y el propietario puede, aunque sea temporalmente, estar privado de esas facultades, sin dejar por eso de conservar la

propiedad. Las facultades del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son solo aspectos parciales del señorío total que es ésta. El tener todas esas facultades no es causa de que sea propietario, sino consecuencia de serlo.

Según esta definición, el hecho que el propietario se encuentre privado de una de las facultades que se le otorga como tal, no implica de por sí que se vea afectado su derecho a la propiedad (el patrimonio de forma general), por cuando en sede judicial puede reclamar la restitución de dicha facultad.

Catan Tobeñas, citado por Jose Miguel Jimenez Paris, respecto de la propiedad indica: En sentido *impropio*, propiedad se refiere a los bienes y derechos patrimoniales, aludiendo a todos aquellos, o cualquiera de ellos. Así al decir que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la propiedad privada, o que existen delitos contra la propiedad, se expresa la idea de que están acogidos y protegidos, no sólo el derecho de propiedad rigurosamente hablando, sino también el usufructo, las servidumbres. En sentido *propio o riguroso*, significa uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad se define como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta (en principio) queda sometida directa y totalmente (en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo. (Jimenez Paris, 2017, p. 266)

Finalmente Avendaño (1997) respecto a la propiedad indica “Los caracteres del derecho de propiedad, como complemento de los atributos del propietario, configuran y delinear este derecho de propiedad como el más completo de los derechos reales. La doctrina señala cuatro caracteres: es un derecho real, es un derecho exclusivo, es un derecho absoluto y es un derecho perpetuo. Por ser un derecho real, la propiedad

confiere a su titular las facultades de persecución y de preferencia, y además establece respecto de la cosa una relación directa e inmediata. Por ser un derecho exclusivo, la propiedad es erga omnes, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular. Por ser un derecho absoluto, la propiedad confiere a su titular todas las facultades posibles sobre un bien (...). Y por ser un derecho perpetuo, la propiedad solo se extingue cuando el bien desaparece o cuando es abandonada no así por el simple no uso del titular” (Avendaño, 1997, pp.94-95)

2.2.3.2. DERECHO DE POSESIÓN

Respecto al derecho de posesión, diremos que esta es entendida en sus ambas concepciones, esto es el **derecho de posesión** (ius possessionis), definida como el conjunto de facultades que el poseer la cosa como hecho - *señorio o poder de hecho (dominación efectiva) sobre una cosa, independientemente de si te tenga derecho a ostentar el señorio efectivo sobre la cosa, este tipo de posesión es protegida por el derecho y como tal produce efectos jurídicos-* y como derecho - *esto es poder jurídico otorgado por el ordenamiento jurídico, con independencia de quien ostente la posesión efectiva o material del inmueble e independientemente de a quien corresponda el derecho real definitivo de la cosa, ej. Arrendatario-* **y el derecho a poseer** (ius possidendi), el que independientemente de que sea o no poseedor, compete a la persona a quien, según la Ley, corresponde la facultad de poseer la cosa.

Jiménez Paris citando a Peña de Bernaldo Quirós refiere “El fundamento de la protección de la posesión no está sólo en constituir la avanzada de la defensa de la propiedad, puesto que los efectos de la posesión son más amplios. Esta institución: Es en sí (como la propiedad) una garantía de la libertad y dignidad de la persona. Con la posesión se reconoce a la persona un ámbito de libertad de acción sobre los bienes

que le están sujetos, que merece el amparo inmediato de los poderes públicos en tanto, en juicio plenario, no se decida definitivamente sobre la titularidad de los bienes. Contribuye a la producción y a la estabilidad económica y social (se protege a los que explotan los bienes, labran los campos, ocupan las viviendas), impidiendo súbitos quebrantos de las unidades económicas y suavizando las consecuencias de las restituciones; y amparan al poseedor sobre todo aquellas normas que, como las de la usucapión, hacen que la posesión dé lugar a situaciones jurídicas definitivas. Contribuye a la misma seguridad del tráfico de los bienes, en la medida en que la posesión sea un signo de propiedad en el que cualquier adquirente pueda confiar a efectos de que su adquisición prevalezca, aunque el transmitente (y poseedor) no fuera el dueño. (Jiménez Paris, 2p17, p. 271), en suma, permita se mantenga la continuidad de determinado bien, sugiriendo que con ello también se garantiza el tráfico jurídico de los bienes inmuebles.

No pareciera haber problema, cuando el legislador pretende proteger la propiedad y posesión en el ordenamiento jurídico, sin embargo surge el conflicto cuando dichas figuras se ven enfrentadas en algún contexto en particular, esto es el delito de Usurpación, cuando con el afán de proteger la posesión, sea legítima e ilegítima (que no necesariamente este amparada en un título), y en esta última en particular se afecta el patrimonio del propietario no poseedor, limitando el ius utendi del propietario.

Ahora, no menos cierto es que la posesión como derecho y como hecho, es protegida ya en el Derecho Civil en virtud a que primero se pretende evitar que se ejerza violencia o amenaza en contra del poseedor (sea legítimo o ilegítimo), y con el objeto de garantizar el orden público, empero adicionalmente a ello, existe esta protección posesoria en tanto lo que se pretende es proteger la propiedad en sí misma, asumiendo que en su mayoría el poseedor es el propietario (titular) del inmueble, siendo que para

repeler la acción el propietario no necesita exhibir los títulos que lo amparan bastando se invoque su posesión. De este modo, los propietarios o titulares obtienen una fácil y rápida protección, aunque a costa de que, en algún caso, el que resulte protegido no sea el propietario sino el usurpador (poseedor ilegítimo).

2.2.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE PENA

Cuando se habla de proporcionalidad, se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional. Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la restricción que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción. (Castillo Cordova, 2004, p. 7)

Luis Castillo Cordova citando a Javier Barnes, respecto al principio de proporcionalidad refiere que de modo general puede definirse como aquel principio “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio” (Castillo Cordova, 2004, p. 8)

El Tribunal Constitucional respecto al principio de proporcionalidad indica: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve

para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no” (EXP. N.º 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f.j. 138).

Así en materia penal para Bramont – Arias Torres, éste principio es una consecuencia del carácter retributivo de la pena, entendiéndose la retribución en un sentido amplio como la respuesta que da el ordenamiento jurídico penal debido a la comisión de un delito, por lo que, la pena que se imponga debe tener un correlativo lógico con el delito que se ha cometido, así establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el que señala “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”. (Bramont – Arias Torres, 2008, p. 433)

Siendo, el principio de proporcionalidad uno reconocido constitucionalmente, es de observancia en todo el ordenamiento jurídico y particularmente en el Derecho Penal, rama dentro de la cual se pone se ve materializada en mayor medida la restricción de libertad y derechos de un sujeto, buscando en consecuencia siempre la “intervención mínima” del Estado, por ser esta rama precisamente la más estigmatizaste.

En esa línea, a fin de garantizar la supremacía constitucional, se exige que esta restricción de derechos y libertades se efectúen de manera coherente y en sincronía del sistema de penas, razón por la cual es menester que este principio sea aplicado tanto en su aspecto abstracto como en su aspecto concreto; entiéndase a la primera como prohibición e conminaciones desproporcionadas al momento de legislar y a la segunda como la prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador.

Así, es necesario que las penas a imponerse estén positivamente establecidas en la Ley, ya sea con fines de reinserción; de prevención de bienes jurídicos o de garantizar

la identidad y vigencia normativa, debe finalmente estar basada en la exigencia de proporcionalidad respecto del delito cometido. Esta proporcionalidad implica una racional ponderación de factores como: la gravedad de la conducta (afectación o peligro de bienes), el objeto de tutela y las consecuencias jurídicas (desvaloración del hecho). Es la búsqueda de la adecuada relación entre la gravedad de la sanción, por un lado, y la importancia del bien jurídico tutelado, así como las diversas formas posibles e afectación o menoscabo a ese bien jurídico, por el otro. (Bramont – Arias Torres, 2008, p. 433).

Así para poder determinar si una pena es proporcional al delito cometido es menester que el legislador y/o el operador jurídico analicen el contenido que el principio de proporcionalidad implica, esto es su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que a continuación pasamos a describir.

2.2.5. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo. Además, este principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo y necesario para conseguir el fin deseado.

2.2.6.1. EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD:

También llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad, se refiere a que un medio es apto/idóneo para conseguir el fin pretendido, “cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado” o “cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido”. En el Derecho Penal, este principio es entendido conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido. (Rojas, 2016, p. 6)

Según el Tribunal Constitucional, “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin”. (STC N° 0045-2004-AI). Así el análisis de idoneidad supone, “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante” (STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, f. j. 69.)

De dicha conceptualización, se puede afirmar que la idoneidad o adecuación debe ser medida con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen de que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como afines a los derechos no comprometidos realmente. (Burga Coronel, 2017, pp. 253 al 267)

En esa línea de ideas, el principio de idoneidad requiere que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que persigue; así tenemos que para el delito de usurpación se justifica la intervención del derecho penal en tanto se ve afectado el patrimonio como bien jurídico general, y de manera específica la posesión material y efectiva sobre un bien, pero adicionalmente es necesario que este regulada en el derecho penal pues en el actuar del sujeto activo ha existido conductas que revisten especial gravedad como es la violencia y amenaza, que más luego pueden poner en riesgo el orden social, es en este contexto que debe ser analizada la idoneidad de la medida y pena en la discusión y resultados de la presente investigación.

2.2.6.2. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD:

También denominado “de intervención mínima”, “de la alternativa menos gravosa” o “de subsidiariedad”, es un sub principio del principio de constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional ha definido a este subprincipio como “el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del “análisis de una relación medio-medio”, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.” (STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC, p 39)

Dicho principio obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.

En esa línea, únicamente será adecuado recurrir al Derecho Penal cuando no son eficaces todos los demás medios de control, ya que éste es el último recurso que ha de utilizar el Estado, tomando en cuenta la especial gravedad que revisten las sanciones penales, esto es, el llamado carácter de ultima ratio, que es producto de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, a partir de la cual no es posible llevar el carácter estigmatizante de la pena hasta la exageración.

Así podemos decir que este principio nos obliga a comparar las medidas restrictivas aplicables a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos. Si bien el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el momento legislativo, en el momento de selección de las conductas a incriminar, también opera en el momento de aplicación de la ley penal. Tanto en el hecho de recurrir a la amenaza a través de la conminación penal como en su caso la gravedad de la pena, ha de justificarse en la necesidad de protección de bienes jurídicos.

Como bien explica el Tribunal Constitucional este sub principio “Busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o al menos que lo sean optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin”. (STC N° 0045-2004-AI). “Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. (STC N° 0045-2004-AI)

Bajo lo antes expuesto, en los resultados de la investigación habrá que verificar si la posesión como parte integrante del patrimonio se encuentra igualmente protegida en otra rama del derecho menos gravosa, así será necesario desarrollar la protección posesoria que se otorga a esta figura en el Derecho Civil y luego de su análisis determinar si es necesaria o no la intervención del derecho penal o por el contrario basta la aplicación del derecho civil en la protección de la posesión.

- **EXIGENCIAS DEL SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD** Teniendo a la vista los diversos medios alternativos se debe analizar si estos cumplen con dos exigencias del subprincipio de necesidad: **a. Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos:** las palabras claves en este punto son idoneidad equivalente y fin inmediato. El primer punto se refiere a llevarse a cabo un análisis de los medios alternativos. En cuanto a la finalidad inmediata que debe ser obtenida al escoger la medida alternativa; esto es si el medio elegido contribuye en mayor medida a la obtención de la finalidad inmediata. **b. Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado:** sobre este punto el autor señala que una medida adoptada por el legislador resulta innecesaria, si alguno de los medios alternativos reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además que interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado. De tal forma que el medio alternativo elegido no afecte negativamente el derecho fundamental. (Alegria, at el, 2011, p. 27-28)

2.2.6.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO Estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina.

Para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad en sentido estricto “Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción –o realización- del otro del otro”. (STC N° 0045-2004-AI)

“Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional”. (STC N° 0045-2004-AI)

“En lo referente a la ponderación en sentido estricto, la misma tiene tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Sólo una vez realizada la valoración de las tres fases e que se podrá crear lo que vendrá a ser la regla

de precedencia condicionante. Para hacer más gráfica la presente explicación de la teoría de la ponderación, nos hemos de valer del conflicto de derechos fundamentales producido por la denominada Ley de Justicia y Paz colombiana, que otorgaba una pena muy reducida a ex paramilitares, a cambio de deponer las armas, someterse al proceso de paz, y, reparar a las víctimas del conflicto armado que hubiesen afectado”. (Alegria, at el, 2011, p. 31) “El primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales, la misma que ha sido clasificada por Alexy en tres niveles: “afectación leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. En el caso de la 44 Ley mencionada, los derechos en conflicto son por un lado el Derecho a la paz de la sociedad colombiana, y, por otro lado el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. De ser aprobada dicha ley la misma significaría una afectación leve al derecho a la verdad, pues los paramilitares se obligaban a confesar, una afectación intensa al derecho a la justicia, por la gran rebaja de penas, y, una afectación leve al derecho a la reparación, al verse los beneficiados obligados a reparar a las víctimas. De otro lado, la misma de no ser aprobada, significaría una afectación intensa al derecho a la paz, toda vez que el conflicto armado seguiría en ese extremo, mas no implicaría una afectación al resto de derechos”. (Alegria, at el, 2011, p. 31)

“El segundo paso es la denominada fórmula de los pesos, en ella se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres valores fundamentales: el peso abstracto del principio, el peso concreto del mismo, y la seguridad de la afectación del principio. Por ejemplo en el caso tratado, el peso abstracto de la paz se le podría asignar un valor de 10, su peso concreto constituido por el grado de afectación sería de 3, y el de la seguridad de la afectación sería 1. Por otro lado, el peso asignado a la justicia, la verdad y la reparación sería de 8, su valor promedio en función a la afectación sería de 1.6. Ahora, para resolver cuál

de los dos tendría un mayor valor, se habría de multiplicar las variables de la paz entre las de los derechos de las víctimas, y, viceversa, siendo el resultado deseable el que dé más beneficios para la sociedad. Haciendo los cálculos daría que el resultado de ser aprobada la norma, entre los costos de la misma es de 2.3, mientras que en el proceso inverso sería de 0.42. Por ende, 45 luego de este cálculo el mayor beneficio sería obtenido de aprobarse la norma”. (Alegria, at el, 2011, p. 31) “Este paso es particularmente polémico, y lo hemos de omitir al momento que realicemos el análisis de los conflictos de derechos, pues la denominada formula de los pesos es desde nuestra opinión impracticable al ser imposible atribuir un valor abstracto al principio afectado”. (Alegria, at el, 2011, p. 32)

“El tercer paso es la carga argumentativa, que se da cuando existe una igualdad en los resultados numéricos producidos en la fórmula de los pesos. Ahora bien, a nuestro entender este paso podría reformularse, siendo reemplazado por un ejercicio argumentativo que si bien comparte el mismo principio que la fórmula de los pesos de ALEXY (la obtención de un mayor beneficio para la sociedad), no se arriesga a asignar una valoración numérica de los principios, sino que opta por dar una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos. Con ello hacemos referencia expresa a la utilización de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho”. (Alegria, at el, 2011, p. 32) “Reformulando entonces la teoría de la ponderación de ALEXY, siguiendo el modelo propuesto por BERNAL PULIDO, el análisis de ponderación para el conflicto de derechos fundamentales se realizará de la siguiente forma: i) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención. (Determinación del grado de afectación del derecho

fundamental) ii) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental. (Análisis económico de los efectos) iii) Sobre la base de los resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos sólo para el caso concreto”. (Alegria, at el, 2011, p. 32) Los derechos fundamentales constituyen, en consecuencia, el ejemplo más claro de principios en el ordenamiento jurídico. Por tanto, y como dice Alexy, el principio de proporcionalidad resulta consustancial al modelo de principios que representan los derechos fundamentales en el Estado democrático.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. EL ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El enfoque de investigación constituye un proceso sistemático, disciplinado y controlado mediante el cual el investigador aborda el objeto materia de investigación, es decir la perspectiva desde la cual abordara el problema; así tenemos que los trabajos de investigación se sustentan en dos enfoques principales: el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo, los cuales de manera conjunta forman un tercer enfoque, el enfoque mixto.

En el presente trabajo de investigación el enfoque de investigación adoptado es el cualitativo, relacionado directamente con el método inductivo que consiste en ir de los casos particulares a la generalización, así lo que se pretende es que el estudio se realice de manera específica (Flick, 2007, p. 15),

Por lo general, esta exploración se realiza con la recopilación de datos sin medición numérica, lo cual permite que emerjan puntos de vista, emociones, experiencias y otros aspectos no cuantificables. De esta manera, se pretende entender la realidad a través de esas aportaciones subjetivas, o bien, a través de las interpretaciones, también, subjetivas que de ellas hace el propio investigador. (Muñoz Razo, 2011, p. 22); así esta investigación analizó el contenido del delito de Usurpación previsto en el artículo 202 del Código Penal, específicamente el supuesto de hecho en el que se imputa la conducta al propietario no poseedor de un inmueble y la probable afectación del patrimonio y proporcionalidad de pena.

Pretendiendo desarrollar conceptos, intelecciones y comprensiones partiendo de las pautas o datos que se encuentran en la realidad. Así, el investigador de manera

inductiva pasa del dato observado a identificar los parámetros normativos del comportamiento, que son aceptados por los individuos en contextos específicos históricamente determinados. (Monje Álvarez, 2011, p. 13).

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación “expresa la estructura del problema, así como el plan de la investigación, para obtener evidencia empírica sobre las relaciones buscadas”. (Recuperado en fecha 03 de abril del año 2017, y disponible en: <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>),

Por tanto, la investigación es de carácter dogmático jurídico, pues su objeto de estudio son las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc. (Ramos 2011: 94-95; Aranzamendi 2005: 189-192), las que, a su vez, son fuentes de la investigación, como la doctrina jurídica.

En este diseño metodológico, a su vez podemos encontrar investigaciones **exegéticas**, (...) que tienen como único objeto - y, a su vez, como fuente de las que se vale - las normas positivas y la voluntad del legislador expresada en ellas. El rol del investigador es analizar las normas positivas y elaborar respuestas a problemas jurídicos a partir exclusivamente del texto normativo, lo cual limita el objeto de estudio a la aplicación del Derecho positivo (Witker y Larios 1997: 184-186). (Recuperado en fecha 11 de octubre del año 2019, y disponible en: <http://investgación.pucp.edu.pe//guiadeinvestigaciónenderecho //pdf>).

En ese contexto, la investigación se desarrollará desde el plano dogmático – exegético, pues se analizará el contenido del delito de Usurpación previsto en el artículo 202 del Código Penal, desde su objeto de protección, la posesión. Para a partir de ello verificar si cuando se imputa la conducta al propietario no poseedor del inmueble se ve afectado su patrimonio, y determinar si la pena impuesta es proporcional a la conducta reprochada.

Finalmente, el escenario de estudio (teórico) responde a las preguntas: ¿Cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación?, ¿Se afecta el patrimonio del propietario no poseedor, en el delito de Usurpación?, ¿Es proporcional la pena aplicada por el legislador en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor?

3.3. MÉTODOS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Los métodos que usan en la presente investigación son el descriptivo, exegético y hermenéutico. El método descriptivo es un punto de referencia necesario para comprender el estado actual de la problemática que se investiga. Es un acercamiento preliminar y necesario para entender los entretelones del problema de la investigación. Respecto al método exegético, nos permitirá comprender, interpretar lo que quiere establecer el legislador. Finalmente, el método hermenéutico, hay que indicar que sirve para explicitar los puntos que permanecen ocultos o encubiertos del objeto de investigación por diversas razones, por tanto, sacarlos a relucir y mostrarlos es una tarea del investigador, entonces, acudiendo al método hermenéutico se puede conseguir o ubicar esas situaciones escondidas de la realidad problemática.

Los instrumentos de investigación que se usarán para recoger y obtener la información necesaria relacionada al problema de investigación son: **i) ficha de resumen y, ii)**

ficha de registro bibliográfico. El primero sirve para constatar el modo y la manera en que se han regulado el delito de Usurpación en la jurisprudencia nacional. El segundo sirve para recoger toda la información bibliográfica disponible respecto a los alcances del de la posesión en el delito de Usurpación (libros, revistas, periódicos, entre otros).

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. CUESTIONES PREVIAS

La temática central dentro de la cual se desarrolla la investigación, es el delito de Usurpación, previsto y sancionado en el artículo 202 del Código Penal, y las modalidades delictivas previstas son la alteración o destrucción de linderos, la turbación posesoria, el despojo de la posesión, mediante actos de violencia, amenaza, abuso de confianza y ausencia del poseedor.

A nivel doctrinal, se han desarrollado diferentes posturas sobre el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación, un sector indica que, se protege el derecho de posesión derivado del derecho de propiedad; otro en cambio señala que, se protege la posesión material sobre el inmueble, independientemente del origen o título que la respalde; así la legislación nacional, se ha adherido a esta última postura, en mérito de la cual para la configuración del delito e imposición de la pena, resulta irrelevante que la conducta sea imputada al propietario no poseedor del inmueble, lo que, desde nuestro punto de vista, cuestiona la probable afectación del derecho al patrimonio y proporcionalidad de pena, del propietario no poseedor del inmueble.

En ese orden de cosas, los lineamientos que se expondrán en los siguientes párrafos son:

- (i) Explicar los alcances de la posesión en el delito de usurpación, en el Código Penal Peruano.
- (ii) Analizar y desarrollar si se afecta el patrimonio del propietario no poseedor en el delito de Usurpación.

- (iii) Desarrollar el principio de proporcionalidad de pena y determinar si es proporcional la pena prevista en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor.

4.2. PRIMER COMPONENTE DE LA INVESTIGACIÓN: BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE USURPACIÓN

4.2.1. ALCANCES DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO PENAL PERUANO

El Derecho Penal es un instrumento de control social, que recoge a través de tipos penales, conductas (acciones u omisiones) que define como delitos, y de acuerdo a la gravedad establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores; así lo que se pretende a través del Derecho Penal, es evitar aquellas conductas que la sociedad considera indeseables, que no se ajustan a la convivencia social, procurando un sistema de valores acorde con los principios e instituciones protegidas en el ordenamiento constitucional.

Bajo esa premisa, es fundamental considerar que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos (Villavicencio, 2017, p. 9), entendido como aquellas circunstancias dadas 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. (Roxin, 1999, pp. 55-56).

Para Bramont Arias, el tipo penal no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos, capítulos que contiene nuestro Código Penal, por lo que resulta entonces

que nuestro Código Penal otorga una agrupación sistemática de dichos bienes jurídicos a través de toda su extensión normativa. Así, se entenderá que la defensa del bien jurídico, es lo que da sentido al ordenamiento jurídico penal. (Bramont Arias, 2000, p. 134)

Contextualizando, el delito de Usurpación previsto y sancionado en el artículo 202, se encuentra regulado en el Título V del Código Penal que recoge los denominados “Delitos Contra el Patrimonio”, siendo así y tomando en cuenta lo expresado por Bramont Arias, corresponde señalar que, el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación constituye, de manera general, el patrimonio de las personas; así lo ha reconocido la doctrina mayoritaria a nivel nacional, con la precisión que, en específico se protege la posesión, como el ejercicio concreto de un derecho real; empero surge aquí las discrepancias interpretativas, respecto a los alcances de la posesión, pues a nivel doctrinal existen diferentes posturas que difieren en la amplitud de su reconocimiento.

Un sector de la doctrina considera que, la posesión que merece protección es únicamente aquella derivada del derecho de propiedad, es decir, aquella que protege al poseedor en la condición que, quien lleva adelante éste derecho es el propietario del inmueble; en contraposición, existe otra postura que considera, se protege la posesión, independientemente del derecho o inexistencia de derecho que la ampare, propiciando la imputación del delito al propietario no poseedor del inmueble; última postura a la que nuestro Código se ha adherido y deber ser analizada con sumo cuidado, por los intereses y derechos que se ven afectados con la intervención del Derecho Penal, máxime si esta puede en su versión más grave restringir derechos fundamentales como el de la libertad.

Siendo la posesión una institución propia del Derecho Civil peruano, se encuentra regulada en el artículo 896 del Código Civil y es entendida como el ejercicio de hecho de uno más poderes inherentes a la propiedad, otorgándole autonomía y reconociéndole como un derecho que nace con la sola conducta (dominio) que ejerce una persona sobre un bien inmueble, sin importar si tiene derecho o no sobre ella, pues el actuar del poseedor genera la apariencia que estamos ante una persona con el derecho a poseer.

Definición que ha permitido acuñar dos conceptos, desarrollados de manera extensa en el marco teórico de esta investigación, nos referimos al Derecho **de** posesión (deriva de la conducta, dominio fáctico) y el derecho **a la** posesión (proviene de un título). Y es precisamente el primer concepto “derecho de posesión”, el que ha sido trasladado como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación, pues lo que el legislador pretende proteger es el señorío de hecho sobre la cosa, para la que es indiferente la existencia del título que la legitime.

En palabras de Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago el amparo penal surge desde que se adquiere el *corpus*, como hemos visto *in extenso*, que puede ser no solo por actos legítimos, sino aún por ilegítimos, por la buena o mala fe, etc.; es claro deducir que lo protegido por la norma penal es toda clase de posesión, con prescindencia de su legitimidad, como ya se dijo, sea de buena o mala fe, y aun la viciosa sin tener en cuenta la idoneidad del título de la posesión, esa prescindencia a la causa que le dio origen, da un rasgo particular a la posesión tomado en el sentido penal, porque no tutela sino la conducta que atenta a la pacífica posesión, prescindiendo del mejor derecho de poseer, pues basta la existencia de un poder de hecho consolidado sobre la cosa, abarcándose toda clase de tenencia, esto entendido por la sistemática de nuestra norma material civil,

como posesión inmediata o precaria. (Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago, 2009, pp.104, 105)

En el mismo sentido, diversa jurisprudencia nacional (R.N N° 1733-2014, R.N. N° 2777-2016, R.N N° 3251-2013) coincide en señalar que para la configuración del ilícito basta que el sujeto pasivo ostente al momento de los hechos la posesión material del bien inmueble, siendo irrelevante el título que pueda tener sobre él; en caso de tratarse de posesión ilegítima, legítima, precaria, también se encuentran amparadas por el Derecho Penal no pudiendo ser privado el poseedor del inmueble sino por vía lícita, ello en tanto lo que se protege es la posesión pacífica y que nadie pueda ingresar a perturbar la tranquilidad de la posesión, pero además porque lo que se pretende es conservar el orden social, evitando que sus ciudadanos a través de vías de hecho puedan ejercer justicia por propias manos a través de actos de violencia o amenaza, entre otros.

Entonces, los alcances de la posesión como bien jurídico protegido, en el delito de Usurpación, es aquella que requiere ser demostrada fáctica y materialmente, no siendo necesario que esta se vea respaldada por un título o derecho que la legitime, quedando fuera del ámbito probatorio cualquier tipo de título que respalden el derecho a la posesión sobre el inmueble, ni siquiera cuando quien exhiba dicho título sea el propietario no poseedor del inmueble.

Lo que conlleva, se contemplen o protejan dos tipos de posesión, de un lado la posesión legítima, cuando la apariencia o poder de hecho sobre un inmueble se vea respaldado en un título (ej. Cuando el propietario es quien se encuentre en poder de físico del bien inmueble) en cuyo caso no existe mayor inconveniente. Y de otro lado, la posesión ilegítima, cuando quien ejerce la posesión material del

inmueble y lo exterioriza frente a terceros con la apariencia de propiedad, en la realidad no se encuentre respaldado por título que lo legitime, en cuyo caso, es posible la imputación del delito al propietario no poseedor del inmueble.

Entonces, el Derecho Penal peruano defiende a la posesión como el real goce y disfrute efectivo, socialmente manifestado sobre un bien; apartándose de la protección posesoria derivada del derecho de propiedad, y por tanto condicionada al respaldo de la posesión por un título que la legitime, protección que, si bien resulta más amplia, da ocasión a que se sancione en la misma magnitud a personas que cuentan con título que legitime su derecho sobre el inmueble, como es el caso del propietario no poseedor del inmueble.

Tomando postura, es menester exponer y analizar los fundamentos que dieron origen a la protección de la posesión, y es que, según lo desarrollado por Ihering se le otorga protección jurídica, a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad, es decir con fines meramente probatorios, entendiendo que la posesión es la visibilidad, exterioridad de la propiedad en su estado normal, así la posesión no es la meta, es solo la mejor fórmula que existe actualmente para resolver el problema de las dificultades probatorias, a pesar de que algunos ilegítimos se beneficien de ello.

Y es que, si bien con la posesión se protege por regla general al propietario, puede suceder que esta protección sea aprovechada por el no propietario, beneficiando de este modo a una persona para quien no ha sido creada la institución, circunstancias que es inevitable por la apariencia de derecho que ejerce frente a terceros, y que debe ser advertida por los operadores de justicia en cada caso en concreto, al menos en el Derecho Penal, pues si dentro de un proceso, el

investigado exhibe título que respalde el derecho a la posesión, y el “agraviado” no cuenta con título que lo legitime frente al imputado (ej, propietario no poseedor), la razón de ser de la posesión desaparece, porque no estaríamos en el supuesto de apariencia o exteriorización de derecho legítimo; y por tanto, la afectación al bien jurídico, no será de la misma. Así, la intervención del derecho penal debe hallarse diferenciada, en este supuesto hecho, máxime por las consecuencias que trae consigo una sentencia condenatoria por este delito, como son la imposición de penas privativas de libertad y la consecuente generación de antecedentes penales.

Sin perjuicio de lo antes señalado, no podemos ser ajenos a los medios comisivos utilizados en la comisión del delito, como la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; y permitir con nuestra afirmación, se deje de proteger el goce de un derecho real, pues abriríamos paso a que los sujetos ejerzan justicia por sus propias manos a través de violencia, amenaza o similares impidiendo que las actividades se desarrollen dentro del marco de una convivencia social.

4.3. SEGUNDO COMPOTENTE DE LA INVESTIGACION: ANALIZAR Y DESARROLLAR SI SE AFECTA EL PATRIMONIO DEL PROPIETARIO NO POSEEDOR EN EL DELITO DE USURPACIÓN.

Otro de los tópicos abordados en la presente investigación, es analizar si con los alcances de la posesión -legítima e ilegítima-, se afecta de algún modo el patrimonio del propietario no poseedor del inmueble, y es que con la protección de la posesión ilegítima (no respaldada por un título que la legitime) en el Derecho

Penal – Delito de Usurpación, puede ponerse en discusión otros derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Por la ubicación del delito de usurpación en el Código Penal, de manera general habíamos dicho que se ve afectado el patrimonio de las personas, al que se le ha definido en doctrina como las cosas (bienes y derechos) que tienen valor económico, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. Al respecto Vizcardo (2014) conceptualizó el patrimonio como aquellos bienes que tienen un valor económico, y que el propietario tiene la facultad que el ordenamiento jurídico le brinda, el de ejercer los derechos inherentes a la propiedad, por tanto la concepción jurídica a la que nos adherimos para analizar esta institución es la mixta.

Continuando, se tiene que al patrimonio se le vincula casi siempre con el derecho de propiedad reconocido y tutelado no solamente por el Código Civil sino también a nivel constitucional, y es que en efecto no podemos negar que uno de los derechos protegidos por el patrimonio constituye la propiedad, pero no únicamente éste, sino un conglomerado como las cosas, bienes y créditos con valor económico como; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión; las expectativas (ganancias futuras).

Siendo así, no existe inconveniente si de manera específica el delito de Usurpación recoge la posesión como bien jurídico, en tanto se encuentra reconocido por el derecho de manera autónoma, y se protege frente a terceros, con el fundamento de que ésta exterioriza el derecho de propiedad u otro derecho real sobre el bien inmueble; además del valor probatorio frente a terceros, en el supuesto de apariencia de propiedad que se logra con la posesión; empero si nos adentramos

más a los alcances que se ha otorgado a la posesión, cuando reiterada jurisprudencia ha indicado que basta con que se acredite ostentar la tenencia legítima como ilegítima al momento de los hechos antijurídicos, es inevitable que analicemos sin con la posesión ilegítima, en concreto, no se ve afectado el derecho al patrimonio (propiedad) del propietario no poseedor.

Partiendo de ese supuesto, la posesión ilegítima¹, se encuentra recogida en el Código Civil, y se le otorgado una serie de consecuencias que surgen cuando se ha concluido el examen sobre el derecho a poseer y se ha establecido la ausencia del derecho, es decir luego de efectuada una actividad probatoria, en cuyo supuesto (consecuencias de la posesión ilegítima) la posesión ya no está en funcionamiento como institución jurídica pues ha identificado al verdadero titular del bien y con ello el rol principal de la posesión. En suma la posesión como institución jurídica desaparece cuando se logra establecer a través de un análisis probatorio que esta deviene en ilegítima.

En observancia a lo expuesto en párrafo anterior, y atendiendo a que el derecho penal protege una posesión ilegítima, cuando esta interviene como institución jurídica, por cuanto **no** se ha efectuado una valoración probatoria respecto al título que la respalda no encontramos mayor inconveniente, empero si del proceso penal, etapa de investigación, resulta que uno de los procesados (imputados o investigados) por este delito exhibe título de propiedad sobre el inmueble, nos parece poco lógico que este título no sea valorado por los operadores de justicia, bajo el supuesto de que lo que se protege es la posesión material de un inmueble, pues su exclusión en la valoración, ocasiona que la posesión ilegítima siga

¹ *Son los poseedores que ejercen de hecho atributos de la propiedad pero si tener ningún derecho sobre el bien. Si saben de su ilegitimidad son poseedores de mala fe. Si ignoran dicha situación son ilegítimos de buena fe*

considerada como institución jurídica con respaldo normativo incluso frente al propietario, quien en contraposición, sería sancionado en el peor de los supuestos con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.

Así, cabe preguntarse si la falta de valoración ocasionaría una manifiesta confrontación con el derecho de propiedad, entendida como el dominio que tiene el titular sobre el bien, y al cual el derecho civil ha reconocido el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. (art. 923 C.C.), y por tanto las facultades de persecución y de preferencia frente a terceros.

Circunstancia que creemos se pone en manifiesto en el caso en concreto, pues pese a que, de alguna manera el imputado trate de evidenciar ante la autoridad el derecho que ejerce sobre el bien inmueble, este finalmente no será valorado por el operador jurídico, impidiendo en sede penal que el propietario pueda hacer valer su derecho absoluto frente al poseedor ilegítimo.

Analizando, si bien en sede penal la posesión ilegítima es pasible de protección, ello no implica que los derechos inherentes y absolutos al propietario hayan desaparecido (derecho a la posesión), sino más bien, sugiere el legislador, que los haga valer en vía correspondiente, evitando de esta forma las vías de hecho.

Así, nos encontramos con una figura similar a la de los interdictos, por cuanto si bien en sede penal se emitirá una sentencia ordenando la restitución de la posesión del bien y el consecuente reconocimiento del derecho de posesión (material, fáctico) del ilegítimo, esta se entiende se otorgará de manera provisional e independiente de la que puede ser emitida en vía civil, si el propietario, a través de acción de reivindicación, o acciones posesorias, en mérito de las cuales se discute el derecho a la posesión; por tanto, la sentencias en materia penal no podrán ser

oponibles en una acción petitoria como es la de mejor de derecho a la posesión o la acción reivindicatoria o la de mejor derecho de propiedad. Por el contrario, la sentencia dictada en una acción posesoria produce los efectos de la cosa juzgada no pudiendo abrirse un nuevo debate sobre el mejor derecho declarado judicialmente.

Así el vencido en juicio penal, puede recurrir a la acción posesoria, o 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.

En suma, de manera general no se vería afectado el derecho de patrimonio (propiedad) si en sede penal se reconoce el derecho de posesión del ilegítimo, pues queda expedito la vía civil para que, quien se considere con mejor derecho lo haga valer, empero, nos parece razonable que si bien no es determinante para la configuración del ilícito, la legitimidad o no de la posesión, se debe de observar o ser valorado a efectos de la determinación de la pena, si quien actuó como sujeto activo del delito, fue el propietario del inmueble.

4.4. TERCER COMPONENTE: PROPORCIONALIDAD DE PENA EN EL DELITO DE USURPACIÓN.

Finalmente, se ha postulado una posible afectación al principio de proporcionalidad de pena, en el espacio punitivo planteado en el delito de usurpación previsto y sancionado en el artículo 202 del Código Penal.

4.4.1. PRIMERA APROXIMACION PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA: (A partir del método comparativo)

Con la finalidad de establecer la proporcionalidad o la desproporcionalidad de la sanción (pena privativa de libertad) en el delito de Usurpación, recurriremos a la regulación de este ilícito en el derecho comparado a fin de establecer una comparación de los espacios punitivos y a la sanción impuesta en delitos contra el patrimonio en el derecho penal peruano para que sirva como punto de referencia en este trabajo de investigación.

a. En el Derecho Penal Español

El delito de Usurpación se encuentra regulado en el **Artículo 245** que refiere:

1. 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.

2. 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, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

b. En el Derecho Penal Chileno

El delito de usurpación se encuentra tipificado en el Artículo 457 que a la letra nos dice:

“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 éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la

violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

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 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada.”

4.4.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA ESTABLECER LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL ARTÍCULO 202 DEL CÓDIGO PENAL.

En este apartado lo que se hará, es aplicar el test de proporcionalidad para determinar si es proporcional o no la pena fijada en el delito de usurpación regulada artículo 202 del Código Penal, cuando la conducta se imputa al propietario no poseedor del inmueble.

A. Sub principio de idoneidad.- MEDIO – FIN

Este sub-principio de idoneidad, como habíamos mencionado consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, “cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado” o “cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido”. En el Derecho Penal, la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido.

Así el análisis de idoneidad supone, para el Tribunal Constitucional “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante” (STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, f. j. 69.)

Las preguntas que debemos responder aplicando el Sub principio de idoneidad son:

1.- ¿Es idóneo la inclusión del delito de usurpación en el Código Penal?

El fundamento de incorporación de la usurpación como delito se ha producido en respuesta a la problemática social vivida en el país, esto es por el significativo déficit en el saneamiento de las tierras, y lo costoso que resulta mantener la propiedad en el derecho registral y notarial; lo que ocasiona que las personas pese a ser propietarias de un inmueble, no puedan por la informalidad en el país, exhibir su título de propiedad o derecho que tengan sobre el bien y en su lugar sirva como prueba o exteriorización de su derecho, la posesión material, fáctica, que se ejerza sobre el bien inmueble, pero siempre en la consigna de que quien ejerce dicho derecho de posesión cuenta con título que lo ampare; además, para la configuración de este ilícito penal es menester que concurren actos de violencia, amenaza, abuso de confianza en la realización del acto delictivo, pues solo así será justificada la intervención del derecho penal.

Entonces, podemos afirmar que la intervención del derecho penal es legítima, en tanto lo que se protege es el tranquilo y pacífico disfrute de la posesión de un inmueble (siempre en la consigna de que quien posee materialmente el inmueble también cuenta con un título), ante actos de violencia, amenaza que puedan ejercer terceros, evitando que personas inescrupulosas se aprovechen dolosamente de esta situación para, en primer lugar; lograr entrar a dichas tierras utilizando múltiples técnicas, y luego logran ocuparla y permanecer todo el tiempo que se pueda, y hasta lograr despojar de la propiedad-posesión de las personas que anteriormente estaban ocupándola.

Garantizando con ello la protección del patrimonio de las personas –o también propiedad como concepto mucho más antiguo- entendida como un derecho que

representa una de las condiciones vitales para la supervivencia del ser humano en la vida social.

Lo expreso no significa que, el Derecho Penal tenga que intervenir ante todo ataque a la posesión de un bien inmueble, pues para garantizar su legitimación en esta esfera de la criminalidad, se requiere identificar en plus de sustantividad, nos referimos a los medios comisivos que emplea el agente para perpetrar el injusto, la violencia, amenaza y el de abuso de confianza, tal como desprende del artículo 202 del Código Penal, de no ser así estaríamos contraviniendo los principios de subsidiariedad y de ultima ratio.

2.- ¿Es idóneo la pena fijada para el delito de Usurpación?

Corresponde verificar si la medida adoptada logra la finalidad propuesta, esto es la protección de la posesión pacífica en el delito de usurpación, así las consecuencias inmediatas en el delito de usurpación, por un lado es la restitución del bien inmueble y por otro la imposición de una pena privativa de libertad que va desde los dos hasta cinco años como consecuencia de la vulneración al bien jurídico protegido.

Hasta allí, coincidimos con el medio fin estipulado, empero somos críticos por la falta de distinción que hacen los legisladores y operadores de justicia, cuando refieren que la protección de posesión en el delito de usurpación, es indistinta, ósea no es relevante si está en su origen deviene en legítima o ilegítima, ocasionando que la sanción a imponerse cuando **“la imputación efectuada es contra del propietario no poseedor del inmueble”**, sea la misma, que quien actuó sin derecho alguno, circunstancia que analizaremos más adelante.

B. Sub principio de necesidad.- Medios alternativos menos gravosos.

El principio de necesidad obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables verificando que estas sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.

El tribunal Constitucional ha establecido que para analizar si una medida o sanción adoptada es necesaria deberá cumplirse dos exigencias: **a.** Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos: Este punto se refiere a llevarse a cabo un análisis de los medios alternativos. En cuanto a la finalidad inmediata que debe ser obtenida al escoger la medida alternativa; esto es si el medio elegido contribuye en mayor medida a la obtención de la finalidad inmediata. **b.** Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado: sobre este punto el autor señala que una medida adoptada por el legislador resulta innecesaria, si alguno de los medios alternativos reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además que interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado. De tal forma que el medio alternativo elegido no afecte negativamente el derecho fundamental.

a. Que medios alternativos regula el Derecho Penal para la protección de la posesión como derecho

La posesión como hecho y derecho, han merecido amplia protección en el Derecho Civil y Procesal Civil Peruano, así se ha recogido figuras como la defensa posesoria extrajudicial, los interdictos y acciones posesorias, las que pasamos a definir y analizar brevemente, a fin de determinar si son igual de idóneas, para la protección del fin inmediato en el delito de usurpación (protección de la pacífica posesión de

un inmueble), precisando que dicho análisis se realizara únicamente respecto a la intervención del derecho penal para el caso de la posesión ilegítima.

- **Defensa posesoria extrajudicial**

El artículo 920 del Código Civil, de manera excepcional protege la posesión material de un inmueble, sin la intervención de algún ente jurisdiccional, así establece que el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, debiendo el poseedor abstenerse de vías de hecho no justificadas por las circunstancias; ahora bien para los casos de defensa extrajudicial deben concurrir los siguientes requisitos: la violencia empleada por un tercero contra el poseedor, la reacción inmediata del poseedor (entre el ataque y defensa debe existir no más de 24 horas), abstenerse de vías de hecho no justificadas (solo se limita a medios de legítima defensa) e imposibilidad de la intervención de la autoridad.

Cabe preguntarse, si con la defensa posesoria extrajudicial se garantiza y protege el ejercicio de una posesión pacífica del poseedor ilegítimo frente a quien pretende por justo título recobrar su derecho de posesión; así tenemos que, por lo restringida que es la figura, esto es, el tiempo en el que se debe ejecutar, no se cumple con la protección del poseedor ilegítimo en sentido amplio sino únicamente en un supuesto en específico, y porque pese al ejercicio de la fuerza para repeler el despojo puede ocurrir que no se logre recobrar materialmente la posesión del inmueble.

- **Interdictos**

Son aquellos procesos judiciales contenciosos civiles, cuyo objeto de debate constituye el hecho de la posesión (mas no el derecho a ésta), así el

código Procesal Civil prevé la figura, en los artículos 597 al 607 y el fundamento de su regulación y protección es el deseo del Estado de conservar y garantizar el disfrute de los derechos individuales, pues con ello se impide el ejercicio de la justicia privada, además, porque es de interés general que el poseedor no sea privado por otro de la posesión y que no sea molestado en ella por nadie.

El interdicto de recobrar (Art. 603 CPC) procede cuando el poseedor ha sido despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso judicial previo y que el despojo no ocurra en ejercicio del derecho de defensa posesoria extrajudicial; y el interdicto de retener (Art. 606 CPC), procede cuando el poseedor es perturbado de su posesión, solicitando el cese o suspensión de los actos de perturbación.

Comparando, en el Delito de Usurpación y los interdictos, lo que se protege, de manera general, es la posesión como hecho, el ejercicio material de la misma, independientemente de su origen, pues el Estado debe conservar y garantizar el disfrute de los derechos individuales, impidiendo el ejercicio de la justicia privada, además, porque es de interés general que el poseedor no sea privado por otro de la posesión y que no sea molestado en ella por nadie.

En esa línea, es perfectamente posible que el poseedor ilegítimo vea amparada su posesión de hecho y consecuente restitución del bien, sin necesidad de recurrir al Derecho Penal – Usurpación, empero la nota adicional que reviste de gravedad a la conducta sancionada en el delito de usurpación, son las actuaciones violentas en la ejecución del despojo,

circunstancias que no pueden pasar desapercibidas y que han dado lugar a que sean contempladas por el derecho punitivo.

b. Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado:

Hemos visto medios alternativos como la interposición de interdictos, que permiten al poseedor ilegítimo proteger su posesión de facto frente a terceros (incluso contra el propietario), cumpliendo una de las finalidades inmediatas del delito de Usurpación, la restitución de la posesión del inmueble, pero es importante también, porque interviene en menor grado el derecho fundamental a la libertad del propietario no poseedor, pues un proceso civil no restringe ni limita la libertad personal el individuo: situaciones que nos harían colegir, que existe medio alternativo más benigno (los interdictos) que evitaría, se vea afectado el derecho a la libertad personal; empero corresponde anotar que, se deja fuera de alcance en vía civil la actuación mediante actos violentos, amenaza, engaño o abuso de confianza, los que precisamente dotan de gravedad al delito de Usurpación, permitiendo la intervención del Derecho Penal, a fin de evitar que los ciudadanos intervengan por fuerza propia y garantizando la convivencia social en paz.

C. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.- Ponderación de principios.

Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción –o realización– del otro.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica ponderando intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

Ahora bien, en el caso en concreto, se pone en juego el derecho de posesión (ilegítima) frente al derecho a la libertad de una persona (propietario no poseedor de un inmueble).

En el delito de usurpación, lo inmediatamente querido es, la restitución del bien usurpado, así los ciudadanos recurren al derecho penal – usurpación, porque consideran que de ésta manera es mucho más fácil y rápido recuperar la posesión de un inmueble, es más, algunos con las resoluciones emitidas en su favor pretenden arrogarse derecho a la posesión sobre un bien inmueble respecto del cual carecen de título real, es decir, a través de este medio personas inescrupulosas, pretenden legitimar una posesión que en su origen es ilegítima.

Por su parte, la pena privativa de libertad, en el delito de Usurpación contempla un espacio punitivo que va desde los dos a cinco años, en su tipo penal base, no advirtiendo de la lectura, planteamiento de atenuantes, que rebajen la pena cuando a quien se le imputa la conducta sea el propietario no poseedor del bien inmueble.

Bajo esas premisas, el medio fin adoptado por el legislador en el tipo penal de Usurpación, no es proporcional en sentido estricto, porque el interés estatal que se

pretende salvaguardar con la protección penal de la posesión, en el caso del poseedor ilegítimo frente al propietario del inmueble, no reviste la misma importancia, pues debemos recordar que, se protege la posesión en la consigna y buena fe de que quien ejerce dicha posesión se encuentre amparado por un título y ante lo complicado que se hace su probanza basta exhibir frente a terceros la posesión pacífica; empero cuando dicha buena fe desaparece, durante el proceso penal, con la exhibición de un título, por quien resulta imputado (propietario no poseedor), a consideración nuestra ya no se protegería propiamente la posesión como derecho (institución jurídica); provocando por el contrario, que ante la falta de valor probatorio que se le otorgue a éste título, al menos al momento de la determinación de la pena, se vea afectado el propietario, con la imposición de una pena privativa de libertad de hasta cinco años, y las consecuencias adversas por la intervención del derecho penal quedarían evidenciadas en igual medida para un poseedor legítimo de un ilegítimo.

Por lo expuesto, nos parece excesiva la sanción con pena privativa de libertad de hasta cinco años, al propietario no poseedor del inmueble; en su lugar, en plena aplicación el principio de proporcionalidad de la pena, esta debe ser reemplazada con la imposición de medidas alternativas menos estigmatizantes, como la imposición de días multa, máxime si se tiene que cuenta que restitución de la posesión del ilegítimo, es provisional y puede ser reformulada de manera definitiva en vía civil.

V. CONCLUSIONES

1. El delito de Usurpación se encuentra regulado en el Artículo 202 del Código Penal, y el objeto de protección es el ejercicio pacífico de la posesión material de un inmueble, siendo indiferente si esta deviene en su origen en ilegítima; por tanto es factible que, se impute el delito, al propietario no poseedor de un inmueble. Así, si bien no se afecta de manera absoluta el derecho de patrimonio del propietario no poseedor, la inobservancia de título de propiedad al momento de determinar el espacio punitivo, constituye una manifiesta transgresión al principio de proporcionalidad de pena, sentido estricto.
2. Se han desarrollado diferentes posturas sobre el bien jurídico protegido en el delito de usurpación; se tiene aquella que protege la posesión derivada del derecho de propiedad, dejando fuera del ámbito de sanción al propietario no poseedor del inmueble, otros que amparan la posesión, entendida como el uso y goce pacífico de un inmueble, independientemente del origen de la posesión. El Código Penal peruano, se adhiere a la protección de la posesión, entendida como el uso y goce pacífico de inmueble, siendo indiferente para la configuración del tipo, si esta es legítima o ilegítima; es decir, no se protegerá a quien sea titular de ellos *-quien detente el derecho a la posesión o tenencia a poder ejercer un derecho real previamente constituido-*, sino a quien lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de los mismos.
3. Cuando el delito de usurpación se imputa al propietario no poseedor del inmueble, no se ve afectado de manera absoluta su derecho al patrimonio, pues queda expedita la vía civil para pueda solicitar la restitución del bien inmueble, empero, la inobservancia del título de propiedad del imputado, al momento de

determinar la pena, constituye una manifiesta afectación a la proporcionalidad de pena.

4. Cuando el propietario no poseedor del inmueble, es imputado por el delito de usurpación, se ve afectado el principio de proporcionalidad de pena, toda vez que la legislación peruana a la fecha no ha efectuado distinción en el espacio punitivo para este supuesto de hecho. En ese sentido, no es lo mismo que la conducta sancionada sea desplegada por el propietario con título legítimo - *quien en vía civil puede recuperar la posesión que se le restringe en el delito de usurpación-*, a que en contraposición sea realizado por un tercero sin título (invasor). Por tanto, con la exhibición del título del de propiedad del propietario no poseedor del inmueble (imputado), el objeto de protección del delito de usurpación (posesión) no se ve afectada en la misma proporción, y por tanto no corresponde el mismo grado de no satisfacción del derecho a la libertad, razón por lo que nos parece excesiva la sanción con pena privativa de libertad por parte del Estado, debiendo fijarse una atenuante.

VI. RECOMENDACIONES

1. La experiencia Española y Chilena debe servirnos como puntos de referencia, a fin de establecer los alcances de la posesión en el delito de Usurpación, para a partir de ello formular una propuesta de pena acorde con el principio de proporcionalidad.
2. La tipificación de conductas (acciones) sancionadas penalmente, por el grado de intervención y afectación del derecho a la libertad de las personas, debe efectuarse en concordancia con las demás instituciones jurídicas protegidas por el ordenamiento jurídico y velando por que estas no sean contradictorias, de tal manera que con los alcances que se le otorgue a la posesión en el delito de Usurpación, en caso de una que deviene en ilegítima sean diferenciados y valorados por el legislador, por lo menos al momento de la imposición de la pena, evitándose con ello la vulneración al principio de proporcionalidad de pena.
3. Se recomienda, valorar probatoriamente el título que respalda el derecho a la posesión del sujeto activo a efectos de la establecer la pena en el proceso.
4. Se recomienda elaborar una propuesta legislativa, que reformule el tipo penal de usurpación inmobiliaria, a fin de que los espacios punitivos sean diferenciados cuando el sujeto activo sea el titular del derecho sobre el inmueble, en atención al principio de proporcionalidad y en concordancia con los fines del Derecho Penal.

VII. REFERENCIAS

- Avendaño. (1997). Atributos y caracteres del derecho de propiedad. Par leer el código civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de USMP.
- Bramond - Arias Torres. (1994). *Manual de Derecho Penal parte especial*. Lima: Editorial San Marcos.
- Bramont - Arias Torres. (2008). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Libros S.A.
- Burga Coronel. (2017). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jursiprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En *Gaceta Constitucional N° 47* (págs. 253-267).
- Bustos Ramirez & Hormazabal Malarée. (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
- Cabanellas. (2011). *Diccionarios Enciclopédico de Derecho Usual*. 67.
- Castañeda. E. (1967). El Ocupante Precario. *Revista de jurisprudencia peruana*, 658.
- Castillo. (Setiembre de 2004). *Repositorio Institucional PIRHUA*. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1
- Chirinos Soto. (2012). *Código Penal comentado -concordado -anotado -sumillado -jurisprudencia*. Lima: Editorial Rodhas.
- Donna. (2001). *Derecho Penal parte especial* . Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

- Espejo Basualdo. (2016). *"El Delito de Usurpación en la Legislación Peruana"*. Lima: Lex & Iuris.
- Ezaine Chavez. (1981). *Diccionario de Derecho Penal*. Chiclayo: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- Figueroa Estremadoyro. (1994). *Código Penal. Comentado y analizado*. Lima: Inkari.
- Huerta Tocildo. (1980). *Protección Penal del Patrimonio Inmobiliario*. Madrid: Ed. Civitas .
- Jiménez París. (2017). *Usurpación Pacífica de Bienes Inmuebles. Usurpación Pacífica de Bienes Inmuebles*, 150. Madrid.
- Mir Puig, (1998). *Derecho Penal, Parte General*. (5. edición, Ed.) Barcelona: Tecfoto.
- Monje Alvarez. (2011). *Metodología de la Investigación cuantitativa y cualitativa*. Neiva.
- Momethlano Zumaeta & Momethlano Santiago. (2009). *Usurpación y Daños, Delitos - Faltas*. Lima: Editorial San Marcos.
- Paredes. (Abril 2016). *Delitos Contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera Freyre. (2013). *La reforma del delito de usupación , aspectos penales y procesales*. Lima: Gaceta Penal.
- Rojas Vargas. (2002). *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)* (Vol. Tomo I). Lima: Editorial Idemsa.
- Rojas. (2016). *Ciencias penales*. Obtenido de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf

- Roy Freyre. (1983). *Derecho Penal Peruano Tomo III Parte Especial*. Lima.
- Reategui Sánchez. (2016). *El Delito de Usurpación Inmobiliaria en el Código Penal Peruano*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Salinas Siccha. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Toledo. (16 de Abril de 2016). *Catedra Hendler*. Obtenido de http://www.catedrahendler.org/doctrina_in_php?id=153
- Torres Vásquez. (2011). *Código Civil*. (Vol. Tomo I). Lima: Idemsa Editores.
- Urtecho. (2013). "*La nueva modalidad típica del delito de Usurpación: Una aproximación al artículo 202 inciso 4 del Código Penal*". Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Villavicencio. (2017). *Derecho Penal, Parte General*. Lima : Grijey.

ANEXOS

ANEXO N° 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Título de la investigación: **ALCANCES DE LA POSESIÓN EN EL DELITO DE USURPACIÓN: RESTRICCIÓN AL PATRIMONIO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	UNIDADES DE ANÁLISIS	MÉTODO Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN
<p>La pregunta general</p> <p>➤ ¿Los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y el principio de proporcionalidad de la pena?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>➤ Analizar si los alcances de la posesión en el delito de usurpación, afectan el patrimonio del propietario no poseedor y principio de proporcionalidad de la pena.”</p>	<p>i) Usurpación</p> <p>ii) Alcances de la Posesión</p> <p>iii) Patrimonio</p> <p>iv) Proporcionalidad de Pena.</p> <p>v) Recursos de Nulidad de la Corte Suprema</p>	<p><u>Enfoque de investigación</u></p> <p>- Cualitativo.</p> <p><u>Técnicas de investigación.</u></p> <p>- Observación. - Análisis documental</p> <p><u>Métodos de Investigación.</u></p> <p>- Inductivo.</p>

Las preguntas específicas	Objetivos Específicos	Derecho Comrado - <u>Investigación documental.</u> - <u>Dogmático Exegético</u> <u>Instrumentos de investigación.</u> - La <u>ficha de análisis de caso.</u> - <u>Guía de análisis de registro bibliográfico.</u> <u>POBLACIÓN</u> - <u>Recursos de Nulidad de la Corte Suprema del Perú,</u> <u>referentes al delito de Usurpación</u> .
<p>➤ ¿Cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación?</p> <p>➤ ¿Se afecta el patrimonio del propietario no poseedor, en el delito de Usurpación?</p> <p>➤ ¿Es proporcional la pena aplicada por el legislador en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor?</p>	<p>➤ Explicar cuáles son los alcances de la posesión en el delito de usurpación en el Código Penal Peruano.</p> <p>➤ Analizar si se afecta el patrimonio del propietario no poseedor en el delito de Usurpación.</p> <p>➤ Determinar si es proporcional la pena prevista en el delito de Usurpación, cuando el sujeto activo de la conducta es el propietario no poseedor.</p>	

ANEXO N° 02. FICHA DE ANALISIS DEL CASO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

EXPEDIENTE	R.N. N° 1733-2014.
ÓRGANO JURISDICCIONAL	Sala Penal Transitoria de Lima
DELITO	Usurpación
PIEZA PROCESAL OBJETO DE ANALISIS	R.N. N° 1733-2014.
ESTADO	DECLARAN NO HABER NULIDAD
<p>CRITERIO ADOPTADO: Conforme lo señalado, lo que se protege en este delito no es la propiedad ni la titularidad de otros derechos reales, lo que se tutela es la posesión de un inmueble como dato táctico y no jurídico, pues cuando lo que está en controversia es la legitimidad del título –sea de posesión o de propiedad esta deberá ser resuelta en un proceso civil.</p>	

ANEXO N° 03.- FICHA DE RESUMEN

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

OBJETO DE RESUMEN	Código Penal Español – Delito de Usurpación
ARTICULO	<p><i>Artículo 245. Usurpación</i></p> <p><i>1. 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.</i></p>
<p>RESUMEN: Lo que pretende proteger el legislador si bien es el pacífico disfrute de la posesión, este lo hace bajo la premisa de que quien ejerce la posesión es el propietario, por lo que cualquier posesión que no esté vinculada a algún derecho, no tiene protección penal. De ahí que solo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o de permanencia.</p>	

ANEXO N° 04.- FICHA DE RESUMEN

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

OBJETO DE RESUMEN	Código Penal Chileno – Delito de Usurpación
ARTICULO	<p><i>Artículo. 457. De la Usurpación</i></p> <p><i>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 éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.</i></p> <p><i>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 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada.</i></p>
<p>RESUMEN: El bien jurídico protegido es el pacífico disfrute de la posesión de un bien inmueble, por lo que es posible que el propietario sea el sujeto activo de este delito, no obstante el legislador ha regulado una atenuante en este supuesto, entendiéndose que la lesión al bien jurídico no es de la misma magnitud.</p>	

ANEXO N° 05.- FICHA DE ANALISIS BIBLIOGRÁFICO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

I. IDENTIFICACION DEL OBJETO DE ANALISIS:

- 1.1. TITULO DEL CONTENIDO:** Delitos contra el Patrimonio
- 1.2. AUTOR:**
- 1.3. LUGAR DE EDICIÓN:** Madrid (1980)

II. CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS:
<p>“Para ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico: es preciso que disponga de ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico”, procurando con ello que el sistema jurídico dentro del cual se producen relaciones jurídicas, estén dotados de garantías y estabilidad de las instituciones.</p>
ANALISIS:
<p>De lo expuesto por el autor se desprende que será sujeto pasivo del delito de usurpación aquella persona que además de ejercer de hecho la posesión, esta debe estar protegida por el ordenamiento jurídico, así tenemos que, en efecto el derecho de posesión se encuentra protegida en la legislación nacional, entendiéndose que esta es la forma de exteriorización de la propiedad y presumiendo de buena fe, que quien posee materialmente un inmueble es porque está dotado de título que lo respalde, no obstante cuando en la realidad se aprecia que este título desaparece o no existe correspondencia, ya no estaríamos en el supuesto de posesión como institución jurídica, sino en una relación meramente fáctica, que aparentemente no tendría protección penal.</p>
OBSERVACIONES:
No se advierte

ANEXO N° 06.- PROYECTO DE LEY**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

Proponemos el presente proyecto de LEY, la misma que debe ser enviada al Congreso de la Republica mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno, donde se propone la incorporación de una atenuante específica en el delito de Usurpación de inmuebles previsto y sancionado en el artículo 202 del Código Penal, considerando los siguientes fundamentos.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS**1.1. Enfoque de la problemática**

El escenario dentro del cual se desenvuelve la problemática de la presente investigación, es el delito de usurpación, concretamente los alcances otorgados a la posesión como bien jurídico protegido, así la doctrina nacional señala que, para la configuración del delito de Usurpación, es irrelevante si en su origen deviene en legítima o ilegítima, es decir para su consumación, no es necesario que el sujeto pasivo cuente con título que ampare el derecho a la “posesión”, postura que da ocasión, se impute la conducta al propietario no poseedor del inmueble y que éste último sea sancionado con la misma pena que uno que finalmente pudo cometer el ilícito sin derecho alguno.

En este punto, cabe preguntarse si, con el amparo en el derecho penal, de un poseedor ilegítimo, se restringe el patrimonio del propietario no poseedor.

Así un sector de la doctrina entiende que la razón de la protección de la posesión de hecho, es porque exterioriza la propiedad de un bien inmueble, así Ihering refiere que es

protegida la posesión porque es el complemento necesario de la protección a la propiedad; esto es, la protección jurídica contra el despojo reside en que al defender al poseedor se defiende al propietario, circunstancia que se vería desnaturalizada en el delito de usurpación si quien se viera protegido fuera el poseedor ilegítimo frente incluso al titular del derecho.

De otro lado surge la pregunta de, si es proporcional la pena impuesta a quien en amparo de un título (Sujeto Activo) pretende recuperar la posesión material de un inmueble que se encuentra en posesión de hecho de un poseedor ilegítimo, y es que en este punto ha de tener en cuenta que los diferentes tipos de pena, en especial la privativa de libertad, debe ser impuesta de manera proporcional al daño ocasionado al bien jurídico y siempre buscando la menor intervención del ius puniendi.

1.2. Finalidad

La finalidad del proyecto de ley es plantear una atenuante, en la sanción a imponerse, cuando el sujeto activo de la conducta, sea el propietario del inmueble, quien amparado en título pretenda recobrar la posesión del inmueble; como así ocurre, en otras legislaciones del derecho comparado como la chilena, y cuyo fundamento radica en garantizar la estabilidad de la institución “patrimonio” en concordancia con la aplicación del principio del “principio de proporcionalidad de la pena”, pues el legislador al momento de la determinación de la pena, no puede dejar fuera del alcance probatorio, el título de quien exhibe un derecho real absoluto (propietario) y por el contrario ante su inobservancia ser sancionado en la misma proporción que uno que actuó en calidad de invasor (sin título).

II. COSTO BENEFICIO

La iniciativa legislativa, de ser aprobada y promulgada, no demandará recursos adicionales al Estado Peruano, dado que únicamente se propone la adición, modificación y la incorporación de una atenuante a lo ya regulado en el artículo 202 del Código Penal, y porque además coadyuvará en la delimitación de los alcances de la posesión en este delito y la

correspondiente diferenciación entre una legítima e ilegítima al momento de establecer la pena.

III. FORMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY N° 001-2019

Propuesta legislativa que incorpora un párrafo en el artículo 202 del Código Penal (atenuante cuando el sujeto activo del delito es el propietario, bajo los siguientes términos:

Artículo 202°.- Usurpación

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

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

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes

Si los actos previstos en los numerales 1, 2 y 3 se ejecutaren por el propietario, contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, se le impondrá de sesenta a cincuenta días multa.