

# **UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO:**

**“EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO  
PROTEGIDO EN EL DELITO DE USURPACIÓN CLANDESTINA”**

**AUTOR:**

Bach. YESENIA RODAS MANOSALVA

**ASESOR:**

Dr. LUIS MIGUEL SALDAÑA MONZÓN



**Trujillo – Perú**

**2015**

A mi madre *María Justina*  
*Manosalva Vásquez* y  
*Gilmer A. Rodas Malca*, sin  
cuya dedicación desinteresada no  
hubiere sido posible este y otros  
logros que he alcanzado y alcanzaré  
en mi vida.

A mi *Shoco*, sin cuyo apoyo  
incondicional y dirección tanto este  
como otros logros no habrían sido  
posibles.

## *AGRADECIMIENTO*

*A mi apreciado profesor y asesor, Dr. Luis Miguel Saldaña Monzón, sin cuyo importante apoyo y asesoramiento el desarrollo de esta tesis no habría sido posible.*

## PRESENTACIÓN

### SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Como consecuencia de la investigación que se ha desarrollado coloco a vuestra consideración el presente trabajo de investigación titulado: **“El Derecho de Propiedad como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Clandestina”**, el cual se ha desarrollado en el contenido de la presente tesis.

La presente investigación tiene como propósito fundamental desentrañar cuales son las razones para considerar que la usurpación clandestina tiene como bien jurídico al derecho de propiedad y no así, como ha considerado por larga data y persiste en considerar parte de la doctrina, el derecho de posesión. Propendiendo a esta finalidad, se ha estudiado la génesis de la modificatoria introducida por la Ley N° 30076, del 19 de Agosto de 2013, la cual se encuentra contenida en los Proyectos de Ley N° 1897/2012 y 1911/2012, y constituye lo que se viene a conocer como la *ratio legis*. Asimismo, partiendo de la configuración típica del delito establecemos que la orientación que aquí esbozamos se desprende del tenor literal del artículo 202°, inciso 4, del Código Penal.

En tal correlato, luego de los aspectos preliminares y marco teórico, consideramos importante aludir que se ha abordado los resultados y discusión de los resultados obtenidos en el orden siguiente: **a)** La génesis de la modificatoria: Los Proyectos de Ley N° 1897/2012 y 1911/2012-CR, en el cual se establece cual fue la finalidad de la modificatoria; y, **b)** El derecho de propiedad como bien jurídico protegido por el derecho penal: en el cual se precisa el contenido específico del derecho de propiedad que se busca proteger con la modificatoria, así como la importancia del bien jurídico para el mantenimiento de la sociedad en aras de justificar la criminalización de esta conducta

Conociendo la trascendencia del tema, es que se ha realizado un gran esfuerzo en la elaboración de la presente investigación, a fin de presentar un trabajo coherente y sistemático, plausible de correcciones, que esperamos sirva de base para futuras investigaciones.

Se deja entonces, a vuestra consideración y acertado criterio, Señores Miembros del Jurado, la presente tesis, con la esperanza de que el contenido de la misma, sea del suficiente interés como para ameritar el logro de su finalidad.

Trujillo, Setiembre de 2015.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AMARU ZAPATA, Emiliano. La Nueva Modalidad Típica del Delito De Usurpación, una aproximación al Artículo 202 Inciso 4 del Código Penal, en Revista Gaceta Penal, Tomo N° 53, Lima, Noviembre 2013, pp. 87-134.
2. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Definición de Posesión, en Código Civil Comentado: Por los 100 mejores especialistas, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, 2003.
3. CASTILLO ALVA, José Luis. Breves apuntes sobre la Usurpación por despojo: La necesidad de que los medios típicos se dirijan contra las personas y no contra las cosas, en Revista JUS Doctrina & Práctica, Tomo 8, Ed. GRIJLEY, Lima, Agosto 2007, pp. 43-54.
4. CREUS, Carlos. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, 6<sup>ta</sup> edición actualizada y ampliada, 1<sup>era</sup> reimpresión, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1998.
5. DONNA ALBERTI Edgardo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Ed. RUBINZAL CULZONI, Buenos Aires, 2002.
6. ESPEJO BASUALDO, Carlos Samuel. El delito de Usurpación Inmobiliaria en el Código Penal Peruano, Ed. Juristas Editores, Lima, 2012..
7. ESPINO PEREZ, Julio D. Código Penal: Concordancias, 6<sup>ta</sup> Edición, Ed. SEVILLANO, Lima, 1983.
8. GACETA JURÍDICA. El Código Penal en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras del Código Penal, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007..
9. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, JURISTA EDITORES, Lima, 2011.
10. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal: Parte General, Ed. GRIJLEY, Lima, 2008.

11. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal Parte General: Fundamentos, Ed. JURISTAS EDITORES, Lima, 2009.
12. GONZALES LINARES, Nerio. Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales, Ed. Palestra, Lima, 2007.
13. GRACIA MARTIN, Luis. Estudios de Derecho Penal. IDEMSA, Lima, 2004..
14. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General, 5<sup>ta</sup> edición, Ed. REPERTOR, Barcelona, 1998.
15. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2010.
16. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. La Reforma del delito de Usurpación: Aspectos Penales y Procesales, en Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 54, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre 2013, pp. 81-88.
17. REATEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3era Edición, LEGALES EDICIONES, Lima, 2014.
18. REATEGUI SÁNCHEZ, James, Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal, Ed. IDEMSA, Lima.
19. ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal: Dos décadas de jurisprudencia, Tomo II, ARA Editores, Lima, 2012.
20. SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, Volumen II, 4ta Edición, Ed. GRIJLEY, Lima, 2010.
21. SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de Usurpación según la Ley N° 30076 y la jurisprudencia vinculante, en Revista Gaceta Penal, Tomo N° 70, Lima, Abril 2015, pp. 165-192.
22. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Derechos Reales: Tomo I, Ed. IDEMSA, Lima, 2006.

23. URTECHO NAVARRO, Alejandro, La Nueva Modalidad Típica Del Delito De Usurpación: Una Aproximación Al Artículo 202 Inciso 4 del Código Penal, en Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 51, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre 2013, pp. 127-143.
24. VASQUEZ RÍOS, Alberto. Derechos Reales. Tomo I, Ed. San Marcos, Lima, 2011.

## ÍNDICE

Dedicatoria .....	II
Agradecimientos .....	III
Presentación .....	IV
Bibliografía.....	VI

### PRIMERA PARTE

#### INTRODUCCIÓN

1. Título:.....	2
2. Motivación del Trabajo y Realidad Problemática.....	2
3. Antecedentes del Problema.....	5
4. Justificación:.....	10
5. Problema.....	10
6. Hipótesis .....	10
7. Objetivos: .....	11
8. Material y Método: .....	12
9. Modelo de Contrastación.....	14

### SEGUNDA PARTE

#### MARCO TEÓRICO

##### CAPÍTULO I:

##### **ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES DEL DELITO DE “USURPACIÓN DE INMUEBLES”**

1. Generalidades. ....	16
2. La Usurpación Inmobiliaria.....	17
3. La Usurpación Inmobiliaria en el Código Penal de 1924.....	17

##### CAPÍTULO II:

##### **EL DELITO DE “USURPACIÓN DE INMUEBLES” ANTES DE LA LEY N° 30076: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y MODALIDADES TÍPICAS**

1. Aspectos Liminares sobre el Bien Jurídico.....	22
1.1. Bien Jurídico Protegido por el delito de Usurpación a partir de la jurisprudencia.....	22

1.2. Bien Jurídico Protegido por el delito de Usurpación según la doctrina. ....	23
2. El Derecho de Posesión. ....	22
2.1. La posesión: fenómeno social e institución jurídica .....	26
2.2. Los Elementos de la Posesión: Savigny e Ihering .....	28
2.3. Fundamento de la Protección Posesoría. ....	30
2.4. Fundamento de la Protección Jurídico Penal de la Posesión .....	31
2.5. La comprensión de la Institución Jurídica de la Posesión en el Derecho Penal .....	33
3. Modalidades Típicas en el Delito de Usurpación de Inmuebles. ....	34
3.1. Alteración y destrucción de linderos.....	34
3.2. Despojo de la Posesión .....	35
3.3. Turbación de la Posesión .....	38

### **CAPÍTULO III:**

#### **LA GÉNESIS “USURPACIÓN CLANDESTINA” Y LA LEY N° 30076: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO**

1. La iniciativa legislativa por una nueva modalidad típica del delito de usurpación.....	40
1.1. El Proyecto de Ley N° 1897/2012-PE.....	41
1.2. El Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR .....	44
1.3. Alcances de la Reforma Introducida.....	46
2. El Derecho de Propiedad Inmueble: Bien jurídico protegido por el delito de Usurpación de Inmuebles .....	48
2.1. Aceptación .....	49
2.2. El aspecto funcional del derecho de la propiedad .....	50
2.3. El Derecho de Propiedad en el Ordenamiento Jurídico Nacional. ....	52
2.4. La propiedad y su relación con los derechos reales.....	54
2.5. Atributos de la Propiedad .....	54

### **CAPÍTULO IV:**

#### **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA “USURPACIÓN CLANDESTINA”**

1. Análisis Crítico del Tipo .....	57
------------------------------------	----

### **TERCERA PARTE**

#### **RESULTADOS OBTENIDOS, IMPORTANCIA Y DISCUSIÓN**

#### **DISCUSIÓN RESULTADO I**

LAGÉNESIS DE LA MODIFICATORIA: LOS PROYECTOS DE LEY N° 1897/2012 Y 1911/2012-CR.....	67
--	----

**DISCUSIÓN RESULTADO II**

EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL .....	73
---	----

CONCLUSIONES FINALES .....	81
----------------------------	----

**PRIMERA PARTE:**  
**INTRODUCCIÓN**

## **PARTE INTRODUCTORIA:**

### **FUNDAMENTOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

**1. Título:**

“El Derecho de Propiedad como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Clandestina”.

**2. Motivación del Trabajo y Realidad Problemática:**

El artículo 202° y 204° del Código Penal que sanciona al delito de Usurpación en su modalidad básica y agravada, respectivamente, no habían sido objeto de modificación hasta el mes de agosto del año 2013, en que fuera promulgada la Ley N<sup>o</sup> 30076. Esta incólume vigencia de más de dos décadas permitió que la judicatura, a través de la jurisprudencia, estableciera pautas interpretativas relacionadas no solo con los alcances y aplicación de las tres modalidades típicas prescritas en el artículo 202° del Código Penal; sino además sobre cual es el bien jurídico protegido por esta figura delictiva .

Precisamente, sobre este último extremo y al ubicarse la Usurpación en el apartado de delitos contra el patrimonio que su ámbito de protección jurídica dimanaba sobre la “**posesión**” entendida como poder de hecho y, en consecuencia, al margen de cualquier tipo de título que pueda presentarse. Resulta ilustrativo aludir que en la Casación N<sup>o</sup> 259-2013-Tumbes del **22 de Abril de 2014**, la Corte Suprema haya establecido en su fundamento 4.4 que el bien jurídico protegido, al igual que la doctrina<sup>1</sup>, es:

---

<sup>1</sup> Véase: REATEGUI SÁNCHEZ, James. Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal, Ed. IDEMSA, Lima, pp.265-274. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3era Edición, LEGALES EDICIONES, Lima, 2014, pp. 533-538, y en REATEGUI SÁNCHEZ, James, Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal, Ed. IDEMSA, Lima, pp.265-274; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, JURISTA EDITORES, Lima, 2011, pp.1145-1147; y, SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho

“el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso siempre que la víctima se encuentra en posesión del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no hay delito de usurpación.”

En tal sentido, afirmamos, sin lugar a dudas, que tanto en la jurisprudencia ni doctrina existió durante larga data discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación: “posesión”, entendida como poder de hecho. Por ende, relevante para la establecer el carácter delictual de un hecho sometido a investigación era acreditar que el sujeto pasivo se halle posesión real y efectiva del bien o tenencia del mismo, o en ejercicio de un derecho real (que otorgue similares facultades) ya sea por sí mismo o por terceros, pues de lo contrario la conducta desplegada adolecería de atipicidad.

Sin perjuicio de ello, ante el dinamismo que entrañan los contactos sociales, ha importado la aparición nuevas formas de criminalidad organizada dedicadas al tristemente célebre tráfico de terrenos, lo cual una discusión sobre el estado de cuestión relacionada al bien jurídico protegido por el delito de usurpación, pues el ya conocido y limitado ámbito de protección jurídico penal al que se aludió trajo consigo un aumento exacerbado de apoderamientos ilegítimos de bienes inmuebles, pues en ellos los sujetos agentes procuraban no solo concretar apoderamientos clandestinos, sin violencia ni amenaza, sino además centrar especial atención en predios “abandonados”. Este contexto es el que motivó la propuesta contenida en la elaboración del Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR y Proyecto de Ley N° 1897/2012, gestándose así la Ley N° 30076,

---

Penal Parte Especial, Volumen II, 4ta Edición, Ed. GRIJLEY, Lima, 2010, pp. 1187-1189, entre otros.

que introdujo una cuarta modalidad: “usurpación por clandestinidad”, enunciada del modo siguiente en el artículo 202° inciso 4 del Código Penal:

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

**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 negrita es nuestra)

Aun cuando, la imprecisión normativa resaltada lleve a suponer a gran parte de la doctrina nacional que a la fecha esta nueva modalidad sigue protegiendo el derecho de posesión, desconociendo de manera flagrante el espíritu mismo de la norma y su finalidad<sup>2</sup>, existen posturas disidentes como la de Urtecho Navarro quien analizando la génesis de la modificatoria sostiene de protegería un atributo exclusivo del propietario, explicando en ello que:

**“...no puede pasar inadvertido para el operador jurídico que el delito en alusión se estructura en base a cuatro concretas conductas criminalizadas, en las cuales incluso descriptivamente no se enfatiza en el mismo valor o derecho subjetivo bajo protección... en el caso del cuarto supuesto no hay alusión similar [de protección la tenencia, posesión o cualquier otro derecho real], de modo que... debe asemejárselo con el supuesto típico del despojo, dando lugar a afirmar que el bien jurídico radicaría en la libre facultad de disponer del concreto y específico derecho real.”**

(la negrita es nuestra)

---

<sup>2</sup> Véase, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. La Reforma del delito de Usurpación: Aspectos Penales y Procesales, en Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 53, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, Diciembre 2013, p. 84. En este trabajo, no solo no se da cuenta de algún cambio trascendental respecto de los alcances del bien jurídico; sino que además sugiere que el artículo modificado hace referencia, en términos generales, a “moradores” o, dicho de otro modo a “poseedores”.

Es fácil advertir existe discrepancias doctrinarias respecto de la interpretación del ámbito de protección usurpación clandestina, la cuales se han manifestado inclusive en la práctica judicial y fiscal, pues tanto jueces y fiscales hacen depender la relevancia penal de la conducta en la acreditación de la posesión previa para inclusive la novísima modalidad, dejando con ello impunes conductas que precisamente el legislador busco sancionar, lo cual resulta a todas luces incorrecto. Ello, aún cuando de los tres supuestos sancionados por el artículo 202°, inciso 4, aparece se protegería a “quienes tengan derecho a oponerse”, aborda la posibilidad se proteja a aquél que detente el derecho a la posesión, derivado de la propiedad, sin exigir en sus propios términos requisito adicional. Esta situación genera una innegable discusión en el ámbito de la doctrina penal, al replantear el estado de la cuestión respecto del objeto de protección jurídico penal en el delito de Usurpación, precisando si en la Usurpación Clandestina, se protege el derecho de propiedad en sentido puro, es decir desvinculado del ejercicio efectivo de la posesión. Este es un tema que merece discusión y una base teórica sólida que aporte a la correcta aplicación de la norma penal, porque el desconocimiento de los alcances de la norma por parte de los operadores jurídicos es evidente.

### **3. Antecedentes del Problema.**

A efecto de esclarecer la situación problemática precedente, se recurrió a diferentes Biblioteca Especializada en Derecho de diferentes Universidades, encontrando, los siguientes antecedentes:

#### **A. ARTÍCULOS JURÍDICOS**

El autor **EMILIANO AMARU ZAPATA**, en su artículo, titulado “**El delito de Usurpación de Inmuebles. Un estudio desde la luz de la Constitución**”, publicado por la revista **Gaceta Penal**. Realiza un análisis en

torno al bien jurídico protegido en el delito de usurpación, **la posesión**, considerando dos teorías respecto a la configuración de la posesión, representadas por Ihering y Karl Von Savigny, **en la que concluye que no se está en posesión de una cosa cuando se está en contacto físico directo y permanente con esta**. Siendo así, para el autor constituye **una idea equivocada que el delito de usurpación proteja solo la posesión**.<sup>3</sup>

El autor **ALEJANDRO URTECHO NAVARRO**, en su artículo titulado **“La nueva modalidad típica del delito de Usurpación, una aproximación al artículo 202 inciso 4 del Código Penal”**, publicado por la Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Se encarga de realizar un análisis de los elementos típicos insertos en el inciso 4 del artículo 202 del Código Penal (denomina **“usurpación clandestina”**) y determina las tres vías o modos para que la conducta sea típica **a)** mediante actos ocultos **b)** en ausencia del poseedor y **c)** con precauciones **para asegurar el desconocimiento de quien tenga derecho a oponerse**. Según refiere el autor respecto a esta última modalidad solo es posible la comisión del ilícito con presencia del poseedor (**o de quien resulte ser el sujeto paciente**), afirma además que el ingreso por parte del usurpador puede ocurrir tanto subrepticamente como valiéndose de un mesurado cuidado para que el legitimado a oponerse a la invasión no conozca de esta<sup>4</sup>.

El autor **RAMIRO SALINAS SICCHA**, en su artículo titulado **“El delito de Usurpación según la Ley N° 30076 y la jurisprudencia**

---

<sup>3</sup> AMARU ZAPATA, Emiliano. La Nueva Modalidad Típica del Delito De Usurpación, una aproximación al Artículo 202 Inciso 4 del Código Penal, en Revista Gaceta Penal, Tomo N° 53, Lima, Noviembre 2013, pp. 87-134.

<sup>4</sup> URTECHO NAVARRO, Alejandro, La Nueva Modalidad Típica Del Delito De Usurpación: Una Aproximación Al Artículo 202 Inciso 4 Del Código Penal, en Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 51, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre 2013, pp. 127-143.

**vinculante**”, publicado en Gaceta Penal y Procesal Penal, explica que con la Ley N° 30076 se pretendió otorgar protección jurídico- penal al derecho de propiedad.<sup>5</sup>

El autor **JOSE LUIS CASTILLO ALVA**, en su artículo titulado “**Breves apuntes sobre la Usurpación por Despojo**”, publicado por la **Revista JuS Doctrina y Jurisprudencia**. Refiere que el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación, como de cualquier otro delito, debe obtenerse de la concreta regulación típica y de la interpretación global del complejo regulativo de la figura. “...si bien se puede partir de que **las diversas figuras de la usurpación tienen un bien jurídico común, cada estructura y regulación típica posee características propias que le imprimen un particular sentido y giro normativo**. No es correcto, por ejemplo, sostener la afirmación de que la usurpación por alteración de los linderos tiene el mismo tratamiento y, por tanto, el mismo objeto de protección que la usurpación por despojo toda vez que en aquella se termina afectando, según un sector autorizado de la doctrina, a la propiedad o a los medios de prueba del derecho real, mientras que el segundo se preserva la voluntad de disponer un derecho real conforme a la voluntad de su titular<sup>6</sup>.

## **B. OBRAS JURIDICAS**

### **i. Obras Jurídicas Especializadas**

---

<sup>5</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de Usurpación según la Ley N° 30076 y la jurisprudencia vinculante, en Revista Gaceta Penal, Tomo N° 70, Lima, Abril 2015, pp. 165-192

<sup>6</sup> CASTILLO ALVA, José Luis, “*Breves apuntes sobre la usurpación por despojo. La necesidad de que los medios se dirijan contra las personas y no contra las cosas*”, en JuS Doctrina & Práctica N° 8, Grijley, Lima, Agosto 2007, p. 46.

El autor **CARLOS SAMUEL ESPEJO BASUALDO**, en su obra titulada **“El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano”**, publicado por Jurista Editores. En consecuencia, resulta manifiesto que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, no cabe lugar a dudas –pese a la diferencia en las expresiones utilizadas- se ha impuesto el tener por bien jurídico protegido en el delito de Usurpación a la “posesión” o, en su defecto, las facultades dominicales que recae sobre el bien, que es el use y disfrute, propiedades que pueden ejercerse cuando el sujeto pasivo se encuentra en posesión de un inmueble. **De modo que, a la luz de las consideraciones expuestas para la configuración del delito en comentario se exigiría que el sujeto pasivo -previamente- esté en real posesión del bien o tenencia del bien, ya sea por sí mismo o por terceros, pues de no mediar posesión o simple tenencia sobre el inmueble no habrá despojo con connotación penal;** esto independientemente del análisis de legitimidad del título que se invoca para la ocupación<sup>7</sup>.

## **ii. Obras Jurídicas Generales**

El Jurista argentino **DONNA ALBERTI Edgardo**, en su libro **Derecho Penal Parte Especial**, publicado por la Editorial Rubinzal Culzoni, refiere: **“La posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuo, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse”...Cuando se toma con precauciones para que quien tenga derecho a oponerse, no se entere como ser la toma de una casa de noche.**

---

<sup>7</sup> ESPEJO BASUALDO, Carlos Samuel. El delito de usurpación inmobiliaria en el código penal peruano, Editorial Juristas Editores, Lima, 2012, pp. 228-235

Por eso citando a Salvat, concluye que para que haya clandestinidad se requiere que la posesión haya sido tomada en condiciones tales que el poseedor de la cosa haya podido ignorar los actos de desposesión<sup>8</sup>.

El jurista peruano **JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ**, en su obra **Derecho Penal Parte Especial**, publicado por Ediciones Legales, se encarga de delimitar la segunda modalidad del inciso 4 del delito de usurpación agravada: **“En ausencia del poseedor o con precauciones para asegurar el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”**. En este punto se destacan dos circunstancias concretas, en primer lugar, la nota característica es que el sujeto activo debe hacerse en total ausencia del legítimo poseedor, es decir que no esté físicamente el titular del derecho real en el bien inmueble, precisamente para asegurarse el resultado típico del delito **y en segundo lugar se describe una condición omnicomprendiva en el sentido de que el sujeto activo debe tomar determinada precauciones- ya sea de carácter material de colaboración con otras personas vinculadas al sujeto activo o en su defecto en función a cuestiones de inteligencia, de asesoramiento técnico en la rama de derechos reales- para precisamente asegurarse el total desconocimiento de quién o quiénes tengan derecho a oponerse al bien inmueble<sup>9</sup>.**

---

<sup>8</sup> DONNA ALBERTI Edgardo. Derecho Penal Parte Especial. I Tomo II-B. RUBINZAL CULZONI Editores. Buenos Aires. Pp. 725-749.

<sup>9</sup> REATEGUI SANCHEZ, James. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3era Edición, LEGALES EDICIONES, Lima, 2014, pp. 533-538.

#### **4. Justificación:**

La presente investigación titulada: “**La propiedad como bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Clandestina**”, es relevante en el sentido que nos permitió dilucidar entre las diferentes interpretaciones que se le ha dado a esta nueva modalidad del delito de usurpación, al mismo tiempo se determinó doctrinariamente cual es el bien jurídico protegido en este supuesto, sino además establecer cual es el bien jurídico protegido por el delito de usurpación en la actualidad.

#### **5. Problema**

“¿Cuál es razón para sostener que el delito de usurpación clandestina propiedad inmueble, tipificado en el inciso 4 del artículo 202 del Código Penal Peruano, otorga protección jurídico-penal al derecho de propiedad?”

#### **6. Hipótesis**

##### **6.1. Planteamiento**

El tenor literal del inciso 4 del artículo 202 del Código Penal, que incluye en su enunciado el elemento normativo “quienes tengan derecho a oponerse” y la ratio legis contenida en la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR, son razones para establecer que el delito de usurpación clandestina de inmuebles otorga protección al derecho de propiedad.

##### **6.2. Variables**

###### **6.2.1. Variable Independiente:**

- El tenor del inciso 4 del artículo 202 del Código Penal, que incluye en su enunciado el elemento normativo “quienes tengan derecho a oponerse”.
- El contenido de la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR.

#### **6.2.2. Variable Dependiente:**

- La protección jurídico penal al derecho de propiedad

### **7. Objetivos:**

#### **7.1. Objetivo General:**

- Establecer las razones por las cuales se desprende que el enunciado normativo contenido en el inciso 4 del artículo 202 del Código Penal Peruano otorga protección jurídico penal al derecho de propiedad.

#### **7.2. Objetivos Específicos:**

- Establecer si del tenor literal del inciso 4 del artículo 202 del Código Penal, que incluye en su enunciado el elemento normativo “quienes tengan derecho a oponerse”, se desprende que la usurpación clandestina otorga protección jurídico penal al derecho de propiedad..
- Establecer si del contenido de la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR se colige que la finalidad del incorporado inciso 4 del artículo 202° del Código Penal era otorgar protección jurídico penal al derecho de propiedad y, por ende al propietario no poseedor.

- Establecer las razones por las cuales es necesario otorgar protección jurídico penal al derecho de propiedad, buscando en ello una aproximación al fundamento de la protección jurídico penal de aquél como bien jurídico.
- Delimitar cuál es el contenido específico del derecho de propiedad que se busca proteger con la usurpación clandestina.

## **8. Materiales y Métodos:**

### **8.1. Material de Estudio:**

- **Población Universal:** Documentación Doctrinaria, Jurisprudencial y legislativa que aborden el delito de Usurpación de Inmuebles.
- **Población Muestral:** Documentación Doctrinaria, Jurisprudencial y Legislativa que aborden el delito de Usurpación Clandestina.

### **8.2. Métodos y Técnicas:**

#### **8.2.1. Métodos:**

**8.2.1.1. Método Universal:** Es el método científico, se aplicará durante toda la investigación a efectos de poder contrastar la hipótesis de estudio.

#### **8.2.1.2. Métodos Generales**

- **Deductivo:** Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular, utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada
- **Inductivo:** A partir de éste método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general, esto se aplicará en la medida del estudio de cada uno de los criterios de los autores en la doctrina nacional y comparada,

de la jurisprudencia sobre el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación.

### **8.2.1.3. Métodos Específicos**

- **Análisis:** A través de éste método se podrá estudiar descomponiendo cada uno de los elementos que configuran la problemática sobre el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación Clandestina.
- **Síntesis:** En aplicación del método Sintético se podrá de construir todos los elementos que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones que nos permitan una visión integral del estudio sobre el delito de Usurpación Clandestina.
- **Método Hermenéutico:** Este método será de vital importancia en el desarrollo de la presente tesis, pues a partir de la interpretación sistemática de la doctrina, la legislación nacional y jurisprudencia se determinará cual es la razón por la cual el delito de Usurpación Clandestina busca otorgar protección jurídico-penal al derecho de propiedad.

### **8.2.2. Técnicas:**

**8.2.2.1. Recolección de datos:** Esta técnica se obtendrá información empírica que permita obtener los datos necesarios para el estudio del problema.

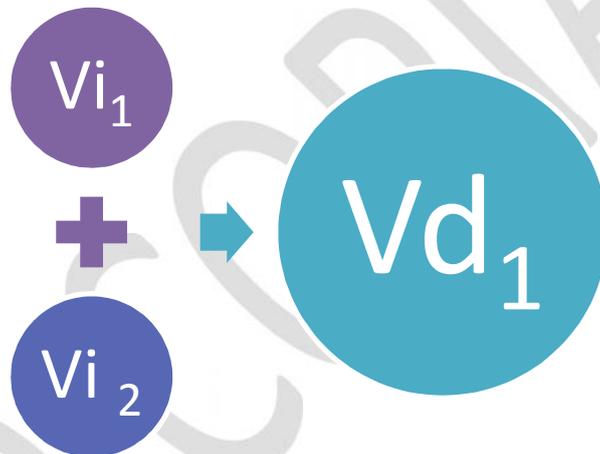
**8.2.2.2. Técnica documental o bibliográfica:** A partir del uso de esta técnica reuniremos textos y títulos de las investigaciones precedentes que se hayan realizado sobre el tema, materia de investigación. Para el acopio de esta información y su posterior ordenación.

**8.2.2.3. Análisis de contenido:**

Se va a realizar un análisis de contenido donde se puede apreciar la posición doctrinaria de distintos autores que tratan sobre el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación.

## 9. Modelo de Contrastación.

El diseño de contrastación es de tipo descriptivo simple, cuyo empleo es para describir características de la realidad normativa y cuya representación gráfica es el siguiente:



### Leyenda:

**Vi<sub>1</sub>** Los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR.

**Vi<sub>2</sub>** Tenor literal del artículo 202° inciso 4 del Código Penal.

**Vd<sub>1</sub>** El derecho de propiedad como bien jurídico protegido.

**SEGUNDA PARTE:**  
**DEL MARCO TEÓRICO**

## **CAPÍTULO I:**

### **ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES DEL DELITO DE “USURPACIÓN DE INMUEBLES”**

#### **1. GENERALIDADES**

El Título V del Libro Segundo del Código Penal aborda el estudio de “los delitos contra el patrimonio”. El concepto de patrimonio, nos inserta en múltiples y variadas relaciones que se suscitan y/o entablan entre los individuos y los bienes, sean estos muebles o inmuebles, dando lugar a la vigencia de los denominados Derechos Reales, que comprende tanto al derecho de propiedad [derecho real por antonomasia], así como a los derivados de su complexus: derecho de posesión, derecho al uso, disfrute y enajenación; los cuales pueden ser menoscabados al desplegarse cualquiera de las conductas típicas.

Cuando se aborda el estudio de estas figura típicas necesariamente se tiene que hacer alusión a conceptos jurídicos provenientes del derecho civil (propiedad, posesión, bien mueble e inmueble, etc.), derecho comercial o societario (fraude a personas jurídicas, etc.). En ello cabe recordar, que para el Derecho penal estos conceptos y/o instituciones jurídicas deben considerarse tal como vienen elaborados por el Derecho privado. Y, es que el ordenamiento jurídico ha de entenderse como un aparato sistémico y unitario, donde sus diversas ramas o disciplinas jurídicas no pueden elaborar conceptos de manera aislada, mas aun porque tampoco puede crearse y utilizarse en el sistema jurídico un conjunto de términos de contenido indeterminado. Obviamente, este transvase de conceptos no implica desconocer que cada rama del derecho cuenta con sus notas características propias, funciones y finalidades a las cuales se tienen que acondicionar o adaptar los conceptos trasladados de otras ramas del derecho. Es

ilustrativo para finalizar esta generalidad enunciar que: “en el Derecho penal deberá asimilarse los términos y conceptos de otras ramas del Derecho, pero cuando sea necesario se las adaptará a las necesidades preventivas o político criminales propias del Derecho penal, buscando su funcionalidad y rendimiento teórico práctico en el ámbito penal”.<sup>10</sup>

Ahora bien, corresponde establecer como ha de entenderse al patrimonio. Al respecto, sostenemos que en el “patrimonio” solo quedan inmersas aquellas cosas que revisten valor económico (concepción económica), siempre que se encuentren incorporadas a la esfera de dominio del sujeto en virtud de una relación jurídica lícita (concepción jurídica). En consecuencia, el objeto material de un delito contra el patrimonio solo puede serlo un bien con valor económico. Así, para ser sujeto pasivo del delito no basta con la relación fáctica con la cosa, sino que además es preciso que aquella esté relacionada con aquél en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico. Entonces, por perjuicio patrimonial habrá de entenderse a toda disminución, económicamente valorable del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona.

## **2. LA USURPACIÓN INMOBILIARIA**

El Derecho penal debe construir sus preceptos conforme a las características particulares presentadas por cada caso en concreto, cuando el bien jurídico es objeto de ataque por la conducta lesiva. Así, se ha formulado normativamente una tipicidad penal

---

<sup>10</sup>GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, JURISTA EDITORES, Lima, 2011, p.630.

que responde a la naturaleza del objeto material del delito, nos referimos a la “Usurpación”<sup>11</sup>.

El delito de Usurpación de Inmuebles tiene su antecedente legislativo en el Código Penal de 1924<sup>12</sup>, fundándose su autonomía en atención a la naturaleza de los bienes sobre la que recae la acción del sujeto agente, en tanto es técnicamente inapropiado y materialmente imposible hablar de la sustracción de un inmueble. Contrariamente a ello, en los injustos de hurto y robo que sistemáticamente anteceden a la Usurpación, el objeto material del delito ya no es un bien mueble, sino bienes inmuebles.

En sentido lato, el término usurpación de inmuebles hace referencia, como expone Guillermo Cabanellas, al “apoderamiento, con violencia o intimidación de un inmueble ajeno o de un derecho real de otro”. No obstante, ha de precisarse que este enunciado no guarda completa identidad respecto de lo regulado actualmente en nuestro Código Penal.

### **3. LA USURPACIÓN INMOBILIARIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924**

El artículo 257° contiene el antecedente directo de la actual regulación del delito de Usurpación sancionando de manera similar, en primer lugar:

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

---

<sup>11</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2010, p. 431.

<sup>12</sup>Artículo 257° del Código Penal de 1927 prescribía: “Será reprimido con prisión no mayor de dos años: 1°- El que con violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre, o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2°- El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3°- El que con violencia o amenaza turbare la posesión de un inmueble”.

Se advierte pues que el artículo 202.2° del Código Penal vigente a diferencia de la anterior regulación, por un lado, adiciona a la amenaza como medio comisivo para la realización del delito de usurpación y, por otro lado, sintetiza los derechos reales enunciados bajo la frase “del ejercicio de un derecho real”.

En segundo lugar, sanciona: “2°- El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble destruyere o alterare los términos o límites del mismo”. Al respecto, el artículo 202.1° del Código Penal vigente sanciona de igual modo a el que para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o altera los linderos del mismo.

En tercer lugar, sanciona: “3°- EL que con violencia o amenaza turbare la posesión de un inmueble”. Vemos pues que el artículo 202.3° del Código Penal vigente sanciona a quien con violencia o amenaza turba la posesión de un inmueble.

Queda claro que a diferencia de nuestra actual regulación el Código Penal de 1924 no sancionaba lo que se conoce ahora como “usurpación clandestina”, cuya protección dimanaba sobre el derecho de propiedad y se entendió, al igual que con la actual regulación, que la protección de este delito dimanaba sobre el derecho a la propiedad<sup>13</sup>. No obstante, ya en nuestra derogada legislación penal y jurisprudencia existieron normas represivas<sup>14</sup>, que si bien no guardaron una íntegra identidad con la

---

<sup>13</sup> Empezando por el ámbito sobre el cuya dimanaba la protección de este delito se sostuvo que: “En el delito de usurpación no se discute el derecho de propiedad, pues el delito se configura por actos referentes a la posesión o tenencia de un inmueble, o por el apoderamiento total o parcial de un predio mediante la destrucción o alteración de sus límites (Expediente N° 1118-87-lca)”. En similar sentido: “En el delito de usurpación el bien jurídico protegido es la posesión, más no la propiedad, la cual debe dilucidarse en la vía correspondiente (Expediente N° 534-89-Lima)”. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal: Dos décadas de jurisprudencia, Tomo II, ARA Editores, Lima, 2012., p. 679. Coligiéndose de ello, que desde aquella época la respuesta del Derecho Penal no estaba condicionada a que el sujeto pasivo que ejerza la posesión, tenencia u otro derecho real sobre el inmueble, a su vez, detente la titularidad del inmueble sobre el cual recae la acción típica, debido a que no se discute aquí la propiedad del inmueble. Bastando con acreditar que previamente al acto perturbador preexista una situación fáctica y jurídica, esto es, una “posesión”.

<sup>14</sup> Como: a) La Ley N° 14495, de 27 de Mayo de 1963 (sancionaba la ocupación ilegítima de terrenos en barrios marginales); b) El Decreto Ley N° 20066, de 26 de Junio de 1973

usurpación clandestina, tal cual se encuentra sancionada en la actualidad; también lo es, que demuestran tenían inequívocamente la finalidad de otorgar protección jurídica al derecho de propiedad, desaparejado obviamente de derecho de posesión. No obstante, la razón de estas sanciones controlar la creciente y desordenada emergencia de la vivienda informal, pues paralelamente se desarrollaron políticas públicas de inclusión y formalización de los invasores.

Por otra parte, durante la vigencia del Código Penal de 1924 se emitieron importantes pronunciamientos por parte de la judicatura nacional que dieron luces respecto del tratamiento e interpretación que se le venía dando al artículo 257°, que sancionaba el delito de Usurpación. Sobre el particular, resulta en sumo relevante destacar las directrices relacionadas con el bien jurídico protegido.

El ámbito sobre el cuya dimanaba la protección de este delito se sostuvo que: “En el delito de usurpación **no se discute el derecho de propiedad, pues el delito se configura por actos referentes a la posesión o tenencia de un inmueble**, o por el apoderamiento total o parcial de un predio mediante la destrucción o alteración de sus límites (Expediente N° 1118-87-Ica)”<sup>15</sup>. En similar sentido: “En el delito de **usurpación el bien jurídico protegido es la posesión**, más no la propiedad, la cual debe dilucidarse en la vía correspondiente (Expediente N° 534-89-Lima)”<sup>16</sup>.

Desde aquella época la respuesta del Derecho Penal no estaba condicionada a que el sujeto pasivo que ejerza la posesión, tenencia u otro derecho real sobre el

---

(sancionaba a los invasores de terrenos ubicados en áreas urbanas de expansión urbana); c) Decreto Ley N° 22919, de 4 de marzo de 1980 (regulaba la desocupación de tierras invadidas o usurpadas de propiedad pública y privada); que sancionaban también, aunque de manera especial, conductas tendientes a la ocupación y/o invasión de terrenos abandonados, ergo, su protección dimanaba sobre el “derecho de propiedad”.

<sup>15</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal: Dos décadas de jurisprudencia, Tomo II, ARA Editores, Lima, 2012., p. 679.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

inmueble, a su vez, sea el titular del derecho de propiedad del inmueble sobre el cual recae la acción típica, pues aquí no se discute aquí la propiedad del inmueble. Bastando con acreditar que previamente al acto perturbador preexista una situación fáctica y jurídica, esto es, una “posesión”.

No obstante, lo anteriormente afirmado no resulta ser absoluto, pues en virtud de Leyes especiales se sancionaron como delito conductas que atentaban no solo contra el ejercicio efectivo de la posesión, sino por el contrario contra la propiedad o dominio. En esta línea, encontramos fallos como el dela Ejecutoria del 1 de Febrero de 1968<sup>17</sup>, en la cual se estableció que: “Habiendo el denunciante probado con instrumento público su derecho de propiedad sobre las tierras invadidas por los miembros de una Comunidad que alegaban el mismo derecho, y con una diligencia de inspección ocular el hecho de la ocupación arbitraria, procede la condena por el delito de usurpación”. (el subrayado es nuestro)

---

<sup>17</sup> ESPINO PEREZ, Julio D. Código Penal: Concordancias, 6ta Edición, Ed. SEVILLANO, Lima, 1983, p. 348.

## CAPÍTULO II:

### **EL DELITO DE “USURPACIÓN DE INMUEBLES” ANTES DE LA LEY N° 30076: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y MODALIDADES TÍPICAS**

#### **1. ASPECTOS LIMINARES SOBRE EL BIEN JURÍDICO**

El Derecho Penal legitima su intervención a razón de la observancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos límite al ius puniendi, de modo que el desentrañar cual es el bien jurídico protegido por cada uno de los tipos penales deviene en un proceso necesario, a fin de establecer que conductas dañosas hacen merecer la intervención penal, más aún cuando de manera explícita el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal reza que: “la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico tutelados”, ya que, contrario sensu, aquellas conductas que no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos por normas jurídico-penales no merecerán la imposición de una pena.

#### **1.1. Bien Jurídico protegido por el delito de Usurpación a partir de la jurisprudencia**

Respecto al punto que aquí atañe, la Casación N° 259-2013-Tumbes del 22 de Abril de 2014 expresó en su fundamento 4.4 que para el delito de Usurpación el bien jurídico tutelado es “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 que la víctima esté en posesión del inmueble”. En esta línea jurisprudencial se enmarcan, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

- “En el delito de usurpación el **bien jurídico protegido es la posesión**; definida por el artículo 896° del Código Civil como ‘el ejercicio de hecho de uno o más

poderes inherentes a la propiedad’; esto es, el usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien mueble”. (Expediente N° 5913-97-Lima)<sup>18</sup>

- “En el delito de usurpación **el bien jurídico protegido es la situación de goce de un bien inmueble y el ejercicio de un derecho real**, no importando la calidad de propietario que pueda tener el agraviado”. (Expediente N° 4860-98-Lima)<sup>19</sup>

Siendo así, la respuesta del Derecho Penal no estará condicionada a que el sujeto pasivo que ejerza la posesión, tenencia u otro derecho real sobre el inmueble, a su vez, detente la titularidad del inmueble sobre el cual recae la acción típica, debido a que no se discute aquí la propiedad del inmueble. Ya que, basta con acreditar que previamente al acto perturbador preexista una situación fáctica y jurídica, esto es, una “posesión”. Pues, lo que interesa a efectos penales, es que el titular de un Derecho real ostente legítimamente tanto la propiedad como la posesión del bien inmueble, ya que el solo ejercicio de la propiedad sin la respectiva posesión del bien inmueble, trae como consecuencia que la conducta no tenga relevancia en el ámbito penal.

## **1.2. Bien Jurídico protegido por el delito de Usurpación según la doctrina**

A lo establecido en el acápite anterior, no ha sido ajena la doctrina nacional. Así, James Reátegui Sánchez<sup>20</sup>, explica: “al Derecho penal no le debe de interesar si el titular del Derecho real sea efectivamente propietario del bien inmueble, ya que lo que se protege en dicho delito es la posesión pacífica y que nadie pueda ingresar a perturbar la

---

<sup>18</sup> El Código Penal en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras del Código Penal, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, p. 324.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> REATEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, 3<sup>era</sup> Edición, LEGALES EDICIONES, Lima, 2014, pp. 533-538, y en REATEGUI SÁNCHEZ, James, Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal, Ed. IDEMSA, Lima, pp.265-274.

tranquilidad de la posesión... En otras palabras, la ratio incriminadora del delito de usurpación radica en el “desalojo” o “incomodidad” en la posesión a su legítimo tenedor un inmueble a través de medios típicos que prevé el artículo 202 y 204 del Código Penal” (el resaltado es nuestro).

En el mismo sentido, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre<sup>21</sup> señala que: “La conductas típicas que se comprende en el artículo 202° del C.P., no tienden a tutelar el patrimonio desde una acepción universal, sino de forma concreta el uso y disfrute de los derechos reales, esencialmente la posesión, que se ve mermada y atacada cuando la víctima es desocupada del bien inmueble, mediante la alteración de linderos o la turbación de la posesión”.

Por su parte, Tomás Aladino Gálvez Villegas y Walther Javier Delgado Tovar<sup>22</sup>, refieren –en el mismo sentido que los anteriores- que: “El bien jurídico protegido es la posesión material, tenencia o ejercicio de un derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble. Debemos precisar que, lo que el tipo penal protege no es el título de propietario o condómino, sino la posesión material o la tenencia que de él se deriva, por lo que el delito solo puede incidir en las manifestaciones de dominio... Ello no significa que el derecho de propiedad sea objeto de protección por el delito de usurpación; sin embargo, el titular del bien será protegido en tanto ostente la posesión material del mismo; pues, en caso contrario, deberá recurrir a la vía correspondiente para ejercitar su derecho...”.

De manera unánime se acepta que el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación es la “posesión” o, dicho de otro modo, las facultades dominiales que recae

---

<sup>21</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2010, p. 461

<sup>22</sup>GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, JURISTA EDITORES, Lima, 2011, pp.1145-1147.

sobre el bien, el uso y disfrute, las cuales pueden ejercerse cuando el sujeto pasivo se encuentra en posesión de un inmueble. Entonces, para la configuración del delito in comento y en estricta observancia del principio de lesividad es que se exige previamente que el sujeto pasivo esté en real posesión o tenencia del bien, ya sea por sí mismo (posesión inmediata) o por terceros (posesión mediata), pues de no mediar posesión o simple tenencia sobre el inmueble no habrá despojo o turbación de connotación penal, independientemente del análisis de legitimidad del título que se invoca para la ocupación. Por ende, la propiedad desapareja de posesión efectiva no constituye el bien jurídico protegido por las modalidades típicas del delito de Usurpación sancionada en los numerales 1,2 y 3 del artículo 202° del Código Penal.

## **2. EL DERECHO DE POSESIÓN**

Como se aprecia tanto la jurisprudencia como la doctrina convienen en apuntar que el bien jurídico protegido en el delito de Usurpación “no es propiamente el dominio sobre el inmueble, sino el ejercicio de facultades originadas que se ejercen sobre él, ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones; o sea, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble”<sup>23</sup>, exigiéndose como condición sine qua non para la configuración del ilícito que previamente al acto perturbador la existencia de una “posesión” constituida y consolidada a favor del sujeto pasivo. Así, resulta importante determinar el contenido de esta institución jurídica, debido a que la concepción y alcances conceptuales que se le otorguen a ella permitirá, en el marco del proceso de subsunción típica, establecer que conductas habrán de entenderse como usurpación, al aportar un referente para la exclusión o inclusión de conductas que merecen reproche penal.

---

<sup>23</sup> CREUS, Carlos. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, 6<sup>ta</sup> edición actualizada y ampliada, 1<sup>era</sup> reimpresión, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1998, pp. 557.

## 2.1. La Posesión: Fenómeno Social e Institución Jurídica

Los derechos reales tiene por objeto la atribución de los bienes a los sujetos de derecho. El ordenamiento jurídico asigna los bienes a los sujetos en forma definitiva mediante la propiedad y demás derechos reales, y de manera provisional con la posesión. En tal sentido, Torres Vásquez apunta que:

“La posesión es el poder de hecho o señorío, con o sin derecho, que una persona ejerce sobre un bien o derecho, sin importar si el poseedor tiene o no animus domini (voluntad dominical, o sea voluntad de poseer como dueño) o animus possidendi (voluntad de poseer, ejemplo, el usufructuario). No cuenta para nada que el poseedor se comporte o no como propietario, usufructuario, usuario, habitante, comodatario, heredero o como fuere, lo que importa es que tenga el ejercicio de hecho de la posesión del bien, usándolo, disfrutándolo, habitándolo, realizando tareas de sembrado, pastoreo, cosecha, obras de irrigación, etcétera. La posesión reconocida por ley, por un contrato o judicialmente, que no existe fácticamente, no es posesión.”<sup>24</sup>

Entonces, para que haya posesión no es necesaria ni suficiente la posesión de derecho, esto es, aquella derivada de un contrato o una resolución judicial, imagínese, por ejemplo, un contrato de compraventa en el que el vendedor se ha obligado a entregar el bien al comprador en una determinada fecha, obligación que llegada la fecha se incumple. Es así que, obviamente, el nuevo adquiriente tiene “derecho a la posesión”, pero de facto no ejerce poder alguno inherente a la propiedad. Enseguida, cabe afirmar que el que la posesión importe un ejercicio de hecho trae también como consecuencia se descarte toda noción de legitimidad. Por consiguiente, posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo), debido a que ambos por el

---

<sup>24</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Derechos Reales: Tomo I, Ed. IDEMSA, Lima, 2006, pp.336.

solo hecho de ser poseedores, les corresponde los derechos que conforme a las normas civiles le son propios al poseedor.<sup>25</sup>

El poder de hecho sobre un bien se ejerce usándolo, disfrutándolo o usándolo y disfrutándolo a la vez, poder que está reconocido y protegido por el Derecho con prescindencia de si se tenga o no derecho a ella, tan poseedor es el propietario que ocupa el bien como el arrendatario o el usurpador. Entonces, la posesión puede ser con título, posesión como derecho (*ius possidendi*) como la posesión del propietario, usufructuario, arrendatario, acreedor prendario, o sin título, posesión como hecho (*ius possessionis*), como el caso de la posesión del usurpador, del ladrón, del que se encuentra un bien extraviado, del poseedor cuyo título ha fenecido, ya sea por vencimiento del plazo o por cualquiera de las formas de ineficacia (nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc.)

En tal sentido, el Derecho protege al poder de hecho que se ejerce sobre el bien, con prescindencia de si ese poder ha nacido con o sin título, a fin de evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano. Es poseedor quien ocupa el bien con un título que le confiere un derecho real (la posesión del propietario, usufructuario, usuario, etc.) o un derecho personal (la posesión del arrendatario, comodatario, etc.), o sin título alguno (la posesión del usurpador, etc.). Y, es que el derecho real de posesión emana, como se ha indicado del hecho de la posesión, por eso el poseedor con título o sin título, con derecho o sin derecho a poseer, puede defender su posesión aún contra el propietario. En todo caso, quien tiene derecho a la posesión (aún no es poseedor o ha perdido legítimamente tal condición) podrá recurrir a los tribunales para que se le

---

<sup>25</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Definición de Posesión, en Código Civil Comentado: Por los 100 mejores especialistas, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, 2003, pp.75-78.

reconozca su derecho, pero no puede desalojar al actual poseedor por las vías de hecho.<sup>26</sup>

## 2.2. Los Elementos de la Posesión: Savigny e Ihering

La posesión romana era entendida como el poder físico y exclusivo sobre una cosa, a la que se le denominó corpus (elemento objetivo). Luego, se introdujo un elemento subjetivo, consistente en la voluntad del poseedor de tener el bien como propietario (animus domini) o simplemente el ánimo de poseer el aun cuando no sea como propietario (animus possidendi). Entorno a ello se han esbozado dos teorías, la subjetiva atribuida a Savigni y la objetiva atribuible a Ihering.

Para Savigni, quien plantea la **teoría subjetiva**, la posesión es el poder físico que se ejerce sobre un bien con ánimo de conducirse como propietario, para él son dos los elementos de la posesión: el corpus o sustrato material [contacto físico con el bien o posibilidad de tenerlo<sup>27</sup>] y el animus possidendi [intención de conservar el bien para sí], siendo precisamente este último elemento el que diferencia a la posesión de la simple tenencia. Las dificultades que presenta esta teoría se presentan debido a que el elemento intencional no permite explicar la posesión del que ocupa el bien no como propietario sino como arrendatario, comodatario, depositario, ni del ocupante sin título alguno (el ocupante precario); de otro lado, el animus es de difícil probanza pues uno no puede saber cuáles son las intenciones del otro.

En este contexto, Ihering plantea la **teoría objetiva** explicando que la posesión es un poder de hecho sobre las cosas según su destino natural, así es que existe una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica,

---

<sup>26</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p.336.

<sup>27</sup>No es necesario que tenga el contacto físico, es suficiente que se tenga la posibilidad de disponer materialmente de la cosa, con exclusión de toda injerencia extraña.

no requiriéndose el *animus domini*, bastando la exteriorización de la relación sujeto-bien. El *animus* está implicado en el *corpus*, correspondiendo al adversario probar la falta de dicho elemento para excluirlo de la protección.

La posición de Ihering es la seguida por el artículo 896° del Código Civil, que prescribe: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.” Pues en ella se omite cualquier referencia al elemento intencional de tratar al bien como si le perteneciera. La única excepción la constituye la adquisición del bien por usucapión, a cuyo efecto se requiere de la posesión como propietario, aunque el poseedor tenga conciencia de que el bien es ajeno (artículo 950° y 951° CC).

De acuerdo a la teoría objetiva, la posesión consiste en el poder de hecho o poder efectivo sobre los bienes, prescindiendo del título con el cual se posee. No es necesario que el sujeto tenga contacto físico con el bien, basta la posibilidad de tenerlo para. Así, no deja de ser poseedor quien contrata a una persona para que custodie el bien, o no puede acceder temporalmente al bien por cuestiones climáticas o la nave o aeronave que posee están navegando, o el propietario que deja cerrada su casa para irse a trabajar o de viaje. Es suficiente que el sujeto ostente un poder fáctico sobre el bien para que de momento interinamente, sea protegida su condición de tal, evitando que los ciudadanos se hagan justicia por su propia mano, debiendo recurrir al poder jurisdiccional para reclamar sus pretensiones sobre los bienes. La posesión está protegida contra los no poseedores mediante los interdictos “incluso contra quienes ostentes otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación (artículo 598° del CPC)”<sup>28</sup>.

Cabe indicar, finalmente, que:

---

<sup>28</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p.345.

“la posesión per se es una situación de hecho que para adquirir significación jurídica no requiere estar subordinada a los derecho, como emanada de ellos o formando parte de su contenido. La posesión existe autónomamente sin un derecho que le sirva de soporte. Si detrás de ella aparece un derecho que la atribuye, ello es indiferente. La posesión puede ser obra del titular del derecho a poseer, porque el titular autoriza a otro para poseer, o porque el no titular posee de hecho, sin o en contra de la voluntad del titular. El hecho de la posesión, con abstracción de la existencia de un título jurídico, es necesario y suficiente para la tutela jurídica...”<sup>29</sup>

### **2.3. Fundamento de la Protección Posesoria.**

Lo notorio y público es la posesión como hecho, mas no el derecho patrimonial con el cual se posee, lo que se ve es el hecho y no así el derecho del propietario, usufructuario, arrendatario, etc., que tenga el poseedor. Es esta visibilidad la que ha determinado su consideración como derecho real autónomo [frente al derecho del cual es su consecuencia], la necesidad de presumir legítima la posesión y que toda posesión es efecto de un derecho subjetivo patrimonial.

Así, la protección jurídica de la posesión encuentra su fundamento en “la necesidad de impedir que las situaciones de hecho establecidas sobre los bienes se vean alteradas por las vías de hecho, porque ello conduciría a terminar con la paz social y propiciar la anarquía y la guerra”<sup>30</sup>.

### **2.4. Fundamento de la Protección Jurídico Penal de la Posesión.**

Pero, si el derecho a la propiedad inmueble constituye un derecho fundamental de la persona y, por ende, de mayor relevancia jurídico penal que la

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.346.

<sup>30</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p. 347.

posesión<sup>31</sup>[conformante de aquél]; cabe aquí preguntarse **¿Por qué el Derecho Penal otorgó protección jurídico penal solo a la posesión?** Con lo explicado concluimos que ello radica en la naturaleza misma del derecho de posesión.

La “posesión” supone un ejercicio de “hecho” destacando entonces que los poderes del propietario han de ser de “hecho”, en oposición a lo que sería de “derecho”. En consecuencia, para que ella exista no es necesario ni suficiente la “posesión de derecho”<sup>32</sup>, pues, obviamente, el nuevo adquirente tiene “derecho a la posesión”, pero de facto no ejerce poder alguno inherente a la propiedad. Es más, bajo esta lógica es poseedor quien despliega actos materiales de contenido económico [por ejemplo, ocupando] sobre el bien, ya sea con un título que le confiere un derecho o sin título alguno, descartándose toda noción de legitimidad.<sup>33</sup>

Aún cuando la posesión vaya aparejada de un derecho que le ampare, lo visible en ella es el hecho y no así el derecho del propietario, usufructuario, arrendatario, etc., que tenga el poseedor<sup>34</sup>. Siendo así, la protección jurídica de la posesión encuentra su fundamento en la necesidad de impedir que situaciones de hecho establecidas sobre los bienes se vean alteradas por las vías de hecho. De ahí que el poseedor no pueda ser

---

<sup>31</sup> Véase, que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha puntualizado que el Tribunal “la posesión que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios”.Cfr. STC N.º 3773-2004-AA/TC y RTC 03100-2006-PA/TC, RTC 5578-2006-PA/TC, RTC 03336-2008-PA/TC y RTC 02101-2009-PA/TC, entre otras.

<sup>32</sup> Esto es, aquella derivada de un contrato o una resolución judicial, imagínese, por ejemplo, un contrato de compraventa en el que el vendedor se ha obligado a entregar el bien al comprador en una determinada fecha, obligación que llegada la fecha se incumple.

<sup>33</sup> Es precisamente por esto que a pesar de no hallar en ello la relación jurídica que exige la concepción jurídico-económica para la comprensión del patrimonio, esto es la preexistencia de la relación jurídica entre el bien inmueble y el sujeto pasivo del delito, la naturaleza misma de la posesión permite su soslayo bajo el entendimiento que –como se ha indicado- se trata de un poder de hecho.

<sup>34</sup> Ello ha resuelto que no solo su consideración como derecho real autónomo [frente al derecho del cual es su consecuencia], la necesidad de presumir legítima la posesión y que toda posesión es efecto de un derecho subjetivo patrimonial.

atacado por las vías de hecho ni siquiera por quien tenga derecho a hacerse de la posesión que le corresponde y menos por quien pretenda desalojar injustamente al poseedor.

Por esta consideración, es que, justamente, se optó por otorgar protección jurídico-penal al derecho de posesión [ius possessionis], pues como realidad social y palpable por se detentaba mayor probabilidad de sufrir ataques por vías de hecho, a diferencia de lo que sucedía con el derecho de propiedad y, más específicamente, el derecho a la posesión [ius possidendi], el cual inexorablemente va vinculado a un título que otorgue legitimidad a quien se considere titular del mismo, susceptible de ser reclamado por otras vías.

Es de suyo advertir que, en aquél entonces, no apremiaba necesidad—al menos hasta antes de la vigencia de la Ley N° 30076— de otorgar protección jurídico penal al derecho a la posesión, en tanto el derecho de propiedad con la que va necesariamente vinculado, en la mayoría de casos, no era susceptible de ser objeto del delito de usurpación inmobiliaria, dado que indistintamente de las modificaciones de hecho que pudieren tener lugar, aquél lógicamente quedaba incólume a favor de su titular e incluso protegido a través de las acciones civiles correspondientes.<sup>35</sup>

## **2.5. La comprensión de la institución jurídica de la “posesión” en el Derecho Penal**

En los manuales de Derecho Penal y la jurisprudencia cuando se define a la posesión se invoque artículo 896° del Código Civil el mismo que versa: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.” Según esta

---

<sup>35</sup> Los mecanismos con los que se cuenta en nuestro sistema jurídico son en el ámbito civil, entre otros, las defensas posesorias, los interdictos de recobrar y retener, y las acciones reales de reivindicación.

definición la “posesión” supone un ejercicio de “hecho”, destacando en ello que los poderes del propietario han de ser de “hecho”, en oposición a lo que sería de “derecho”. Entonces, para que haya posesión no es necesaria ni suficiente la posesión de derecho, esto es, aquella derivada de un contrato o una resolución judicial, imagínese, por ejemplo, un contrato de compraventa en el que el vendedor se ha obligado a entregar el bien al comprador en una determinada fecha, obligación que llegada la fecha se incumple. Es así que, obviamente, el nuevo adquirente tiene “derecho a la posesión”, pero de facto no ejerce poder alguno inherente a la propiedad.

En ello, se colige que lo que el Derecho aquí protege es el poder de hecho que se ejerce sobre el bien, con prescindencia de si ese poder ha nacido con o sin título, a fin de evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano. Entonces, es poseedor quien despliega actos materiales de contenido económico [por ejemplo, ocupando] sobre el bien, ya sea con un título que le confiere un derecho real (la posesión del propietario, usufructuario, usuario, etc.) o un derecho personal (la posesión del arrendatario, comodatario, etc.), o sin título alguno (la posesión del precario, etc.). Y, es que el derecho de posesión [ius possessionis] emana, como se ha indicado del hecho de la posesión, por eso el poseedor con título o sin título, con derecho o sin derecho a poseer, [ius possidendi] puede defender su posesión aún contra el propietario. En todo caso, quien tiene derecho a la posesión (aún no es poseedor o ha perdido legítimamente tal condición) podrá recurrir a los tribunales para que se le reconozca su derecho, pero no puede desalojar al actual poseedor por las vías de hecho.<sup>36</sup>

Enseguida, cabe afirmar que el que la posesión importe un ejercicio de hecho trae también como consecuencia se descarte toda noción de legitimidad. Por

---

<sup>36</sup>TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p.336.

consiguiente, posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el precario (poseedor ilegítimo), debido a que ambos por el solo hecho de ser poseedores, les corresponde los derechos que conforme a las normas civiles le son propios al poseedor.<sup>37</sup> A la sazón, en palabras de Vásquez Ríos: “la posesión es el poder de hecho que el hombre ejerce de manera efectiva e independiente sobre una cosa, con el fin de utilizarla económicamente; dicho poder se protege jurídicamente, con prescindencia de saber si corresponde la existencia o no de un derecho.”<sup>38</sup>

### **3. MODALIDADES TÍPICAS DEL DELITO DE USURPACIÓN DE INMUEBLES**

#### **3.1. Alteración y destrucción de lindero.**

Tratándose de la “**alteración y destrucción de lindero**”, el delito aquí consiste en el apoderamiento de todo o parte de un inmueble, a través de la destrucción o alteración de los términos o límites del mismo. Entiéndase por lindero a toda señal natural o artificial que sirve para establecer los límites de un inmueble.

Es de verse que los verbos rectores de esta conducta eran destruir que significa deshacer, inutilizar algo, en este caso los términos o límites del predio, con la intención de acrecentar el bien propio, perjudicando al dueño del predio colindante. El otro verbo rector es el de alterar los términos o límites del predio lo que implica un cambio de posesión o, dicho de otro modo, mover el lindero de su posición original hacia la parte interna del inmueble colindante. Ha de precisarse que en el primer supuesto normativo se tiene que incurrir necesariamente en la causación de daños en los hitos limítrofes con lo cual ya no se sabe a ciencia cierta cuales son los lindes del terreno; mientras que en el

---

<sup>37</sup>AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Definición de Posesión, en Código Civil Comentado: Por los 100 mejores especialistas, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, 2003, pp.75-78.

<sup>38</sup>VASQUEZ RÍOS, Alberto. Derechos Reales. Tomo I, Ed. San Marcos, Lima, 2011, p. 139.

segundo supuesto no se trata ya de dañar sino mas bien de modificar las señales naturales o artificiales, ampliando o en su defecto reduciendo los linderos del terreno que se pretende apropiar.

Enseguida se advierte que lo que se sancionaba a través de esta represión penal era que el sujeto activo tenga la intención dolosa de apropiarse del terreno y para tales efectos acude a la “destrucción” o “alteración” de los términos y límites de los predios.

### **3.2. El despojo de la posesión**

Tratándose del “**despojo de la posesión**”, el delito aquí consiste en despojar a otro a otro, total o parcialmente de la posesión, tenencia<sup>39</sup> o ejercicio de un derecho real<sup>40</sup> sobre un inmueble, lo que trae consigo excluir, desposeer o quitar a una persona de la ocupación del inmueble. Se dice que es total cuando se priva al sujeto pasivo de todo el inmueble y parcial cuando se le priva a aquél de la posesión de una parte del inmueble. El despliegue de estos actos típicos traerá como consecuencia, por un lado, que el poseedor, tenedor u otro resulte desplazado o excluido de su ocupación y, por otro, que el sujeto activo se halle en condiciones de permanecer en la ocupación, toda vez, que para ser típico, el despojo debe estar signado por la finalidad de permanecer en el inmueble.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> El tenedor de la posesión, no es otra cosa que el “servidor de la posesión”, el mismo que, según los alcances del artículo 897 ° del Código Civil, encontrándose en relación de dependencia respecto de otro, conserva la posesión en nombre de este en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

<sup>40</sup> Como las servidumbres activas, usufructo, uso y habitación, anticresis, etc.

<sup>41</sup> “Si bien es cierto que el elemento objetivo del delito de usurpación se cumple con la materialización del despojo o perturbación de la posesión, también lo es que, adicionado a ello, debe darse el elemento subjetivo del tipo que se encuentra en la conciencia y voluntad de despojar a otro de la posesión; en tal sentido, para consumar el delito de usurpación, es preciso que la ocupación- en sentido estricto- sea material y efectiva, y que desde el primer momento se realice con el propósito de mantenerse en el inmueble usurpado, con el goce de beneficios del poseedor, siendo irrelevante el lapso que dure tal situación de ofensa al bien jurídico”. Ejecutoria Suprema del 27/9/96, Expediente N° 2584-96-B-Lima.

Enseguida, el tipo penal<sup>42</sup> exige que el aludido despojo se haya concretado con el uso de: violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, pues de no mediar la concurrencia siquiera uno de aquellos, la conducta adolecería de atipicidad. Y, es que, así como resulta de vital importancia acreditar objetivamente el “despojo”, también lo es la acreditación de las modalidades comisivas enunciadas, pues para el legislador la sanción por la usurpación por despojo únicamente tendría lugar si este posee una vinculación directa e inmediata con determinados medios típicos.

La **violencia** debe entenderse como la fuerza física que se ejerce sobre la persona y/o bienes<sup>43</sup>. La **amenaza** es el anuncio del propósito de causar un mal o un perjuicio inminente a otro, cuya finalidad es intimidarlo. Ambos medios comisivos, como los que a continuación se abordarán deben de estar orientados para cometer el despojo de la posesión, esto es para el ingreso a la posesión del inmueble, más no así para repeler o realizar actos de defensa posesoria (a través de violencia o amenaza) de los actos de ingreso propinado por otro dueño.

El **engaño** es la simulación o disimulaciones de sucesos o de situaciones de hecho, tanto materiales como psicológicas para que la víctima caiga en error. De igual forma, el **abuso de confianza** se entiende como tipo de destreza intelectual provocada por el autor, precisando que la diferencia con el anterior estriba en que aquí debe de existir una relación necesariamente de permanencia –ya sea amical, familiar o profesional- entre el imputado y el agraviado para que precisamente se produzca el

---

<sup>42</sup> Artículo 202° numera 2 del Código Penal sanciona: “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.

<sup>43</sup> Actualmente, la previsión normativa del artículo 202° del Código Penal incluye en la parte *in fine* de manera taxativa que la violencia a la que se alude debe entenderse sobre las cosas y personas. Este desarrollo será abordado en el capítulo siguiente, pues inclusive luego de la vigencia de la Ley N° 30076 era discutible si la violencia tal cual debía de entenderse solo contra las cosas incluso antes de la entrada en vigencia de esta, siendo co-sustancial a ella.

grado o los lazos de confianza mutua que requiere el tipo penal, lo que no sucede en el tratándose del engaño. Este último consistirá en que el autor logra intencionalmente hacerse depositario de la fe y confianza de la víctima, para posteriormente traicionarle y causarle un perjuicio patrimonial.

Finalmente, el tipo penal exige se haya despojado de la posesión, tenencia [aquella situación en la que una persona ejerce uno o más atributos del Derecho de propiedad sobre un inmueble sin presumírsele como propietario, se trata de un detentados no poseedor] o el ejercicio de un Derecho real [puede producirse cuando la víctima está en pleno ejercicio o ejecución de un Derecho real surgido a consecuencia de la ley o un contrato válido, la propiedad, usufructuó, uso habitación, servidumbre, la hipoteca, etc.], siempre y cuando esté vinculado a la posesión, caso contrario el ilícito penal no aparece<sup>44</sup>.

### **3.3. Turbación de la posesión**

De igual forma, tratándose de la “**turbación de la posesión**”, el delito aquí consiste turbar la posesión de un inmueble, lo que implica que el agente sin ocupar el inmueble, molesta o perturba temporalmente o permanentemente el ejercicio de los derecho que corresponden a la posesión del sujeto pasivo. Se incluyen aquí también todos aquellos actos realizados por el agente, que aún cuando no están dirigidos a despojar de la posesión a la víctima, busca afectarla.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, Volumen II, 4ta Edición, Ed. GRIJLEY, Lima, 2010, p. 1195.

<sup>45</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Ob Cit.*, p. 1161.

Enseguida, el tipo penal<sup>46</sup> exige que la aludida turbación se haya concretado con el uso de: violencia o amenaza, pues el que no medie siquiera alguno de ellos importaría la atipicidad de la conducta. Dado que, así como resulta de vital importancia acreditar objetivamente la “turbación”, también lo es la acreditación de las modalidades comisivas enunciadas, pues para el legislador la sanción tendría lugar solo si la turbación posee una vinculación directa e inmediata con determinados medios típicos.

### **CAPÍTULO III**

#### **LA GÉNESIS “USURPACIÓN CLANDESTINA” Y LA LEY N° 30076: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO**

En el año 2013, legislativamente llegó a formarse una extensa ola normativa que dio lugar a un nuevo panorama en el ordenamiento penal y de la cual –si bien podría afirmarse que se ha mostrado ya su pico más alto- no existe resquicio para afirmar que todas las modificaciones o incorporaciones normativas han llegado a la orilla. El hecho concreto es que Leyes como la N° 30030<sup>47</sup>, la N° 30037<sup>48</sup>, la N° 30050<sup>49</sup>, la N° 30054<sup>50</sup>,

---

<sup>46</sup> Artículo 202° numera 3 del Código Penal sanciona: “El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.

<sup>47</sup> Por medio de la cual se incorporó al Código Penal la circunstancia agravante genérica (artículo 46-D) consistente en el uso de menores e inimputables en la comisión de delitos.

y la N° 30068<sup>51</sup>, han acarreado un cambio sino sustancial, cuando menos específico en lo que atañe a incremento de tipos penales, incremento de penas, incremento de circunstancias agravantes y, además, restricción en los beneficios penitenciarios.

Pero si ya con lo antes señalado es posible afirmar que el Código Penal y el Código de Ejecución Penal dieron cuenta de su vulnerabilidad fue la Ley N° 30076 la que ha tenido una mayor incidencia cuantitativa, y no solo en dichos cuerpos normativos sino además en el Decreto Legislativo N° 957, el mismo que –valga decirlo– luego de nueve años de su publicación (y siete desde su primera entrada en vigencia) ha recibido una variación normativa claramente considerable en su texto, de modo que si bien el Código Procesal Penal de 2004 mantiene su esencia, instituciones procesales como el Principio de Oportunidad, la Confesión Sincera y la Terminación Anticipada, han recibido ciertas restricciones en su aplicación, orientadas todas al propio espíritu o propósito asentado en la denominación asignada a la Ley N° 30076: “combatir la inseguridad ciudadana”. Un propósito que se ve aún más refrendado con la posterior publicación de la Ley N° 30077, a través de la cual además de establecerse una definición de “crimen organizado”, se ha llegado a delimitar el grupo de delitos que son abarcados o se relacionan con el término.

---

<sup>48</sup> A través de la cual se modificó el tipo penal de Disturbios y se incorporó una pseudo modalidad del tipo penal de Homicidio Calificado.

<sup>49</sup> Según la cual, y en un contexto distinto al de las Leyes precitadas, se incorporó el artículo 245-A al Código Penal (“Falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores”), así como también se incorporó un párrafo en el extremo final del artículo 251-A del mismo Código (“Uso indebido de información privilegiada. Formas agravadas”).

<sup>50</sup> Con cuyo vigor fue incorporado al Código Penal el artículo 108-A (“Homicidio calificado por la condición oficial del agente [*sic.*]”), además de que se modificaron los artículos 46-A, 108, 121 y 367 del mismo Código, incluyéndose también modificaciones en los artículos 47, 48 y 53 del Código de Ejecución Penal (básicamente para incluir la alusión al incorporado artículo 108-A del Código Penal).

<sup>51</sup> A partir de su vigencia se estableció la autonomía del tipo penal de Femicidio (artículo 107-A), dando lugar a su inclusión en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, así como en el artículo 46 del Código de Ejecución Penal.

Dentro del referido contexto legislativo que se ha modificado el enunciado normativo de uno de los más connotados –por recurrente- delitos contra el patrimonio: se trata del tipo penal de Usurpación. En ese sentido, el artículo 202 del Código Penal ha recibido ciertas reformulaciones en su enunciado que van desde un incremento en el marco de pena abstracta previsto para el delito, pasando por la inclusión de un nuevo supuesto típico, y concluyendo en la precisión sobre la comprensión de un elemento objetivo esencial: la violencia. Sobre lo primero debe precisarse que ha ocurrido un incremento tanto en el extremo mínimo como en el máximo de la pena abstracta, de modo que su determinación para quien cometa alguna de las modalidades del delito oscilará entre los dos y cinco años de privación de la libertad. Por su parte, se ha establecido taxativamente que la violencia aludida en las modalidades de Despojo y Turbación se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes. Y, además, pero sin implicar menor relevancia, se ha incorporado una cuarta modalidad típica que adicionalmente a las ya conocidas, también configurará el delito.

**1. La iniciativa legislativa por una nueva modalidad típica del delito de usurpación.**

Tal como fuera señalado, la vigencia de la Ley N° 30076 obedece a un propósito demarcado en la propia denominación que le ha sido otorgada. Se trata, pues, del combate de la inseguridad ciudadana. Y, como acertadamente podría pensarse, debido a la considerable extensión de artículos modificados e incorporados a través de dicha Ley, esta es el claro resultado de un cúmulo de Proyectos de Ley que no recientemente fueron presentados por las diversas bancadas parlamentarias en el Congreso de la República. Así puede apreciarse del Expediente Digital del Proyecto de Ley

02043/2012-CR<sup>52</sup>, en el cual figuran detallados sesenta y dos Proyectos de Ley que datan desde el año 2011 hasta Julio de 2013. Es precisamente dentro de este grupo de Proyectos de Ley que se hallan el N° **1897/2012-PE (“Ley que modifica artículos del Código Penal y Código Procesal Penal; e, incorpora medidas de lucha para proteger la propiedad pública y privada de las usurpaciones”)**, así como el N° **1911/2012-CR (“Proyecto de Ley que modifica el artículo 202° del Código Penal y amplía el plazo de ejecución de las defensas posesorias”)**; y es precisamente sobre ellos que a continuación se hará una breve referencia a fin de escudriñar un tanto en la – así denominada- ratio legis que sustenta la actual regulación.

### **1.1. El Proyecto de Ley N° 1897/2012-PE.**

Este Proyecto, proveniente como una iniciativa del Poder Ejecutivo (y por ende suscrita por el propio Presidente de la República), fue presentado al Parlamento en los primeros meses del año 2013, y dentro del artículo 1° de su texto se planteó la siguiente modificación en el Código Penal:

”Usurpación. Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble destruye o altera los linderos del mismo. **2.** El que, con violencia, amenaza, engaño, **clandestinidad**, o abuso de confianza **ocupa** total o parcialmente un inmueble **en perjuicio de quien ejerce sobre éste el derecho de propiedad, posesión u otro derecho real.** 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble. La violencia a que hacen referencia los numerales 2 y 3 podrá ejercerse tanto sobre las personas como sobre las cosas”.

---

<sup>52</sup> Vid. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>, página web consultada el 30 de Enero de 2015.

La justificación hecha contener en la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto de Ley giró en torno a una invocada trascendencia del derecho constitucional de propiedad. Tras hacer énfasis en la calidad de inviolabilidad de dicho derecho, y luego de realizar algunas citas de ciertos extractos de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre el mencionado derecho, se expresó:

“el acceso y la defensa de la propiedad se convierten en mandatos para el Estado y la comunidad: Por un lado, como debe ser garantía respecto de aquéllos que la poseen otorgando seguridad jurídica; y por otro lado, mediante la promoción en favor de quienes no la tengan implementando una permanente política de acceso al suelo (...). Así, en caso de agresión a la propiedad, la normatividad contiene disposiciones de carácter civil como la defensa posesoria y de naturaleza penal como la Usurpación, las cuales deberían servir como medios de protección y defensa; sin embargo, dichas instituciones hoy en día están en tela de juicio debido a su ineficacia para proteger la propiedad”.

Se cuestionó, pues, que las medidas de protección de la propiedad, tanto de carácter civil como de carácter penal, se han tornado en ineficaces. Cuestionamiento que se ve sustentado –así se afirma- en la proliferación o aumento de las denominadas usurpaciones colectivas, en las cuales se ha adquirido una mayor sofisticación a través de la intervención de bandas organizadas, suscitándose que la toma ilegal de terrenos se vea manifestada en diversos territorios del país (tráfico de tierras). Es frente a ello que se tiene expresado en el Proyecto, que:

“el legislador requiere repensar la forma como el Estado debe responder frente a este tipo de agresiones al derecho constitucional a la propiedad. Ello implica valorar su represión desde el derecho penal (...) No puede admitirse que el Estado deje en indefensión a la colectividad y sin herramientas para proteger su propio patrimonio.

Más aún si el legislador puede reprimir conductas desde el derecho penal cuando las medidas menos restrictivas no logran los efectos esperados (...) Tampoco las fórmulas penales del actual tipo penal de usurpación parecen ser adecuados...”.

Lo que continúa a lo antes citado es una conclusión que reza afirmando que la normatividad en su conjunto, tal como se encuentra diseñada, alienta a los agresores a la usurpación. Esta conclusión empalma con la referencia a una de las más conocidas instituciones jurídicas del Derecho privado, cual es, la prescripción adquisitiva, la misma que –a decir de los autores del Proyecto- se ha visto sumida en un abuso al ser utilizada como instrumento para convalidar la toma ilícita de inmuebles, pasando a ser un derecho oponible a un derecho injusto que lo ubica en el mismo nivel o por encima del derecho constitucional a la propiedad. Se indica, pues, que “no es posible proteger el derecho constitucional frente al derecho legal, y por tanto las usurpaciones arropadas de derechos posesorios terminan fácilmente utilizadas dolosamente generando impunidad y venciendo la tipificación del delito al tratarse de supuestas discusiones civiles sobre la propiedad”. Es por ello que el Proyecto fue situado por sus autores en la búsqueda de “componer armónicamente” el derecho a la prescripción adquisitiva con el derecho constitucional a la propiedad, debiendo entrar a tallar en ello –así se expresa- una ponderación de bienes jurídicos.

## **1.2. El Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR.**

La iniciativa requiriendo mejor intervención legislativa en la protección del derecho a la propiedad no sólo provino de parte del Poder Ejecutivo, sino que también se hizo llegar similar clamor desde el interno del Congreso de la República por parte del grupo parlamentario Acción Popular, presentándose un Proyecto de Ley que a través del artículo 1° de su texto planteó la siguiente modificación en el Código Penal:

“Usurpación. Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 1. El que, para apropiarse, de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. **3. El que, arbitrariamente, mediante actos ocultos o en ausencia del poseedor ocupa una parte o la totalidad de un inmueble impidiendo el ejercicio de la posesión al propietario, poseedor o quien ejerza sobre éste algún derecho real.** 4. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble”.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley contiene una interrogante compuesta sobre cuya base se asienta la razón para la incorporación del allí considerado inciso 3 del artículo 202 del Código Penal: “¿Qué sucede si es que no existe despojo del bien inmueble o lo que es equivalente a que no haya de por medio violencia, amenaza u otros medios de coacción? ¿Qué sucede con aquel ciudadano cuya propiedad fue invadida en el transcurso de la madrugada y que al amanecer se topa con la sorpresa de haber sido invadido?”. Coincidiendo entonces con el tenor y justificación asentados en el Proyecto de Ley N° 1897/2012-PE, también aquí se parte de una coyuntura consistente en que personas invasoras o grupos organizados toman posesión de un inmueble en ausencia del propietario, poseedor o quien haga sus veces, para posteriormente dar paso al tráfico de tierras. Es con tales invasiones –se expresa en el Proyecto- que luego se da inicio a la figura de la prescripción adquisitiva para así obtener el apoderamiento de propiedad privada.

En general, el autor del Proyecto justificó la iniciativa precisando lo siguiente:

“se propone incorporar un cuarto supuesto de hecho mediante el cual se sancione a quien ocupe inmuebles que se encuentran desocupados o en estado de abandono de su

propietario, pero que en el ejercicio de su condición de propietario tiene la potestad de ejercer su derecho de recuperar su bien no requiriéndose para ello probar la posesión inmediata del bien para poder reclamar su restitución. Con esto queda acreditado que el Poder Legislativo es conocedor de las deficiencias que presenta nuestro código penal en la configuración de los delitos de usurpación y lo urgente que resulta para el estado otorgar un marco legal adecuado que permita que las garantías posesorias puedan ser ejecutadas y no sean meros enunciados que en la práctica no es posible accionar” (sic).

No puede dejar de indicarse que a diferencia del Proyecto de Ley N° 1897/2012-PE, el presente Proyecto contuvo una conexas propuesta de modificación que recaía en la normatividad civil. Así, se planteaba modificar el artículo 920 del Código Civil, cuyo texto proyectado habría de ser: “El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, en un término máximo de 3 días calendario, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”. La justificación de esta propuesta –claramente relacionada con el contexto en el que ocurre alguna modalidad de Usurpación- se sustentó en que:

“En el supuesto que un inmueble es invadido y el poseedor despojado de la posesión, para ejercer su defensa posesoria extrajudicial, esta resulta engorrosa por cuanto involucra coordinaciones con la Policía Nacional del Perú lo que convierte en insuficiente el plazo inmediato que para estos efectos sería de 24 horas, por ello es necesario ampliar el plazo para su accionar, considerando que es necesario sea el término de 3 días calendario” (sic).

### **1.3. Alcances de la reforma introducida**

Como lógico desenlace del debate al que fueron sometidos los aludidos Proyectos de Ley, es de suyo verificable que la opción del legislador se decantó por assimilar el sentido y expresión de ambas propuestas legislativas, de modo que la

problemática denunciada y la hipótesis proyectada fueron acogidas en esencia, dando de ese modo lugar a una nueva modalidad comisiva del tipo penal de Usurpación. Así pues, adicionalmente a los incisos 1 (destrucción o alteración de linderos con propósito de apropiación), 2 (despojo por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza), y 3 (turbación de la posesión por violencia o amenaza), a partir de la vigencia de la Ley N° 30076 debe ser también considerado y aludido el flamante inciso 4 del artículo 202 del Código Penal, cuyo contenido normativo se ha hecho consistir en: “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”. Son, entonces, cualesquiera de las cuatro modalidades comisivas las que ahora configuran típicamente el delito de Usurpación.

Conociendo los términos en que habría podido consistir la modificación del artículo 202 (expuestos en los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911/2012-CR), resulta insoslayable –aunque quizá por mera curiosidad histórica- buscar de entre ellos una correspondencia que en mayor grado se ajuste al texto final que ha sido plasmado en la Ley N° 30076. Así, formalmente podría descartarse como referencia preferente la modificación considerada en el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, toda vez que tanto en extensión como en descripción existe una inocultable asimilación de los términos contenidos en el Proyecto N° 1911/2012-CR; sin embargo, partiendo de una valoración menos formalista, resulta posible afirmar que la esencia de ambos Proyectos ha sido esculpida y materializada en el vigente cuarto apartado del artículo 202 del Código Penal. Ello no obsta para resaltar lo evidente: salvo la variación del adverbio “arbitrariamente” por el de “ilegítimamente”, así como la variación del

verbo “ocupar” por “ingresar”, asoma entre la norma vigente y la norma proyectada (Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR) una cercana identidad enunciativa.

De lo antes descrito conviene reparar en que la variación terminológica suscitada no constituye un mero aspecto que dé paso al soslayo en su atención, por el contrario, aquí se considera que con la expresión “ilegítimamente” se deja de plano descartada la posibilidad de situar la conducta frente a algún agente que invoque el menor atisbo de derecho respecto del inmueble afectado; en su lugar, la expresión “arbitrariamente” acoge la posibilidad de partir de la existencia de un derecho a favor del agente, del cual éste realiza un ejercicio que sobrepasa sus límites potestativos, tornándose en contrario al ordenamiento. A su vez, tampoco puede desatenderse la no correspondencia y disparidad entre los términos “ingresar” y “ocupar”, toda vez que aquel denota únicamente un desplazamiento hacia un espacio interior o autónomo sin que a ello se acompañe un estado de permanencia, estando siempre latente el acto inverso luego de su producción (salida); sin embargo, la ocupación implica por su propia naturaleza un asentamiento, y por ende un necesario estado de permanencia. Adicionalmente, es preciso tomar en cuenta que en la redacción del Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR se previó que aparejado al acto o conducta principal de ocupar era necesario impedir el ejercicio de la posesión de quien ostentara un derecho real sobre el inmueble (lo que lo expresamente lo hubiera convertido en un tipo penal de tendencia interna)<sup>53</sup>.

## **2. El Derecho de Propiedad Inmueble: Bien jurídico protegido por el delito de Usurpación de Inmuebles**

El bien jurídico protegido es un punto de partida para determinar la legitimidad de la norma penal. En este sentido, sirve como referencia para evitar que el Estado consagre sus propios intereses en las normas penales, al dar razón del porqué de la

---

<sup>53</sup>URTECHO NAVARRO, Alejandro. *Ob. Cit.*, pp. 127-143.

intervención estatal y, por ello mismo, apuntar hacia problemas distintos de la génesis y legitimación de la norma penal. Así, ofrece condiciones materiales para limitar la acción estatal en base a la racionalización (o justificación) de posibles valores que la sociedad estima como importantes y cuyo mantenimiento se pretende a través de normas penales. Sin embargo, desde ya ha de internalizarse que no todos los valores de una sociedad se pueden elevar a tal categoría, sino aquellos que constituyen valores fundamentales del orden social, es decir bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad. En consecuencia, se sancionarán aquellas estructuras lesivas para aquellas aspiraciones.<sup>54</sup> Así, el bien jurídico constituye un medio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*, en cuanto plasma procesos de exclusión frente a pretensiones punitivas que no se corresponden con las necesidades esenciales o básicas para la convivencia de individuos, grupos de personas o instituciones del Estado.

Bajo tal circunstancia, vigente ya el delito de usurpación se determinó en su vigencia que el bien jurídico protegido era el “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 que la víctima esté en posesión del inmueble” (Casación N° 273-2012/Ica). Que, con lo hasta ahora explicado no es otra cosa que la protección del mero hecho posesorio general el *ius possessionis* (derecho de posesión). Sin embargo, con la modificatoria se pone de

---

<sup>54</sup> En sentido similar, en el Fundamento 35 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional determinó que: “El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.”

relieve la cuestión del bien jurídico protegido por la formula normativa que sanciona la Usurpación Clandestina, toda vez que resulta palpable que el otorgamiento de protección jurídica pretendida por el legislador dimana de manera directa sobre el derecho de propiedad y, no así, sobre el derecho de posesión.<sup>55</sup>

## 2.1. Acepción

En su acepción restringida o técnica, propiedad viene a ser un derecho real que puede ser entendido de dos maneras; por un lado, recae sobre todo tipo de bienes, así los materiales como inmateriales. **Y, por otra parte – y aquí se diferencia nítidamente de los otros derechos reales-, confiere a su titular un goce y señorío pleno sobre los bienes.**

## 2.2. El aspecto funcional del derecho de la propiedad.

---

<sup>55</sup> En la, vigente ahora, propuesta normativa se hallan tres supuestos fácticos pasibles de sanción de verificarse su virtualidad, estos son: a) Al que ilegítimamente ingresa a un inmueble mediante actos ocultos; b) Al que ilegítimamente ingresa a un bien inmueble en ausencia del poseedor; y, c) Al que ilegítimamente ingresa a un bien inmueble con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quien tenga derecho a oponerse. Realizando una interpretación sistemática de los tres supuestos normativos, se entiende que en el primer y segundo supuesto normativo se exige -como en las otras tres modalidades previstas- la existencia de *posesión previa* por parte del sujeto pasivo [aunque con las particularidades que abordaremos en la discusión]; empero, ello no ocurre respecto del último supuesto normativo, por cuanto tan solo se exige que el sujeto activo tome precauciones para asegurar el desconocimiento del que tenga "*derecho a oponerse*". Y, es que de manera genérica las personas que tienen derecho a oponerse no son aquellas personas que detenten de facto el *derecho de posesión*, sino por el contrario aquellas que tienen un derecho sobre la cosa que crea el *iuspossidendi*(*derecho a la posesión*) que no necesariamente se ampara en el hecho posesorio, pues de mediar ello nos encontraríamos en el supuestos donde median *actos ocultos o ausencia del poseedor*.

Este último supuesto normativo, claramente, concreta un mecanismo de protección directa del derecho de propiedad *per se* y, más específicamente, del *derecho a la posesión*, el cual en virtud de algún título jurídico puede ser cedido a un tercero únicamente por el propietario. Nótese que aquí no se pone especial énfasis en la acreditación de la *posesión como hecho*, sino simplemente a la *posesión como derecho*. Siendo así, aún cuando las propuestas normativas –*ratio legis*- no hayan precisado este necesario distingo (lo que justifica la realización de este trabajo), es curioso que el legislador haya optado, contrariamente a la tradición jurídica hasta ahora establecida, por otorgar protección jurídica al *derecho de propiedad*; pero en ello como hemos de entender al *derecho de propiedad*.

En el orden de los derechos subjetivos, la propiedad tiene un lugar de privilegio. Ello porque, como derecho subjetivo privado, le brinda al individuo la posibilidad de obtener todos los medios económicos necesarios para desplegar su propia personalidad humana, a saber, para vivir y luego para desplegar y conseguir su propio fin. Convirtiéndose así en uno de los **derechos fundamentales de la persona**. Así, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70°, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la **función social** que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo. Pues, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, sino que debe tomar necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. Explica el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC del 1 de Abril de 2005 que:

“78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de

deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.”

En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

Desde la perspectiva constitucional, **el derecho fundamental a la propiedad, al igual que los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa.** Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

Empero, es pertinente puntualizar que lo que constitucionalmente resulta amparable de dicho atributo fundamental está constituido esencialmente, por los elementos que la integran en su rol tanto de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, como de derecho individual de libre autodeterminación. Con lo primero se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental. Con lo segundo, que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y

disposición<sup>56</sup>, convirtiéndose en el tipo dominante de los derechos reales. En tal sentido, resulta importante aludir que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia<sup>57</sup> ha reconocido que: “

“Si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado, no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. **Es esto último lo que sucede precisamente con la posesión que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional**, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios” (el subrayado es nuestro).

### **2.3. El Derecho de Propiedad en el Ordenamiento Jurídico Nacional.**

Como se ha indicado en el apartado anterior, encontramos a la propiedad en nuestra Constitución, obviamente como un **derecho fundamental**, entendido, eso sí, no como un atributo inherente de la persona, por cuanto, la propiedad se adquiere y se transmite.

La Comisión nombrada para la elaboración del anteproyecto de reformas de nuestro Código Civil, en cuanto al artículo 923° simplemente se ha limitado a cambiar los conceptos “...con el interés social...”, por “...con el bien común...”, cuyos alcances y limitaciones ha desarrollado el sumo interprete de la Constitución –como se ha explicado anteriormente- y, por ende, implica una coordinación del interés individual y

---

<sup>56</sup>Cfr. Fundamento Jurídico 3 de la STC N.º 3773-2004-AA/TC.

<sup>57</sup>Cfr. STC N.º 3773-2004-AA/TC y RTC 03100-2006-PA/TC, RTC 5578-2006-PA/TC, RTC 03336-2008-PA/TC y RTC 02101-2009-PA/TC, entre otras.

la gestión de bienes productivos en relación con principios de solidaridad social. Entonces, sin equívoco es que actualmente la propiedad está llamada a cumplir una función social.

El derecho de propiedad, como tal, se erige como un derecho real por excelencia, el más completo y definitivo, el único que confiere el poder de abusar (*ius abutendi*), del bien en el sentido más idóneo de la palabra; por lo que advertimos **que la esencia del derecho de propiedad está precisamente en el poder jurídico de disposición. Los otros derechos reales (sobre bienes ajenos) son derivaciones de la propiedad, por lo que se les denominan derechos reales provisionales, temporales, parciales.**<sup>58</sup> Así, en el Considerando Primero de la Casación N° 5374-2006-Junín, del 15 de Agosto de 2007:

“...conforme a reiteradas y uniformes sentencias casatorias de esta Sala de Casación, el derecho de propiedad es un derecho real por excelencia, consagrado en el artículo setenta de la Constitución, en virtud del cual el titular puede usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, conforme al artículo novecientos veintitrés del Código Civil; siendo que este derecho solo se realiza o desarrolla de manera plena cuando excluye a otras personas en la participación del mismo derecho sobre determinado bien, dado que es imposible que sobre un mismo bien concurren dos idénticos derechos de propiedad”

#### **2.4. La propiedad y su relación con los derechos reales.**

Torres Vásquez anota que “Como el derecho de propiedad es el poder legítimo de actuar la relación del hombre con la naturaleza para aprovechar los bienes y satisfacer sus necesidades, y esa vinculación mayor se desdobra en numerosas

---

<sup>58</sup>GONZALES LINARES, Nerio. Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales, Ed. Palestra, Lima, 2007, p.274.

relaciones, según la mayor o menor extensión del goce y disposición que llevan consigo, es concebible que el derecho de propiedad, significando el *complexus* o totalidad de esas relaciones abarque además desde el derecho real de contenido más extenso (el dominio), hasta el contenido más reducido”<sup>59</sup>

Siendo así, al desprenderse del artículo 923° del Código Civil que versa: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”; que el derecho de propiedad es un **poder jurídico pleno** sobre el bien, aunque con sus limitaciones; nítidamente puede hallarse diferencias entre la propiedad y los derechos reales limitados (usufructo, uso, habitación, superficie, etc.), por cuanto estos últimos facultan únicamente para un señorío parcial. Frente a la propiedad que como refiere Torres Vásquez es el *complexus* o totalidad de esas relaciones y atributos, lo demás derechos reales son limitados, parciales, no siendo más que manifestaciones que surgen del seno de la propiedad.

## **2.5. Atributos del Derecho de Propiedad.**

Según afirma González Linares, la aprehensión objetiva o real del contenido de la propiedad, se hace efectiva, con el ejercicio pleno de la posesión, que no es sino el uso o disfrute de la propiedad, o propiamente su contenido material. El derecho de disposición, sintetiza el poderío del titular sobre el bien. Solo el propietario –in estricto-, esta facultado para disponer o enajenar el bien a título inter vivos o mortis causa. Es, precisamente, con ese poder (*ius abutendi*) que la propiedad adquiere valor económico-

---

<sup>59</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit., pp.95.

social, y asume una vasta dinamicidad dentro de los derechos que generan relaciones jurídico reales.

- **El Derecho de Uso:** no es otra cosa que el derecho del propietario a servirse del bien para satisfacer sus necesidades de la manera más adecuada, y sin ninguna limitación; pero, cuidando no alterar la naturaleza o destino del bien. Entonces, usar el bien es servirse de él, en la forma mas adecuada a sus necesidades y cuidado el destino social y económico del bien.

- **El Derecho de Disfrute:** es aquél que concede al propietario el disfrute o el aprovechamiento de los beneficios que produce el bien. El disfrute como uno de los contenidos del derecho de propiedad importa que el propietario pueda beneficiarse con los rendimientos de los bienes fructíferos o productivos, o sea, con los frutos o producto. Los frutos son los que el bien de manera periódica rinde con o sin la intervención del hombre; mientras que lo productos carecen de periodicidad y disminuyen el bien.

Estos derechos de uso y disfrute son susceptibles de ser transferidos a terceros por el propietario a través de los llamados derechos reales sobre bienes ajenos (verbigracia, el usufructo, la superficie, la servidumbre, etc.), los cuales se sintetizan en el ejercicio de la posesión y, por ende, implican la traslación del derecho a la posesión.

- **El Derecho de Disposición:** deriva del carácter absoluto del derecho de propiedad y se constituye en el poder jurídico que le proporciona tipicidad al derecho de propiedad, el cual se presenta bajo los caracteres de un derecho total, completo, permanente, y desde luego, como derecho real por excelencia, como se ha señalado

anteriormente. Es en virtud de este derecho que solo el propietario tiene el poder jurídico de enajenar y transmitir el bien a título inter vivos o por mortis causa,

- **El Derecho a la Reivindicación:** se encuentra íntimamente vinculado con el poder de disposición del bien por parte del propietario. Así, solo quien tenga este poder jurídico puede hacer valer la pretensión real por excelencia de la reivindicación, en cuanto el bien se encuentra en posesión de un tercero no propietario. En consecuencia, la tutela jurisdiccional del derecho subjetivo de la propiedad es a través de la pretensión real de la reivindicación, ésta tiene ribetes procesales como pretensión, y sustanciales como contenido del derecho de propiedad. **La reivindicación está reservada al propietario no poseedor, en resguardo de la tutela jurídica de su derecho de propiedad.**

## CAPÍTULO VI:

### **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA “USURPACIÓN CLANDESTINA”**

#### **1. Análisis Crítico del Tipo Penal**

La Usurpación Clandestina se encuentra sancionada en el artículo 202° inciso 4 del Código Penal, sanciona la siguiente conducta prohibida: “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.”. Por su parte, con un adicional y ligero vistazo al enunciado normativo en ciernes, se advierte que son tres las vías o modos para realizar la conducta prohibida; así: a) mediante actos ocultos; b) en ausencia del poseedor; o, c) con precauciones para asegurar el desconocimiento de quien tenga derecho a oponerse. De inmediato la atención se fija en el literal b), puesto que de su redacción se llega a pensar o asumir que las otras dos vías de comisión son posibles solo con presencia del poseedor (o de quien resulte ser el sujeto paciente); es decir, el ingreso por parte del usurpador puede ocurrir tanto subrepticamente como valiéndose de un mesurado cuidado para que el legitimado a oponerse a la invasión no conozca de esta, y en ambos casos se contiene como presupuesto la presencia del afectado en el inmueble. No tendría sentido pensar en otra situación puesto que de lo contrario no habría sido necesario colocar expresamente que una de los modos de ingreso al inmueble sea “en ausencia del poseedor”; a ese entendimiento conlleva –por una cuestión de literalidad- la forma en que aparece redactado el novísimo inciso 4<sup>60</sup>. Entonces, de primera línea se debe afirmar que esta reciente modalidad de Usurpación incorporada al artículo 202 queda configurada –según sea el caso- tanto en presencia como en ausencia del sujeto pasivo, además de que no se trata de una modalidad que contenga como vía para su comisión la violencia o la amenaza.

La prohibición en esta nueva clase de Usurpación inicia con el acto o conducta de ingresar a un inmueble; no obstante, no se precisa cuál es el efecto o la consecuencia del ingreso. Es decir, si bien se indica de qué modo ha de ser dicho acceso al inmueble, nada se expone o prescribe respecto de lo que deba pasar una vez que el agente del

---

<sup>60</sup> Y a ello abona el hecho de que en la Exposición de Motivos de uno de los Proyectos de Ley –el N° 1911-2012/CR-, los autores se plantearan la siguiente interrogante a manera de supuesto problemático: “¿Qué sucede con aquel ciudadano cuya propiedad fue invadida en el transcurso de la madrugada y que al amanecer se topa con la sorpresa de haber sido invadido?”.

delito realiza naturalísimamente la acción descrita. Y –al menos hasta donde aquí se alcanza-, resulta llamativo que el mero ingreso bajo alguna de las formas ya señaladas constituya una conducta merecedora de criminalización. La premisa en el análisis lógico que continúa al acto de ingresar es, o bien la turbación en el ejercicio de un derecho real o bien el despojo orientado al mismo fin. Ello porque si se parte de que la razón del legislador por incorporar esta nueva modalidad típica radica en conseguir mayor o mejor eficacia de parte del ordenamiento jurídico en contra de las invasiones, lo que sigue al ingreso del agente es un acto adicional con el que se establezca que se trata de una invasión. Claro, en lo antes anotado se parte de que cuando el agente ingresa al inmueble hay una persona ejerciendo un derecho real respecto de dicho bien, al menos en lo que atañe al seguido acto turbatorio.

En todo caso, considerando que el supuesto típico en comento no aluda a una situación de presencia en el inmueble por el sujeto pasivo –aunque no es eso lo que efectivamente se desprende del enunciado normativo-, la pregunta que surge es ¿qué acto continúa al ingreso realizado por el sujeto activo? Si “A” mediante algún acto oculto ingresa al inmueble de “B”, enseguida “A” habrá de realizar actos de asentamiento que logren deformar el derecho de “B”; entonces, el efecto inmediato en “B” es la afectación del ejercicio de su derecho real sobre dicho bien. De esto surgen dos afirmaciones: en el fondo y ulteriormente “A” ha despojado a “B” de su derecho real; y, lo que se reviste de ilicitud la conducta de “A” no es el ingreso, sino el asentamiento, la ocupación. Si el mero ingreso es el que para el legislador constituye una conducta delictiva, la clase de tipo penal que corresponde a la “Usurpación clandestina” es el de peligro, y hay allí lo que en doctrina penal se ha venido a denominar como adelantamiento de las barreras de punición (siendo cuestionable su

legitimidad). Pero además, si el mero ingreso es el que el legislador ha decidido criminalizar, su coincidencia enunciativa con un tipo penal ya existente no puede pasar inadvertida; así, el artículo 159 del Código Penal prescribe: “El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa”.

Del enunciado normativo anterior se obtiene que la expresión “sin derecho” equivale a la expresión “ilegítimamente”; la expresión “ingresa a un inmueble” equivale a “penetra en morada o casa de negocio”; e incluso, la expresión “quien tenga derecho a formularla” equivaldría a la expresión “quienes tengan derecho a oponerse”. Es cierto que el Título en el que se ubica el artículo 159 presenta una rúbrica diferente a la del Título en el que se contiene al artículo 202, inciso 4, de modo tal que la equivalencia podría sortearse en el sentido de que con la prohibición del primer enunciado se protege a la “libertad de domicilio” mientras que con el segundo se protege a algún derecho real derivado de lo que denota “patrimonio”; incluso podría afirmarse que el delito de Violación de Domicilio se encuentra previsto para los casos en que el inmueble sirva de domicilio o morada habitual del sujeto pasivo, mientras que el delito de “Usurpación clandestina” tiene como objeto material de protección un inmueble deshabitado. Sin embargo, lo concreto es que descriptivamente ambos tipos penales resultan coincidentes. Y el acoger dos tipos penales coincidentes dentro de un mismo cuerpo legal constituye una expresión que trastoca no sólo la seguridad jurídica sino además el Principio de Legalidad (piénsese en el mandato de determinación). Claro está que siempre se podrá echar mano de alguna de las formas de interpretación jurídica para

clarificar determinado punto ambiguo, no obstante, ello sólo refleja una situación: la aplicación de una deficiente técnica legislativa.

Entonces, la conducta de “ingresar” –así enunciada en el inciso 4 del artículo 202- trae a colación el artículo 159. Pero además, y como también se anotara supra, si lo que tras la expresión “ingresar” el legislador pretendió sancionar las invasiones, no solo habría sido más adecuado referir la conducta de “ocupar” o incluso “invadir”, sino que debido a los demás elementos objetivos que conforman el tipo penal, evidente es que casi como un subterfugio se sitúa un acto adicional no expresado en el tipo penal. De los casos paradigmáticos presentados en los Proyectos de Ley se consideraron supuestos como el siguiente: “en la ciudad de Tumbes, un agricultor propietario y poseedor de hectáreas de terreno ha sido víctima de una banda de invasores quienes sigilosamente se posesionaron de su propiedad y dado que no hicieron uso de violencia alguna para tal cometido no es posible denunciarlos por el delito de usurpación”<sup>61</sup>. Precisamente con base en este caso se refrenda la afirmación respecto a que lo que sigue al ingreso en el inmueble es un acto adicional (ya sea de asentamiento, ya sea de despojo). Pero ya más directamente: ¿no es acaso el despojo no violento que a dicho agricultor se le realizó el que finalmente ha querido sancionar o criminalizar el legislador? Siendo ello así, y evidenciando una vez más la deficiente técnica legislativa, idóneo para los fines expuestos en los Proyectos Legislativos habría resultado el incorporar no un nuevo supuesto típico sino una nueva modalidad de un supuesto ya existente: el despojo por clandestinidad<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1911-2012/CR.

<sup>62</sup> Y aquí vale hacer otra referencia al Proyecto de Ley N° 1911-2012/CR, a través del cual queda descubierto un error de comprensión en el legislador, del cual precisamente se ha partido para incorporar el inciso 4. Ocurre que el legislador asume al despojo tan solo bajo la premisa de que este se concreta cuando sucede alguna expresión de violencia, pero olvida que en general –gramaticalmente hablando, claro- el despojar denota quitar o privar a alguien algo

Finalmente debe señalarse que como toda modalidad usurpatoria, la contenida en el inciso 4 no puede desconocer la esencia que da sentido normativo a todas las modalidades típicas previstas en el artículo 202; esto es: constituye una expresión adicional de la protección asentada en el ordenamiento penal respecto del genérico bien jurídico “patrimonio”. Si bien resulta cierto que dicha genericidad parte de la propia rúbrica que el legislador asignó al Título en el cual se contiene el acotado tipo penal, no es menos cierto que con base en las opiniones tanto de índole jurisprudencial<sup>63</sup> como doctrinal<sup>64</sup> esbozadas respecto del bien jurídico del delito de Usurpación, lo que se ha

---

que le pertenece, o incluso extraer o desposeer, y que solo jurídico-penalmente el despojar denota quitar con violencia y/o amenaza, pero además con engaño o abuso de confianza (y, si se hubiera preferido así, “con clandestinidad”). El error que se denuncia se aprecia en la siguiente cita: “¿Qué sucede si es que no existe despojo del bien inmueble o lo que es equivalente a que no haya de por medio violencia, amenaza u otros medios de coacción?”.

<sup>63</sup> Es comúnmente referido en los trabajos doctrinales y compilatorios jurisprudenciales, el R.N. N° 3536-98-JUNIN (“...el delito de usurpación no sólo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de facultades que tiene su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo además de parte del sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo doscientos dos del Código Penal...”).

<sup>64</sup> Vid., entre otros respecto del ordenamiento penal peruano, PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso, “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II, Idemsa, Lima, Noviembre 2008, p. 433 (“Las conductas típicas que se comprenden en el artículo 202° del CP no tienden a tutelar el patrimonio desde una acepción universal, sino de forma concreta el uso y disfrute de los derechos reales, esencialmente la posesión...”); GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás/DELGADO TOVAR, Walter, “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II, 1ra. ed., D’Jus/Jurista, Lima, Setiembre 2011, p. 1145 (“El bien jurídico protegido es la posesión material, tenencia o ejercicio de un derecho real que permite la ocupación parcial o total de un inmueble. Debemos precisar que lo que el tipo penal protege no es el título de propietario o condómino, sino la posesión material y la tenencia que de él se deriva,...”). Con un criterio que pretende huir de la estimación estricta de considerar a la posesión como el bien jurídico aparece la opinión de Reátegui Sánchez, quien señala: “Siendo más estrictos en la forma y modo de llevar adelante la protección penal en el delito en comento..., podríamos sostener que no es simple o solamente la posesión sobre el bien inmueble lo que se protege en el delito de usurpación inmobiliaria; sino más bien lo que se protegería es una aspiración concreta del ser humano relacionado con una funcionalidad específica en torno a la forma de cómo se debe ejercer la posesión –y por ende también el derecho de propiedad- de los bienes inmuebles en la realidad social...”, Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos patrimoniales en el Código Penal”, Idemsa, Lima, Mayo 2013, pp. 269-270; ÉL MISMO, “Cuándo un caso es penal y no civil: casos complejos en la jurisprudencia”, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 91. Por un camino similar de aparente alejamiento de la identificación estricta del patrimonio, Salinas Siccha refiere: “El interés fundamental que el Estado pretende proteger con la 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 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. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada

obtenido hasta el momento es la afirmación de que la tendencia mayoritaria apunta (de un modo u otro) a erigir como tal (bien jurídico) al valor posesión. Sin embargo, ciertamente cabe preguntarse si tal como se encuentra estructurado el mencionado artículo 202 existe cabida para aseverar que cada una de las –ahora cuatro- modalidades típicas sostienen a la “posesión” como único bien jurídico. La respuesta que aparece como válida para esta interrogante ya ha sido esbozada en otro lugar, y ella reza en el siguiente sentido: “el bien jurídico protegido en el delito de usurpación, como de cualquier otro delito, debe obtenerse de la concreta regulación típica y de la interpretación global del complejo regulativo de la figura”<sup>65</sup>. En efecto, no puede pasar inadvertido para el operador jurídico que el delito en alusión se estructura en base a cuatro concretas conductas criminalizadas, en las cuales incluso descriptivamente no se enfatiza en el mismo valor o derecho subjetivo bajo protección.

Castillo Alva indica que si bien se puede partir de que las diversas figuras de la usurpación tienen un bien jurídico común, cada estructura y regulación típica poseen características propias que le imprimen un particular sentido y giro normativo<sup>66</sup>. Sígase la línea enunciativa de cada supuesto típico: para el primer supuesto se prohíbe la destrucción o alteración de linderos de un inmueble, con el propósito de apropiarse de

---

*objetivamente no es posible el delito de usurpación”, Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, “Derecho Penal. Parte Especial”, vol II, 4ta. ed., Iustitia/Grijley, Lima, Noviembre 2010, p. 1187.*

<sup>65</sup>Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, “Breves apuntes sobre la usurpación por despojo. La necesidad de que los medios se dirijan contra las personas y no contra las cosas”, en JuS Doctrina & Práctica N° 8, Grijley, Lima, Agosto 2007, p. 46.

<sup>66</sup>No es correcto –dice Castillo- sostener, por ejemplo, la afirmación de que la usurpación por alteración de linderos tiene el mismo tratamiento y, por tanto, el mismo objeto de protección que la usurpación por despojo toda vez que en aquella se termina afectando, según un sector autorizado de la doctrina, a la propiedad o a los medios de prueba del derecho real, mientras que en el segundo se preserva la facultad de disponer un derecho real conforme a la voluntad de su titular. La afectación de la libertad de disposición del bien inmueble no tiene la misma incidencia en la usurpación por despojo o en la turbación de la posesión que en la alteración o destrucción de los linderos, en la que por definición se conserva de manera casi intacta la capacidad de disposición y en donde solo hubo una afectación a los límites o las fronteras del bien inmueble. Vid. IBÍDEM.

su totalidad o de una parte de él; para el segundo supuesto se prohíbe despojar a una persona de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real sobre la totalidad o parte de un inmueble; para el tercer supuesto se prohíbe turbar la posesión de un inmueble; y, finalmente, para el cuarto supuesto se prohíbe ingresar oculta o sigilosamente a un inmueble. No cabe duda que el objeto de material protección en todos los supuestos es un bien inmueble; pero, considerando la propia redacción que en cada enunciado normativo es empleada, resulta que el bien o valor jurídico difiere en uno y otro supuesto. Así, en el primer supuesto se alude a la propiedad, en tanto que en el tercer supuesto a la posesión; mientras que en el segundo –el más representativo de los supuestos- se alude a la posesión, a la tenencia, y en general al ejercicio de un derecho real<sup>67</sup>. Sin embargo, en el caso del cuarto supuesto no hay alusión similar, de modo que, debe asemejárselo con el supuesto típico del despojo, dando lugar a afirmar que el bien jurídico radicaría en la libre facultad de disponer del concreto y específico derecho real<sup>68</sup>.

Finalmente, cabe acotar para terminar este apartado que la escasa información existente hasta la actualidad sobre el desarrollo y aplicación de la usurpación clandestina en nuestro país, limita la extensión del apartado en el marco teórico, siendo suficiente en esta parte introductoria. No obstante, ello no es óbice para que en el

---

<sup>67</sup> Entiende acertadamente Castillo (con cita a Bajo Fernández y Pérez Manzano) que el concepto de derecho real debe entenderse en un sentido eminentemente civil sin que pueda realizarse alguna restricción. *Vid.* CASTILLO ALVA, “*Breves apuntes sobre la usurpación por despojo*”, p. 47.

<sup>68</sup> Opinión extraída de Castillo Alva, quien además señala que no se protege de manera exclusiva la posesión o la sola relación de hecho entre el titular y la cosa, pues la posesión sólo constituye una de las diversas formas y modalidades de derechos reales protegidos en el delito y no agota su contenido ni su amplio nivel de cobertura. Y ahonda en este punto precisando que los derechos reales pueden clasificarse como: derechos reales sobre la propia cosa (propiedad) y derechos reales sobre la cosa ajena (uso, habitación y usufructo). *Vid.* *IBÍDEM.*

desarrollo de los apartados subsiguientes la discusión se extienda, ya como desarrollo del análisis de la información en su conjunto y resultado de nuestra investigación.

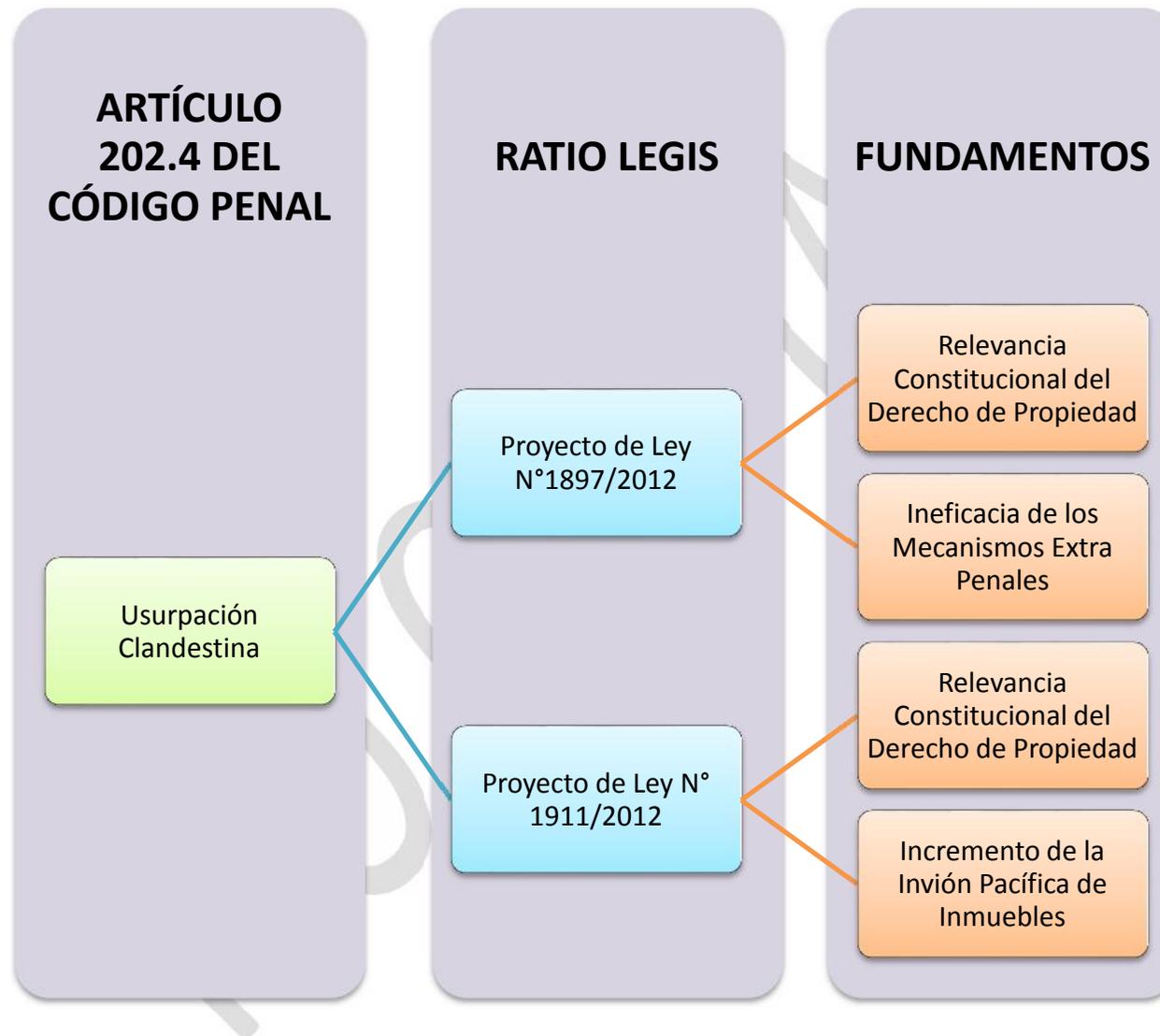
NO COPIAR

## **TERCERA PARTE:**

# **RESULTADOS OBTENIDOS, IMPORTANCIA Y DISCUSIÓN**

NO COPIAR

# RESULTADO N° 01



## **DISCUSIÓN RESULTADO I**

### **LAGÉNESIS DE LA MODIFICATORIA: LOS PROYECTOS DE LEY N°**

#### **1897/2012 Y 1911/2012-CR**

En el Proyecto de Ley N° 1897/2012<sup>69</sup>, la justificación hecha contener en su Exposición de Motivos giró en torno a una invocada trascendencia del derecho constitucional de propiedad. Tras hacer énfasis en la calidad de inviolabilidad de dicho derecho, y luego de realizar algunas citas de ciertos extractos de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre el mencionado derecho, se expresó:

“el acceso y la defensa de la propiedad se convierten en mandatos para el Estado y la comunidad: Por un lado, como debe ser garantía respecto de aquéllos que la poseen otorgando seguridad jurídica; y por otro lado, mediante la promoción en favor de quienes no la tengan implementando una permanente política de acceso al suelo (...). Así, en caso de agresión a la propiedad, la normatividad contiene disposiciones de carácter civil como la defensa posesoria y de naturaleza penal como la Usurpación, las cuales deberían servir como medios de protección y defensa; sin embargo, dichas instituciones hoy en día están en tela de juicio debido a su ineficacia para proteger la propiedad”.

En tal correlato, se denunció y cuestionó, pues, que las medidas de protección de la propiedad, tanto de carácter civil como de carácter penal, se han tornado en ineficaces. Ello, se ve sustentado –así se afirma- en la proliferación o aumento de las denominadas usurpaciones colectivas, en las cuales se ha adquirido una mayor

---

<sup>69</sup> Dentro del artículo 1° de su texto se planteó la siguiente modificación en el Código Penal: *“Usurpación. Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, con violencia, amenaza, engaño, clandestinidad, o abuso de confianza ocupa total o parcialmente un inmueble en perjuicio de quien ejerce sobre éste el derecho de propiedad, posesión u otro derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble. La violencia a que hacen referencia los numerales 2 y 3 podrá ejercerse tanto sobre las personas como sobre las cosas”.*

sofisticación a través de la intervención de bandas organizadas, suscitándose que la toma ilegal de terrenos se vea manifestada en diversos territorios del país (tráfico de tierras). Siendo frente a ello que: “el legislador requiere repensar la forma como el Estado debe responder frente a este tipo de agresiones al derecho constitucional a la propiedad. Ello implica valorar su represión desde el derecho penal (...) No puede admitirse que el Estado deje en indefensión a la colectividad y sin herramientas para proteger su propio patrimonio. Más aún si el legislador puede reprimir conductas desde el derecho penal cuando las medidas menos restrictivas no logran los efectos esperados (...) Tampoco las fórmulas penales del actual tipo penal de usurpación parecen ser adecuados...”.

De igual manera, La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1911/2012-CR<sup>70</sup>, contiene una interrogante compuesta sobre cuya base se asienta la razón para la incorporación del allí considerado inciso 3 del artículo 202 del Código Penal: “¿Qué sucede si es que no existe despojo del bien inmueble o lo que es equivalente a que no haya de por medio violencia, amenaza u otros medios de coacción? ¿Qué sucede con aquel ciudadano cuya propiedad fue invadida en el transcurso de la madrugada y que al amanecer se topa con la sorpresa de haber sido invadido?”. Coincidiendo entonces con el tenor y justificación asentados en el Proyecto de Ley N° 1897/2012-PE, también aquí se parte de una coyuntura consistente en que personas invasoras o grupos organizados toman posesión de un inmueble en ausencia del propietario, poseedor o quien haga sus

---

<sup>70</sup> A través del artículo 1° de su texto planteó la siguiente modificación en el Código Penal: “*Usurpación. Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 1. El que, para apropiarse, de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, arbitrariamente, mediante actos ocultos o en ausencia del poseedor ocupa una parte o la totalidad de un inmueble impidiendo el ejercicio de la posesión al propietario, poseedor o quien ejerza sobre éste algún derecho real. 4. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble*”.

veces, para posteriormente dar paso al tráfico de tierras. Es con tales invasiones –se expresa en el Proyecto- que luego se da inicio a la figura de la prescripción adquisitiva para así obtener el apoderamiento de propiedad privada. En general, el autor del Proyecto justificó la iniciativa precisando lo siguiente:

“se propone incorporar un cuarto supuesto de hecho mediante el cual se sancione a quien ocupe inmuebles que se encuentran desocupados o en estado de abandono de su propietario, pero que en el ejercicio de su condición de propietario tiene la potestad de ejercer su derecho de recuperar su bien no requiriéndose para ello probar la posesión inmediata del bien para poder reclamar su restitución. Con esto queda acreditado que el Poder Legislativo es conocedor de las deficiencias que presenta nuestro código penal en la configuración de los delitos de usurpación y lo urgente que resulta para el estado otorgar un marco legal adecuado que permita que las garantías posesorias puedan ser ejecutadas y no sean meros enunciados que en la práctica no es posible accionar” (sic).

Como lógico desenlace del debate al que fueron sometidos los aludidos Proyectos de Ley, es de suyo verificable que la opción del legislador se decantó por asimilar el sentido y expresión de ambas propuestas legislativas, de modo que la problemática denunciada y la hipótesis proyectada fueron acogidas en esencia, dando de ese modo lugar a una nueva modalidad comisiva del tipo penal de Usurpación. Así pues, adicionalmente a los incisos 1 (destrucción o alteración de linderos con propósito de apropiación), 2 (despojo por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza), y 3 (turbación de la posesión por violencia o amenaza), a partir de la vigencia de la Ley N° 30076 debe ser también considerado y aludido el flamante inciso 4 del artículo 202 del

Código Penal, cuyo contenido normativo se ha hecho consistir en: **“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”**. Son, entonces, cualesquiera de las cuatro modalidades comisivas las que ahora configuran típicamente el delito de Usurpación.

**Es de recibo que a consecuencia de las propuestas normativas propuestas y aprobadas por el pleno del congreso, la ratio legis de la norma penal se encamina inequívocamente al otorgamiento de protección jurídico penal al derecho de propiedad, cuya relevancia constitucional ponen de manifiesto.** En consecuencia, aun cuando –a diferencia de las ya tradicionales modalidades típicas- aquí en el cuarto supuesto normativo no se haga referencia alguna al bien jurídico que se pretende proteger, es evidente que en aras de realizar una correctora interpretación del texto legal debe apelarse necesariamente a la voluntad del legislador o la ratio legis. En tal correlato, debe considerarse la voluntad del legislador autógrafa de los proyectos de ley (trabajos preparatorios), de lo que claramente se advierte la intención del legislador de otorgar protección jurídico penal al derecho de propiedad

Interpretación contraria y que pretenda aludir exclusivamente el texto de la propia ley, bajo el entendido que los trabajos preparatorios no reflejan la voluntad “objetiva” de la ley sino solo las percepciones “subjetivas” de los legisladores, constituye una “ratio legis abstracta” que apelaría a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador. Esta tendencia, claramente cuando se trata de leyes recientes, no es más que una forma de eludir, dejar de lado o sabotear la política del derecho perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete.

En tal sentido, advertimos que carece de correspondencia con la estructura del tipo penal, el sustentar como válido el otorgamiento de protección jurídico-penal a la posesión por esta nueva modalidad; pues, si el legislador hubiere querido restringir su protección a este ámbito de protección hubiere optado por hacer referencia expresa a la “posesión, tenencia u ejercicio de otro derecho real” en el enunciado normativo, lo cual no sucede en el presente caso. En otro sentido, habría optado por hacer referencia a la clandestinidad como medio comisivo de la modalidad de despojo de la posesión [como sucede en la legislación jurídico penal argentina], sin embargo no lo ha hecho.

**Es claro, así que la formula normativa introducida guarda coherencia plena con los fines que se pretendía lograr con su regulación, de modo tal que aun cuando no se haya hecho expresa referencia a la “propiedad” en el texto, lo cierto que para alguien acucioso la frase “quienes tengan derecho a oponerse” sería motivo suficiente para concluir, inmediatamente, se buscaría proteger bien jurídico distinto al de las anteriores modalidades.**

## RESULTADO N° 02



## DISCUSIÓN RESULTADO II

### **EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL**

El bien jurídico protegido es un punto de partida para determinar la legitimidad de la norma penal. En este sentido, sirve como referencia para evitar que el Estado consagre sus propios intereses en las normas penales, al dar razón del porqué de la intervención estatal y, por ello mismo, apuntar hacia problemas distintos de la génesis y legitimación de la norma penal. Así, ofrece condiciones materiales para limitar la acción estatal en base a la racionalización (o justificación) de posibles valores que la sociedad estima como importantes y cuyo mantenimiento se pretende a través de normas penales. Sin embargo, desde ya ha de internalizarse que no todos los valores de una sociedad se pueden elevar a tal categoría, sino aquellos que constituyen valores fundamentales del orden social, es decir bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad. En consecuencia, se sancionarán aquellas estructuras lesivas para aquellas aspiraciones.<sup>71</sup> Así, el bien jurídico constituye un medio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*, en cuanto plasma procesos de exclusión frente a pretensiones punitivas que no se corresponden con las necesidades esenciales o básicas para la convivencia de individuos, grupos de personas o instituciones del Estado.

---

<sup>71</sup> En sentido similar, en el Fundamento 35 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional determinó que: “El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.”

Entonces, el test del bien jurídico establece la necesidad de indicar cual es el fundamento para la protección de un específico contenido, antes que aquél llegue a convertirse en ley penal. Esta etapa previa, tiene pues el sentido de evitar que el destino de la futura norma sea expresión pura de la voluntad del Estado, que se pueda lograr si se espiritualiza el bien jurídico. Como tal permitirá, determinar ya durante la aplicación de determinada norma que conductas merecen la imposición de una sanción, desechando conducta que por no tener esa entidad lesiva, empero obviamente para tener esta capacidad ha de responder por qué se protege.

Empero, al revelarse el qué y por qué de la punición se apertura la posibilidad de una revisión crítica de normas sancionadoras y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas, cuyo tratamiento ha perdido vigencia social y, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social, aparece como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal. Y, es que la tendencia natural es ir hacia una precisión de los nuevos bienes jurídicos, sean estos individuales o supra individuales. Lo cual, de modo alguno importa que toda aparición de disfunciones sociales ameriten la intervención punitiva quede legitimada por sí misma.

La aparición de cualquier tipo de conflicto de orden político, social, cultural, económico u otro, no puede ser fuente necesaria para invocar el Derecho Penal, pues de ser así sería consagrar un mundo de arbitrariedad, pues, no se puede formalizar el contenido del bien jurídico para imponer la vigencia de normas penales que no representen verdaderas necesidades. Y, es que la parte nuclear de configuración de un bien jurídico no se sustenta en creencias, sino en aspectos materiales bien definidos, pues hay aspectos concretos que surgen de un hecho y cuya relevancia se aprecia en la

conducta. El daño aquí viene de la mano a la acción u omisión lesiva, dándole fin y sentido al objeto de protección.

Sobre la base de aquello, corresponde para los fines del presente trabajo establecer que se busca sancionar con la usurpación clandestina y por qué razón es que el legislador, propendiendo ello la concreción del test del bien jurídico antes esbozado, estableciéndose si su suficiencia atiende a un núcleo de creencias concordante con la equivocada [pero igual vigente] máxima intervención del derecho penal, o por el contrario a un específico aspecto material necesario y fundamental para la construcción de nuestro Estado de derecho.

No cabe dudas que en conforme se ha identificado en los proyectos de ley se ha esbozado una **justificación sociológica** [trafico de terrenos y procuración de invasiones pacíficas]expuesta en el acápite anterior, que la usurpación clandestina como nueva modalidad de criminalidad amerita una sanción punitiva. No obstante, en ello previamente ha de establecerse **¿Qué es lo que se busca proteger con la usurpación clandestina?** Pues, al parecer la respuesta sería simple: el derecho de propiedad; no obstante; para agotar la justificación aquí esbozada es menester precisar cual es el contenido específico del mismo que se ve tutelado a través de los supuestos, más aún si somos del parecer que aquí cada modalidad, por sus propias particularidades, tiene un sentido específico y giro normativo.

Sobre el particular, Castillo Álva indica que si bien se puede partir de que las diversas figuras de la usurpación tienen un bien jurídico común, cada estructura y regulación típica poseen características propias que le imprimen un particular sentido y

giro normativo<sup>72</sup>. Para ello, según la línea enunciativa de cada supuesto típico: para el primer supuesto se prohíbe la destrucción o alteración de linderos de un inmueble, con el propósito de apropiarse de su totalidad o de una parte de él; para el segundo supuesto se prohíbe despojar a una persona de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real sobre la totalidad o parte de un inmueble; para el tercer supuesto se prohíbe turbar la posesión de un inmueble; y, finalmente, para el cuarto supuesto se prohíbe ingresar oculta o sigilosamente a un inmueble. No cabe duda que el objeto de material protección en todos los supuestos es un bien inmueble; pero, considerando la propia redacción que en cada enunciado normativo es empleada, resulta que el bien o valor jurídico difiere en uno y otro supuesto. Así, en el primer supuesto se alude a la propiedad, en tanto que en el tercer supuesto a la posesión; mientras que en el segundo – el más representativo de los supuestos- se alude a la posesión, a la tenencia, y en general al ejercicio de un derecho real<sup>73</sup>. Sin embargo, en el caso del cuarto supuesto no hay alusión similar.

De modo que, partiendo de lo su estructura normativa, la cual está informada directamente por su ratio legis, debe precisarse que si bien se protege el derecho de propiedad, este a su vez está conformado por un complexus o totalidad de relaciones y

---

<sup>72</sup>No es correcto –dice Castillo- sostener, por ejemplo, la afirmación de que la usurpación por alteración de linderos tiene el mismo tratamiento y, por tanto, el mismo objeto de protección que la usurpación por despojo toda vez que en aquella se termina afectando, según un sector autorizado de la doctrina, a la propiedad o a los medios de prueba del derecho real, mientras que en el segundo se preserva la facultad de disponer un derecho real conforme a la voluntad de su titular. La afectación de la libertad de disposición del bien inmueble no tiene la misma incidencia en la usurpación por despojo o en la turbación de la posesión que en la alteración o destrucción de los linderos, en la que por definición se conserva de manera casi intacta la capacidad de disposición y en donde solo hubo una afectación a los límites o las fronteras del bien inmueble.

<sup>73</sup> Entiende acertadamente Castillo (con cita a Bajo Fernández y Pérez Manzano) que el concepto de derecho real debe entenderse en un sentido eminentemente civil sin que pueda realizarse alguna restricción. *Vid.* CASTILLO ALVA, “Breves apuntes sobre la usurpación por despojo” *La necesidad de que los medios se dirijan contra las personas y no contra las cosas*, en *JuS Doctrina & Práctica* N° 8, Grijley, Lima, Agosto 2007., p. 47.

atributos que otorgan poder jurídico pleno sobre el bien, entre ellos, se hallan el derecho de: uso, disfrute, disposición y reivindicación. Pero, entonces, **¿Cuál de estos atributos se pone en peligro con los supuestos sancionados en la usurpación por clandestinidad?** Es conveniente, antes de dilucidar ello, precisar que en la usurpación por clandestinidad se sancionan tres conductas específicas. La primera, el ingreso ilegítimo a un inmueble mediante actos ocultos, la cual exige la presencia física del quien ejerza la posesión al momento de ocurrencia de los hechos [aquí se exige previamente el ejercicio de la posesión]; o en ausencia del poseedor, la cual será aplicable en los supuestos que opere la conservación de la posesión [aun cuando el poseedor esté ausente esto sucede por razones de orden práctico<sup>74</sup>, exigiendo previamente el ejercicio efectivo de la posesión]; la tercera, ingreso ilegítimo a un inmueble con precaución para asegurar el desconocimiento de quien tenga derecho a oponerse, la cual exige simplemente que el sujeto pasivo ejerza la titularidad del inmueble o, de ser el caso, detente un derecho real que le otorgue el derecho al uso y disfrute del bien inmueble, es decir, el derecho a la posesión. Aún cuando a la fecha la doctrina no haya advertido este distingo llegando al punto de equiparar los supuestos de tanto los actos ocultos, ausencia del poseedor como precauciones para asegurar desconocimiento, sin diferenciar correctamente los casos en los que sería aplicable uno

---

<sup>74</sup> Pues, lo que se espera es que el poseedor actúe como actuaría, en forma ordinaria, la persona que tiene legítimo derecho. Por tanto, el hecho de no estar ejerciendo materialmente la posesión no supone, inequívocamente, se esté ante circunstancias pasibles de ser calificadas como causa de extinción de la posesión. Es el caso, por ejemplo, de las casas de veraneo que se suelen usar solo durante una etapa del año. En este caso, la conducta razonable o esperada no exigirá una posesión material del bien durante los 365 días calendario, exigiéndose que durante el tiempo de ausencia del poseedor exista una posesión "virtual". En el sentido anterior, lo entiende, de manera expresa, Carlos Creus cuando anota: "Posee el que tiene el inmueble con la intención de someterlo a su derecho de dominio (art. 2351 Cód. Civil), aunque, como en el caso anterior, no lo haga por medio de un contacto físico permanente".

u otro supuesto<sup>75</sup>; la interpretación que hemos esbozado guarda correspondencia con el tenor literal y sistemático de desarrollo de la conducta, en tanto sería un disparate otorgar una denominación diferente a una conducta, si finalmente no se otorga un tratamiento jurídico específico.

Bajo tal razonamiento, siendo menos radicales que otros autores<sup>76</sup> y con un criterio más razonado, sostenemos que aquí los dos primeros supuestos sancionados buscan proteger –según lo explicado– el derecho al uso y disfrute del inmueble cuyo contenido práctico se sintetiza en el “derecho a la posesión”, aquí acompañado necesariamente al ejercicio efectivo del mismo [posesión legítima]<sup>77</sup>; mientras que en el tercero de los supuestos se protegería también el derecho al uso y disfrute de un inmueble sintetizado en el derecho a la posesión, 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.). En suma, en tal línea de razonamiento es de suyo advertir que tal interpretación guarda coherencia con la protección jurídico-penal que se pretendía otorgar al derecho de propiedad, según se expuso cuando se explicaron los contenidos de los Proyectos de Ley N° 1911/2012-CR y 1897/2012; en tanto, sobre la base de aquello se buscó sancionar a aquellos sujetos

---

<sup>75</sup>Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de Usurpación según la Ley N° 30076 y la jurisprudencia vinculante, en Revista Gaceta Penal, Tomo N° 70, Lima, Abril 2015, pp. 180-181; y, REATEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3era Edición, LEGALES EDICIONES, Lima, 2014, pp. 605-606.

<sup>76</sup> Equivocadamente y apartándose de los matices y giros normativos, incluso de las ya tradicionales modalidades, algunos entienden que a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 30076, se busca proteger la propiedad desaparejada de posesión en todas las modalidades (alteración de linderos, despojo y turbación de la posesión). Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, pp. 165-192.

<sup>77</sup>Recordemos, que contrariamente a lo aquí sostenido, la posesión o *derecho de posesión*, protegido por las tradicionales modalidades típicas del delito de *usurpación*, al importar un ejercicio de hecho traía como consecuencia se descarte toda noción de legitimidad y, por tanto, se brinde protección jurídico-penal inclusive al poseedor ilegítimo. Y, es que bajo la consideración que posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo), se otorga a ambos los derechos que conforme a las normas civiles le son propios al poseedor

que ejercen la posesión de manera ilegítima y, como antecedente naturalístico, a consecuencia de un ingreso ilegítimo.

Además del precisarse el “qué” se protegería con la prohibición de la usurpación clandestina, que como hemos visto es el derecho de propiedad y, más específicamente, derecho a la posesión; **es necesario además determinar ¿“por qué” es que ha de protegerse el aquél jurídico penalmente?** Pues, si bien es cierto con la justificación sociológica se pone de relieve una nueva, preocupante y lesiva forma de criminalidad: tráfico de terrenos; también lo es, que cualquier tipo de disfunción social no es suficiente para legitimar la intervención punitiva, porque que la parte nuclear de configuración de un bien jurídico se sustenta en aspectos materiales bien definidos, necesarios y fundamentales para la construcción de nuestro Estado de derecho.

En este orden de ideas, tiene que precisarse que en el orden de los derechos subjetivos, que el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, es de vital importancia al brindar al individuo la posibilidad de obtener todos los medios económicos necesarios para desplegar su propia personalidad humana, a saber, para vivir y luego para desplegar y conseguir su propio fin. Convirtiéndose así en uno de los **derechos fundamentales de la persona.**<sup>78</sup> Es así que como atributo fundamental está constituido

---

<sup>78</sup>Como tal, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; siendo así, la persona propietaria puede servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que se ejerza en armonía con el bien común.

Asimismo, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, al igual que los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

esencialmente<sup>79</sup> como un “derecho individual de libre autodeterminación”, lo cual garantiza que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición.<sup>80</sup> Contenido que se ve sustancialmente afectado a través de la nueva modalidad de criminalidad de tráfico de terrenos, dándole fin y sentido al objeto de protección, buscando con ello, además, cristalizar el fin de prevención general.

Tales conductas entrañan un des valor incuestionable, siendo palpable la necesidad de una sanción jurídico penal, en tanto los sujetos agentes [comprendidos hoy en la usurpación clandestina] abusando de las inmensas lagunas de privilegios punitivos otorgados por el principio de mínima intervención [en cuyos alcances se entendía falazmente vigente la suficiente protección del derecho de propiedad por mecanismos extrapenales], incrementaron vertiginosamente las ocupaciones pacíficas y, por ende, perfeccionaron los apoderamientos sin violencia ni amenaza con el afán de auto exclusión dolosa de los alcances típicos del tipo penal ex profesamente.

---

<sup>79</sup> Además, del rol de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, lo que garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental

<sup>80</sup> Cfr. Fundamento Jurídico 3 de la STC N.º 3773-2004-AA/TC.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONCLUSIONES FINALES**

- Se ha determinado que el tenor del inciso 4 del artículo 202 del Código Penal, que incluye en su enunciado el elemento normativo “quienes tengan derecho a oponerse”, así como el contenido de la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR [donde se expone la intención de sancionar las invasiones y/u ocupaciones pacíficas de inmuebles], son razones para establecer que la prohibición de la usurpación clandestina de inmuebles está orientada a la protección del derecho de propiedad.

- La descripción típica “quienes tengan derecho a oponerse”, prevista en el inciso 4 del artículo 202° del Código Penal, comprende a todo aquél sujeto, por lo general aquél que ostente el derecho a la posesión (propietario, arrendatario, comodatario, anticresista u otro contrato oneroso o gratuito por el cual haya adquirido el uso o posesión del bien inmueble), es decir todos aquellos sujetos que tengan “derecho a oponerse” a una ocupación ilegítima.

- Partiendo del contenido de la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley N° 1897/2012-PE y N° 1911-2012-CR, se desprende que la finalidad del incorporado inciso 4 del artículo 202° del Código Penal, es otorgar protección jurídico penal al derecho de propiedad, derivándose como consecuencia de ello se otorgue protección jurídico penal al propietario no poseedor.

- Con la usurpación clandestina se protege el contenido esencial del derecho de propiedad [“derecho individual de libre autodeterminación”, lo cual garantiza que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y

disposición], el mismo que se ve afectado con la conducta típica, dándole fin y sentido al objeto de protección.

- 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.).