

La conclusión es palmaria. Con independencia de la determinación específica de los bienes jurídicos protegidos por los delitos tipificados en el artículo 28, la única concepción compatible con el orden de la propiedad industrial establecido en la ley chilena es la adopción de una perspectiva material. Desde este punto de vista, los delitos marcarios protegen derechos derivados de la propiedad sobre bienes inmateriales y no simplemente los signos en que se materializan las marcas en cuanto realidades abstractas. Esta definición tiene consecuencias en la determinación de la conducta prohibida, tanto en su vertiente objetiva como en lo que se refiere al lado subjetivo del hecho, y se expresa asimismo, en el proceso penal, ya en la determinación de los aspectos a que debe extenderse la investigación del Ministerio Público.

LOS DELITOS DE USURPACIÓN*

* Los delitos de usurpación fue elaborado en el año 2000 para la parte especial del *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, de Editorial Jurídica de Chile.

El § 6 del Título IX del Libro II del Código Penal contiene tres grupos de delitos: las denominadas usurpaciones de inmuebles (arts. 457 y 458), las denominadas usurpaciones de aguas (arts. 459-461) y el delito de destrucción o alteración de términos o límites (art. 462).

Aparte de cierta similitud en los marcos penales, estos tres grupos de figuras tienen más bien pocos aspectos en común. Aunque en un sentido amplio todas ellas protegen la propiedad, atienden en cada caso específicamente al dominio, a la posesión o a la mera tenencia. Y como también recaen sobre objetos materiales diversos, las formas de comisión son diferentes. Por eso conviene referirse a cada uno de ellos por separado, realizando las oportunas remisiones.

§ 1. Ocupación de inmuebles y usurpación de derechos reales

El art. 457 contempla los tipos penales de *ocupación de inmuebles* y de *usurpación de derechos reales*, cuando concurre violencia en las personas. El art. 458 establece una pena menor cuando la ocupación o la usurpación se realizan sin violencia en las personas. Ambas normas conservan su redacción original, salvo en cuanto a las penas de multa legisladas en ellas, que fueron modificadas en 1996 por el art. 1.º, letras i) y d) de la Ley N.º 19.450.

B. Objeto de protección

Los objetos de protección son la posesión y la mera tenencia legítimas de una cosa corporal, inmueble, y la cuasiposesión y la «mera tenencia» legítimas de derechos reales sobre una cosa inmueble. Por lo tanto, estos tipos penales *no* protegen: (i) la posesión y la mera tenencia de cosas corporales muebles y de derechos reales constituidos en ellas, que ya se encuentran protegidas por los tipos penales de hurto y robo (art. 432 y ss.), apropiación indebida (art. 470 N.º 1) y hurto de posesión (art. 471 N.º 1); (ii) la cuasiposesión o la «mera tenencia» de

Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno.

los derechos personales inmuebles, aunque se trate de créditos documentados y, en esta medida, susceptibles de posesión. Sin embargo, puede discutirse la protección penal por este título si se trata de créditos inmuebles que forman parte de un derecho real de herencia.

a) Fundamento

La razón por la que se protegen la posesión y la mera tenencia (aunque sólo en cuanto sean legítimas y recaigan sobre inmuebles) estriba en que, en ambos casos, la alteración de la realidad de hecho mediante actos de apoderamiento produce una alteración de la situación jurídica. Así se concluye, por ejemplo, a partir de los arts. 726, 729, 730 CC, de que la posesión sirve como base a tres modos de adquirir el dominio (ocupación, tradición y prescripción), de la protección privilegiada que brindan los interdictos posesorios y, especialmente, del juego entre los incisos 1º y 2º del art. 700 CC. La ausencia de protección respecto de los derechos personales inmuebles que son susceptibles de posesión (cuasiposesión) o «mera tenencia»—esto es, si se trata de créditos documentados que recaen sobre inmuebles—puede considerarse, en este sentido, una omisión del legislador. Este vacío parece confirmar la idea de que los tipos de usurpación y ocupación ofrecen una protección restringida, dejando incluso un cierto espacio a la autotutela.

b) Legitimidad de la posesión y de la mera tenencia

La posesión y la mera tenencia de cosas corporales inmuebles y de derechos reales constituidos en ellas sólo se protegen cuando son «legítimas». Es fácil confundir los requisitos para la constitución de la posesión o de la mera tenencia con los que hacen falta para su legitimidad: esto se debe a que en muchos casos—especialmente respecto de la constitución y prueba de la posesión—el establecimiento de los primeros puede resultar muy complejo en la práctica, como ocurre en cuanto a la posesión de los bienes corporales inmuebles inscritos y no inscritos, al alcance del art. 696 CC, a la posesión sin título de las servidumbres discontinuas e inaparentes que el Código Civil parece reconocer, a la posibilidad de fundar la posesión en un acto unilateral de apoderamiento, etc.

Pero la posesión o la mera tenencia no sólo deben hallarse realmente constituidas, sino que además el poseedor o mero tenedor deben ostentar «legítimamente» esta calidad. El Código Penal español

de 1850 aludía en su art. 440 al que «con violencia ocupare una inmueble, o usurpare un derecho real de *ajena pertenencia*», y las / no dan cuenta de las razones por las que la Comisión Redactora ac a la propuesta de don Osvaldo Rengifo, modificando en este aspecto tipificación española del delito.¹ Por otra parte, la ley civil no cor una clasificación de estas instituciones desde el punto de vista d legitimidad. Es preciso, por tanto, establecer en qué consiste la disbr a efectos penales y, en este sentido, ha de entenderse que *la posee legítima es la posesión regular y la posesión ilegítima es la posesión irregular*. Posesión regular es «la que procede de justo título y ha sido adqui de buena fe (...)». Si el título es translativo de dominio, es también naria la tradición» (art. 702 CC). Posesión irregular es la que carece alguno de estos requisitos (art. 708 CC), cuyo contenido se explica los arts. 703 a 707 CC. Esta interpretación obedece fundamentalme a dos argumentos: (i) el art. 457 inciso 2º, contraopone la poses ilegítima a la posesión regular. Así, el «poseedor regular» comete us pación si ejecuta los actos descritos en el inciso 1º respecto de qu «posee legítimamente» aunque con derecho aparente; (ii) e interpretación otorga un sentido aprovechable a la expresión «le timamente», pues si ella sólo aludiera a la posesión constituida comf a derecho—esto es, a la auténtica posesión—la norma no sólo se redundante, sino que además pasaría por alto el tenor literal de la nor citada, que claramente distingue entre una «posesión regular» y u «posesión ilegítima».

En cuanto a la mera tenencia, y en una interpretación analógi del art. 702 CC—en particular de su inciso 3º—, en relación con el art. 4 inciso 2º CP, se puede convenir en que hay tenencia legítima cuan existe justo título (incluido el de *procurario* del art. 2195 inciso 2º CC) buena fe inicial.

2. Los tipos penales

Las figuras de ocupación y usurpación establecidas en la ley so básicamente cuatro:

(i) La ocupación de una cosa corporal inmueble usando d violencia en las personas. La violencia puede ser ejercida al moment

¹ Cfr. Actas, Sesión N.º 97, de 21.VI.1872.

de ingresar en la propiedad, al momento de expulsar al legítimo poseedor o tenedor del inmueble en el que ya se ha ingresado, o para repeler al legítimo poseedor o tenedor cuando el ingreso en el inmueble se ha verificado en su ausencia. Estas tres hipótesis sólo miran al modo en que pueden desarrollarse los hechos, pero corresponden a una misma y única figura (art. 457 inciso 1°).

(ii) La usurpación de un derecho real constituido sobre un inmueble, que consiste—como se verá—en la sustitución del legítimo poseedor o tenedor en las actividades de aprovechamiento material de la cosa sobre la que el derecho recae, empleando para ello violencia en las personas (art. 457 inciso 1°).

(iii) La ocupación de una cosa corporal inmueble o la usurpación de un derecho real inmueble, siempre que el autor sea el dueño o poseedor regular de la cosa, que emplee violencia en las personas y, además, que el sujeto pasivo ostente un derecho aparente (art. 457 inciso 2°).

(iv) Por último, el art. 458 sanciona las conductas de ocupación y usurpación señaladas precedentemente, pero cuando el autor no ha usado de violencia en las personas.

Para todas estas figuras típicas la pena establecida es de multa. Las figuras señaladas en (i) y (ii) tienen asignada la misma pena (de once a veinte UTM), al igual que las señaladas en las letras (iii) y (iv), que son amenazadas con una pena menor que las dos primeras (multa de seis a diez UTM). Este régimen implica, por lo tanto, que la pena no se gradúa según el beneficio que percibe el autor, ni de acuerdo al perjuicio causado o el valor de los bienes o derechos objeto del delito. Para su determinación se debe acudir a las reglas contenidas en el § 4 del Libro II del Código Penal.

a) Sujetos activo y pasivo

La identificación de los sujetos activo y pasivo de estas figuras guarda una relación directa con los bienes jurídicos de protección ya definidos.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso el dueño o poseedor regular del inmueble o del derecho real. Así, p. ej., comete delito de usurpación el dueño de la casa que expulsa a su arrendatario antes de que venza el contrato de arrendamiento. Si el sujeto activo es el poseedor regular y el sujeto pasivo se pretende también poseedor,

es preciso hacer notar que, en realidad, la posesión o tenencia del *q* resulta despojado será habitualmente ilegítima, porque dos *persor* no pueden poseer *in solidum* una misma cosa,² y por lo tanto no configurarían el delito, que sólo protege a quien tiene la posesión regular. Sin embargo, sí puede verificarse la co-posesión *pro indiviso*, de modo que el poseedor regular como sujeto activo del delito tiene sentido tanto para estos casos como para aquellos en que el sujeto pasivo mere tenedor.³

Se ha discutido si entre comuneros puede o no cometerse el delito de usurpación, y existe jurisprudencia en ambos sentidos.⁴

Sujeto pasivo puede ser cualquiera que posea *regularmente* o *tenij legítimamente* el inmueble o el derecho real. Es decir, debe existir *ius titulo*, buena fe inicial y, si el título es translativo de dominio, *privi tradición*. En consecuencia, no se comete delito de usurpación—aunque se utilice violencia en las personas—respecto del que posee o tiene cosa ilegítimamente, esto es, como poseedor irregular o como *mer tenedor* ilegítimo.

No obstante, una curiosa norma regula la situación del que posee o tiene ilegítimamente la cosa, pero *con derecho aparente*.⁵ En tal caso si el sujeto activo es el dueño o poseedor regular de la cosa, y el *qu* la posee o tiene ostenta *un derecho aparente* (aunque en todo caso posee irregularmente o tiene ilegítimamente) el inciso 2° del art. 45 tipifica el delito de usurpación, aunque con una pena atenuada. De acuerdo a la redacción de la norma, sin embargo, si el sujeto activo no es el dueño o poseedor regular, quien ostenta el *derecho aparente* deja de ser sujeto pasivo del delito y, por lo tanto, queda desprotegido por esta figura incluso frente a un despojo violento. Nos parece que no cabría resolver esta situación mediante una integración analógica; pues, al constituir una extensión de la punibilidad, ella se realizaría *in malam partem*.

² Cfr. CLARO SOLAR, De los bienes, II, 456-457.

³ Cfr., en parte, ECRONASER, Derecho Penal, III, p. 387.

⁴ Niegan la posibilidad sobre la base de la regulación civil de la posesión *pro indiviso* (la posesión de un comunero se entiende ejercida por todos y sobre la totalidad de la cosa), p. ej., SCA CONCORDIA, 24.XI.1897, en GT 1897, I, III, p.145 y SCS, 4.XI.1918, en GT 1918-2:1900.

⁵ Cfr. una aplicación de esta norma en SCS, 16.I.1978, en FM 1978-230.432.

Como sólo se protege al que posee o tiene la cosa legítimamente (y también, aunque en forma más limitada, al que ostenta un derecho aparente), la configuración del delito autoriza a los ciudadanos para la autotutela, incluso mediante el uso de violencia en las personas. Una eventual responsabilidad penal sólo podrá provenir de las lesiones que pudieren cometerse, pero en tal caso sería preciso analizar la concurrencia de una posible justificación por legítima defensa.

b) Objeto material

En la medida en que los delitos de usurpación protegen la posesión y la mera tenencia legítimas de las cosas corporales inmuebles y de los derechos reales constituidos en ellas, objeto material del delito sólo son las cosas que, copulativamente, son susceptibles de posesión o mera tenencia y son inmuebles:

a) *Cosas susceptibles de posesión o mera tenencia* son, en principio, sólo las cosas corporales y las incorporales que constituyen derechos reales. En cuanto a la (cuasi)posesión de los derechos reales, puede afirmarse que existe en la medida en que: (i) el sujeto despliega un aprovechamiento de hecho de la cosa coincidente con el contenido típico de un derecho real; (ii) el sujeto ostenta una titularidad aparente de la facultad de realizar ese aprovechamiento. Por ejemplo, cuando se vende y entrega una mina, sin inscribir el título, el comprador adquiere la (cuasi)posesión del derecho, aunque no el dominio, en virtud de lo dispuesto en el art. 91 del Código de Minería (que reconoce una posesión no inscrita).

b) Con respecto al carácter *inmueble* de los bienes, la doctrina suele precisar, acertadamente, que este concepto incluye sólo a aquellas cosas que resulta imposible trasladar –en rigor, sólo las tierras y las minas, entendidas como una circunscripción territorial abstracta– y no a las que el derecho civil conoce como inmuebles por adhesión y por destinación (arts. 569-573 CC).⁶ En cuanto a los derechos reales, su carácter de inmuebles se determina con base en el criterio anterior y en lo dispuesto por el art. 580 CC («según lo sea la cosa en que han de ejercerse»).

Así, Pacheco podía afirmar que «la usurpación es el apoderamiento de inmuebles o de derechos»,⁷ y la Corte de Apelaciones

⁶ Cfr. ЕЩУКОВИЧ, Derecho Penal, III, p. 382.

⁷ PACHECO, El Código Penal Comentado y Concordado, III, p. 281.

de Santiago que «la usurpación es un delito contra la p inmuebles».⁸

c) La conducta típica

aa) Faz objetiva

Las conductas típicas consisten en «ocupar» un inmueble «usurpar» un derecho real inmueble.

a) La *ocupación* de un inmueble consiste en un despojo que puede o no realizarse usando de violencia en las per violencia ha de entenderse en el sentido del art. 439, es decir a la intimidación en cuanto amenaza de empleo inmediato de física.⁹ Por otra parte, la acción requiere la entrada física en con exclusión del que posee o tiene legítimamente el inmueble con exclusión de cierta permanencia en el tiempo.¹⁰ Este último convierte a la usurpación en un «delito permanente», y distinguiólo de otras figuras que requieren entrada en un pr no permanencia en él.

Como la ocupación –a diferencia de la usurpación de reales– no requiere ánimo de lucro,¹¹ todos los que entran fís en el inmueble pueden ser autores (en sentido propio o es delito, tanto los que sólo ingresan al inmueble como los qu de entrar se encargan de excluir al poseedor o tenedor legít

Cuando la ocupación *no violenta* de un predio ha sido la tolerada por el dueño, los tribunales han fallado en forma que no puede aplicarse el delito de usurpación.¹²

b) La *usurpación* de un derecho real (distinto del dominio en un despojo de hecho, que puede iniciarse mediante una jurídica (p. ej., si se inscribe a nombre propio la posesi inmueble que otro posee sin título inscrito, o se falsifica una derecho real de servidumbre ajeno para inscribirlo a nomb se realiza la inscripción). En todo caso, se requiere *que el se sustituya al poseedor o tenedor legítimo del derecho* en el aprove

⁸ GJ 1986-73-71.

⁹ Cfr. ЕЩУКОВИЧ, Derecho Penal, III, p. 387.

¹⁰ Cfr. SCA Temuco, en RDJ 1973:170 (191).

¹¹ Ver apartado a)G. en el artículo 439 del Código Penal, Ley N.º 17.119, en la Colección Lasarur, Derecho Pena

¹² Así, p. 61, en SCS, 17.1.1986, en FM 1989-256:28 o bien en RDJ 191

materia de la cosa, aprovechamiento que coincide con el contenido típico de un derecho real distinto del dominio, que el sujeto pasivo posee o tiene legítimamente.

Es discutible si el propio derecho real de dominio—en la medida en que se halla confundido con la posesión—puede ser objeto material del delito de usurpación de derechos reales. Entendemos que es así, pero que igualmente se requiere la efectiva desposesión de quien tiene o posee legítimamente la cosa. De otra forma, se hallaría sancionada penalmente la venta de cosa ajena, lo cual, aparte de resultar excesivo, no concuerda con el criterio minimalista que preside la regulación del párrafo.¹³

La ocupación de un inmueble y la usurpación de un derecho real inmueble son, por otra parte, *delitos permanentes de resultado*. En términos generales, éste consiste en el despojo. La ocupación de un inmueble se consuma cuando el autor ingresa al predio excluyendo al legítimo tenedor o poseedor, y continúa mientras duren dicha presencia y exclusión. El resultado de la usurpación consiste en la privación del aprovechamiento material de la cosa que sufre el legítimo poseedor o tenedor del derecho real que en ella recae. Tal privación asume siempre la forma de una sustitución, y se prolonga durante todo el tiempo en que tal sustitución se verifica.

bb) Faz subjetiva. Error y elementos de tendencia o intención
En razón del art. 10 N° 13 CP, el delito en cualquiera de sus formas requiere dolo.

El tratamiento del error no presenta peculiaridades. No obstante, es preciso tener en cuenta que la profusión de elementos normativos—la mayoría de orden civil—que presentan estos tipos penales origina una amplia gama de posibles errores y manifiesta una vez más la precariedad de la distinción entre error de tipo y de prohibición. Así, p. ej., a nuestro juicio podrían llegar a impedir la imputación subjetiva, los errores que dicen relación con la constitución de la posesión o de la mera tenencia en el sujeto pasivo, los que se refieren a «legitimidad» de dicha posesión o mera tenencia y los relativos al «derecho aparente»

contenido en el inciso 2° del art. 457 o a la calidad de dueño o por regular del sujeto activo.

En ocasiones, la doctrina ha sugerido la necesidad de concitar elementos subjetivos adicionales:

(i) *Animo de señor y dueño* por parte del invasor o del usurario que se traduciría «en el propósito de ocupación permanente y notoria, ni con otros fines» (como, p. ej., la caza y la pesca). No olvide que el tipo no exige este requisito, cabe imaginar una posesión de inmueble que—excluyendo al legítimo poseedor o tenedor de la cosa—sólo tenga por objeto causar una perturbación incompatible con la concurrencia de tal ánimo en el ocupado, cuando por medio de este procedimiento el sujeto pretende hacerse poseedor o otorgarle el predio en arrendamiento.

(ii) *Animo de lucro*.¹⁴ Ya Eicheberry reduce este elemento, por «puede concebirse una usurpación con ánimo de venganza hacerse justicia por sí mismo». «Ciertamente la ocupación de un inmueble no requiere para su configuración la búsqueda (ni la obtención) de un beneficio económico por parte del autor, ni que el sujeto pasivo sufra un perjuicio de igual naturaleza. Sin embargo, tratándose de la posesión de un derecho real es preciso que concorra ánimo de lucro exigencia emana de las características del objeto material del delito. Consecuentemente, de las formas en que tal objeto puede ser atacado (sustitución en el aprovechamiento material de la cosa) coincide con el contenido típico de un derecho real».

Por lo tanto, únicamente tratándose de la figura de usurpación de derechos reales cabe exigir un requisito subjetivo adicional: el de lucro.

3. Punibilidad, formas de aparición y problemas concu

a) Formas de aparición y punibilidad

Como se trata de simples delitos de resultado, son imputables las hipótesis de tentativa y frustración. La intervención

¹³ Cfr. Encarnación, Derecho Penal, III, p. 385.

¹⁴ Labatut, Derecho Penal, II, p. 364.

¹⁵ Encarnación, Derecho Penal, III, p. 388. En contra de esta interpretación, SCA Santiago, en GJ 1986-73: 71.

000779

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal



El despojo

000780

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

determinan la línea divisoria entre un bien inmueble con otro, que se supone debe consistir en la descripción física que se inscribe en el registro. En la legislación penal española, se hace alusión a la alteración de los términos o lindes de predios o heredas o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, tal como se desprende del artículo 246^o. Al respecto GONZÁLEZ RUIZ, anota que los «términos» y las «lindes» no son sino una de las formas que adoptan en la práctica las señales útiles para esa demarcación, que, sin embargo, son muy variadas (mojones, piedras, postes, árboles, setos de jardines, líneas de pintura en aparcamientos, valladas de solares), etc.⁶³⁷; lo importante a todo esto es que la conducta determine una modificación del espacio geográfico de la propiedad.

Por «destrucción» ha de entenderse como la desaparición física total de los linderos, según las medidas perimétricas fijadas en su plano descriptivo; si estos son considerados como bienes muebles, su destrucción puede dar lugar al tipo penal de daños, cuando la conducta no viene seguida con un ánimo apropiatorio y, esta intención ha de exteriorizarse cuando el agente luego de destruir los límites materiales del inmueble procede a su ocupación. En lo que respecta a la «alteración» de linderos, ello implica que el autor debe modificar de forma intencional su posición y/o ubicación originaria, para de esta forma poder ocupar un espacio territorial que legalmente no le corresponde. La alteración consiste en el cambio de lugar o contenido de ellos.⁶³⁸

Puede darse con propiedad, que tanto en la destrucción como en la alteración de linderos, se produce fuerza sobre las cosas, una energía física que determina una variación de los límites de propiedad, a diferencia de la ocupación que toma lugar en el inc. 2), donde la violencia puede recaer sobre las personas.

Los medios por los cuales se vale el agente resultan indiferentes, siempre y cuando posean aptitud para provocar la alteración y/o la destrucción de los linderos del inmueble.

En cuanto a las formas de imperfecta perfección, ha de convalidarse que la conducta en cuestión adquiere perfección delictiva cuando el agente

logra destruir y/o alterar los linderos del bien inmueble⁶³⁹, si de que se materialice apropiación por parte del agente. De podemos fijarlo, cuando la destrucción o alteración tendiente línea divisoria o a confundirla, queda sin terminar por circunstancias a la voluntad del autor⁶⁴⁰. Eso sí, debe verificarse que el p autor, era la de apropiarse de todo o parte de un inmueble; li también en el contenido del tipo subjetivo del injueto, en el set aparte del dolo, se debe también acreditar un ánimo de nactu cendente, cuya incoincurrencia puede dar lugar a la tipicidad la figura de daños⁶⁴¹.

En la ejemplaridad recaída en el Exp. N° 6237-97, se señala l «No se acredita el delito si el autor de apropiarse, de todo inmueble que venía ocupando la agravalada, no concurre en e intento de la inculpada; siendo más bien su finalidad impedir desocupe el bien sin que pretencamente cancele sus deudas por luz y alquiler»⁶⁴².

7. EL DESPOJO

«El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inar ejercicio de un derecho real».

De las conductas típicas que el legislador ha glossado en 202*, sin duda el comportamiento prohibido in exarumne, prese yor disvalor del injueto típico, en mérito a los medios comis autor emplea para hacerse de la posesión y/o tenencia del bie de forma lícita. Nos referimos a la violencia, amenaza, engaño confianza.

Para ser considerado sujeto activo no se requiere de ningún dón especial, como se dijo en líneas anteriores, pues inclusiv el propietario no poseedor, así como el co-posedor. En el casq pasivo, éste para ser tal, no requiere del reconocimiento de un t

639 Aul. Soler, S., Derecho penal argentino, T. IV, cit., pt. 492-493; Circa Penal, Parte Especial, T. I, cit., p. 509; González Bae, J.J.; Delitos a 640 Pérez Manzanao, M.; Fajardo, R.; Tratado de Derecho Penal... 641 NÚÑEZ, R.; Derecho Penal Argentino, Parte Especial, T. IV, cit., p. 54 642 Aul. Peña Cabrera, R.; Tratado de Derecho Penal... H.A. cit., p. 545 642 BACA CABRERA, D. y otros; Jurisprudencia Penal... cit., p. 347.

637 GONZÁLEZ RUIZ, J.J.; Delitos contra el Patrimonio (IV), cit., p. 649. 638 NÚÑEZ, R.; Derecho Penal, Parte Especial, T. V, cit., p. 508.

nical que acredite su condición de propietario, basta conque acredite tener la tenencia al momento de los hechos; tenencia que puede ser tanto la legítima como la ilegítima. Vínculo jurídico, por ende, que no requiere de una protección indiscutible, bastando con su apariencia. Sujeto pasivo, escribe Pava Casazza, es el titular del bien inmueble o de un derecho real constituido sobre él, que es privado de ejercer el goce efectivo del predio⁶⁴³.

Por lo dicho ha de aceptarse la postura que apunta hacia una caracterización compleja del bien jurídico tutelado, en la medida que la violencia y/o amenaza que emplea el agente, ataca de forma concreta la libertad personal, la vida, el cuerpo y la salud del sujeto pasivo. Sin embargo, el legislador no ha realizado una distinción penalógica. En cuanto a las diversas conductas que se comprenden en el artículo, que implican resacas de diverso nivel jurídico-penal, por lo cual el juez deberá graduar la pena conforme a criterios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Se dice entonces que lo que lesiona esta conducta típica es la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble. De forma comprensiva, se entiende a la posesión como el señorío que se configura sobre una cosa, el poder de hecho que se ejerce sobre el bien, de forma temporal o permanente. Rousez Cruz en la doctrina nacional, enseña que existen tres modos de presentar la posesión en el derecho moderno, a saber: 1.-La posesión como poder o señorío fáctico, relación puramente material (ladrón, usurpador); sus posesiones. 2.-La posesión derivada de un derecho real, o sea posesión de derecho (la del usufructuario, anticresista, etc.); sólo el *ius possessionis*. 3.-La posesión del dueño que conduce o ocupa el bien directamente: las *possessioes* y sus *possidendi* (éste último, siempre lo *tenet*)⁶⁴⁴.

Decía likewise, que la posesión no era un fin en sí misma, sino un medio para un fin: constituir la condición de hecho en virtud de la cual son posibles los tres modos de usar la cosa, utilizándola para las necesidades humanas y comprendiendo, por tanto, todo el contenido sustancial de la propiedad: el *ius, facti, consummationis*⁶⁴⁵.

Según lo previsto en el artículo 986° del CC, la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Constituye en realidad una situación fáctica con reconocimiento jurídico. Resulta importante citar lo que se dispone en el artículo 897° (*in fine*), que no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro,

conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de instrucciones ayaas. De lo expuesto se colige, que sólo podremos un verdadero poseedor cuando éste tiene un título legítimo o un derecho que ampare su derecho real, mas en el caso del gui ejemplo, que a nombre de un tercero enuncia en el bien inmueble y representación deberá ser considerado como un inerte y no como un «poseedor», lo cual tiene especial significación e establecer la calidad del sujeto pasivo de la modalidad típica de la. En suma, el servidor de la posesión es el ejecutor material de la. que otro tiene, pero nunca puede ser considerado jurídicamente poseedor⁶⁴⁶. Empero al margen de las distinciones jurídico-con delicto, sino también el simple tenedor: v.g., cuando el emplea casa, que la cualda a nombre de su patrón, es despojado de la te bien inmueble, tal como se desprende claramente de la redacci

En la doctrina civilista más reconocida, nos dicen que la entre poseedores y tenedores de la cosa es infucunda en gra porque tanto unos como otros están protegidos por las acciones⁶⁴⁷. El artículo 599° del CFC, señala que la legitimación actaría de Interdictos, la tiene todo aquel que se considere per despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incl quienes ostentan otros derechos reales de distinta naturaleza bien objeto de la perturbación; mientras que el artículo 599° del leyes precitado estipula que el interdicto procede respecto de as como de un bien inmueble inscrito, siempre que no sea de uso También procede el Interdicto para proteger la posesión de ser cuando ésta es aparente. De lo anotado se infiere que también está legitimado para interponer acción posesoria, por ende, l objeto de tutela por el Derecho penal.

• Medios Comisivos

La primera variante a examinar, es el despojo mediante vól cual importa el uso de una fuerza física suficiente por parte

646 DIEZ-PICAZO, I. y otro: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, cit., p. 97
647 DIEZ-PICAZO, I. y otro: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, cit., p. 97
648 El artículo 900 del Código Civil, establece que el despojo de un propietario no es delito, siempre que no haya mediado fraude. Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio de un derecho, el despojo no es delito. Véase el artículo 920° del Código Civil, la demanda será declarada procedente.

643 PAVA CASAZZA, P.: *Tratado de Derecho Penal*, IFA, cit., p. 511.

644 RAMÍREZ CRUZ, E.M.: *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 278.

645 DIEZ-PICAZO, I. y otro, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, cit., p. 87.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

para poder desocupar al poseedor o al tenedor del bien inmueble que pretende ocupar. Visa absoluta que recae sobre los bienes jurídicos personalísimos de la víctima, esto es, la libertad personal y/o su integridad física; debe tratarse del despliegue de una fuerza muscular lo suficientemente idónea como para poder reducir al máximo los mecanismos de defensa del sujeto pasivo, en el sentido de poder neutralizarla y, así poder ocupar el bien inmueble. Si esta violencia desborda un plano determinado de gravedad y configura una real afectación al cuerpo y/o la salud del ofendido, en cuanto concreta lesión, podemos hablar en este caso de un concurso ideal de delitos.

Si la violencia que se ejerce, es orientada a ingresar al inmueble, pero no para proceder a la desocupación del legítimo poseedor, no estamos ante la figura delictiva en análisis, sino ante la tipicidad objetiva de un allanamiento de domicilio en concurso con conaciones y/o lesiones. En un hipótesis de que la violencia sea ejercida para ingresar al bien inmueble y así, hacerse de la custodia de bienes muebles, toma lugar el Injusto de Robo agravado. La ejecutoria recaída en el Exp. N° 984-90-Lima, se señala lo siguiente: "Siendo la oblación de domicilio el medio utilizado por los acusados para perpetrar los delitos de usurpación y robo que se les atribuye, no es procesal tenerse este como delito independiente por cuanto queda subsumido dentro del tipo legal de usurpación"⁶⁵⁶.

Ahora bien, la violencia a la que estamos haciendo alusión, puede darse desde un doble baremo a saber: primero, aquella que se concretiza directamente para ingresar al bien inmueble y despojar así de la posesión al sujeto pasivo y, segundo, en el caso, de que el agente ingresa al inmueble con el consentimiento de la víctima y ya en su interior materializa la violencia destinada a expulsar a la misma de su poder de señoría sobre la cosa.

Si el despojo acontece no por el uso de la violencia efectiva, sino por su anuncio de realización, estaríamos ante la modalidad de la amenaza. Debe tomarse en cuenta que puede darse también la figura en análisis cuando el agente, habiendo ingresado al domicilio desocupado, impide ingresar a su recinto a sus legítimos poseedores. La violencia ha de ser entendida entonces como el medio... destinado a posibilitar la posesión fáctica del bien inmueble.

La perfección delictiva de esta modalidad delictiva, habrá de fijarla

cuando el autor logra despojar totalmente al poseedor o al bien inmueble, mediando una violencia idónea para ello. El dolo debe recaer sobre la energía física, que no logra la desocupación del bien, por lo que el delito tentado. En la siguiente ejecutoria recaída en el Exp. N° 7647-97, se dice lo siguiente: "La imputación dirigida por los procesados de tratar de despojarlos de sus lotes de vivienda no trasladados a una zona deshabitada, no permite apreciar la existencia de actos de violencia o amenaza que perturbe la posesión de dichos lotes, más aun si éstos se han desistido de la acción penal por lo que debidamente reubicados por medio de la Asamblea General de los propietarios, no permite concluirse la consumación del delito de usurpación".

Punto a saber importante es la presencia de causas de exclusión de tipicidad penal o como un precepto permisivo, en el caso de la criminalidad, consideramos que se ajusta a la primera de ellas, que la posesión de un bien inmueble es un acto de plena capacidad por su titular, por el título que estime pertinente, por lo que el consentimiento de la víctima, elimina la ofensividad de la conducta. Si en esta hipótesis, la desocupación se produce mediante violencia, hemos de convenir que ésta es también consentida, lo que sí genera una afectación visible de la salud corporal del sujeto pasivo conculca al delito de lesiones, en el caso del engañado o carente de confianza, no se puede hablar con corrección de un consentimiento válido, puesto que el engañado determina una voluntad viciada tal que la concurrencia de ambos resulta incompatible. En el caso de la víctima en el Exp. N° 1415-98, se dice que: "Si se ha procesado estando ocupando con anterioridad parte del inmueble usurpado, no se puede hablar de consentimiento de la víctima, no concurren los requisitos para la configuración del delito de usurpación"⁶⁵⁷.

Aspecto distinto a relevar, resulta de la Defensa posesori: el artículo 920° del CC, en virtud de la cual el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, dentro del tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe aliviar las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Reconociendo un "legítimo derecho" que da lugar a una auténtica causa de fuerza, de acuerdo a lo previsto en el inciso 8) del artículo 20° del CP,

656. ROJAS VARGAS, F.: Jurisprudencia Penal Inmaterial, cit., p. 425.
657. BACA CABREJA, D. y otros: Jurisprudencia Penal..., cit., p. 304.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

ción requiere del uso de una fuerza en sujeción al principio de proporcionalidad y que éste sea empleado con inmediatez, en el momento en que el poseedor es o ha sido desocupado por un tercero del bien inmueble. Igual situación habremos de identificar cuando en el marco de un proceso judicial, el juzgador avocada a la causa, ordena el desalojo del bien inmueble, para lo cual se legitima el uso de la coacción estatal por parte de la fuerza pública, cuando el afectado con la medida se niega en desocupar el bien. Así lo señala el artículo 593° del CPC, cuando a la letra dispone que con sentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Si dentro de los días meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento. De ello se colige, que la desocupación con violencia, resulta penalmente justificada cuando es obra de un dictado de orden jurisdiccional, con arreglo al ejercicio de un oficio y/o cargo.

La sentencia contenida en el RN N° 5041-98-Terna, dice así: «El despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un derecho real, como es la servidumbre, debe producirse bajo los supuestos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; consecuentemente, al no haberse probado el núcleo central de la configuración del delito de usurpación, el despojo en los supuestos antes mencionados; de ninguna manera cabe imponerse una sentencia condenatoria, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico, faculta al perjudicado a recurrir a la vía interdictal para recuperar la posesión que vería ostentando»⁶⁵³.

Segundo medio comisivo vendría a resultar el uso de la «amenaza», al cual importa el empleo de una vis compulsiva, dirigida a coartar la esfera decisoria de la víctima bajo un estado de plena libertad, mediante el anuncio de realización de un mal inminente sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima o de tercera persona relacionada con la misma. Atunado de un mal inminente, futuro y de idénea concretización, cuya seriedad ha de analizarse caso por caso, de conformidad con las características concomitantes al hecho punible.

A diferencia de la modalidad anterior, el despojo de la posesión de la víctima, no se produce materialmente por obra del agente, sino que el

propio sujeto pasivo procede a la desocupación del bien inmueble bajo una voluntad viciada.

El empleo de la amenaza, requiere consigo la inmediatez e agravado, mediante la resistencia. Si ésta es vencida estare un medio idóneo para la comisión del delito⁶⁵⁴.

El estado consumativo habremos de verificarlo cuando efectiva desocupación -total o parcial-, del bien inmueble por víctima; los actos que dan inicio a la actividad amenazante, propósito, hemos de cuadrarlos como actos de imperfecta ejtativa).

El tercer medio comisivo es el «engaño», el cual implica ción de la realidad de las cosas, esto es, el agente se vale de artificios (ardid, medios fraudulentos) para presentar un estado de que no se condice con la veracidad subyacente. Si estamos que el engaño ha de ser dirigido a lograr la desocupación -to del inmueble por parte del sujeto pasivo, el autor ha de servir instrumentos idóneos para alcanzar el propósito delictivo.

El engaño viene a ser el despliegue de actos verbales o i falso cartiz, destinados a conseguir la entrega del inmueble, esta manera la posesión o la tenencia al sujeto pasivo⁶⁵⁴.

Al hablar en este caso de medios que configuran un vicio en la persona de la víctima, el engaño como tal debe ser instrumento de que se vale el agente para concretizar la de por lo que este elemento psíquico de deliberación decisoria, d antes de producirse el despojo, pues si éste se advierte a postm os antes una conducta irrelevante penalmente.

El engaño ha de generar un error en la víctima, pues prc estado psicológico, que fue impulsado por la conducta fra autor, decide desocupar el bien inmueble y le entrega la poseite. Debe consistir, entonces, en la creación de un riesgo no p aptitud de lesión, poniendo énfasis a las normas que rigen l ciones inmobiliarias y otras afines, a fin de no criminalizar n ciones jurídico-civiles. Mas cabe precisar que lo que pretende es la propiedad, únicamente la posesión del bien inmueble, e

653 PEÑA CARRERA, R.; Tratado de Derecho Penal... II-A, cit., p. 519.
654 SALINAS SICCHA, R.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 872.

652 CHOCANO RODRIGUEZ/ VALLADOLID ZETA: op.cit., p. 224.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

que en el marco de un proceso judicial, consiga éste que se le declare propietario, mediante el empleo de documentos apócrifos, estaremos ante el tipo penal de estafa procesal y no la modalidad en estudio. Máxime, el engaño debe recaer siempre sobre el sujeto pasivo y, no sobre un tercero.

De igual modo que en los supuestos anteriores, la modalidad se configura cuando el agente logra la desocupación del bien inmueble por parte del sujeto pasivo, mas esta acción debe obedecer a la concreta conducta engañosa del agente y, no de otro factor concomitante que haya podido incidir en la realización del dolo del resultado.

Finalmente en el último medio comitivo a saber, se hace mención al «abuso de confianzas», el cual debe ser entendido como aquella situación en la cual el agente mantiene una determinada relación con el sujeto pasivo, sea de naturaleza laboral, contractual, etc., la cual se aprovecha, para lograr la desocupación del sujeto pasivo del bien inmueble.

Es de verse en ciertas circunstancias, el propietario poseedor, deja en tenencia del bien inmueble, por razones diversas en base a un determinado vínculo, le da por ejemplo habitación, de la cual se prevale el autor para hacerse con la posesión del bien, para ello se requiere que el sujeto pasivo sea desocupado total o parcialmente, del mismo.

«Que para la configuración del tipo penal previsto en el artículo 202^o del Texto punitivo, se requiere el Abuso de confianzas abarque el dolo del sujeto activo, que al respecto la Doctrina moderna señala que el «abuso de confianza es el uso ilícito que hace el depositario de la confianza recibida. La confianza presupone un hecho anterior caracterizado por la existencia de un vínculo directo o indirecto entre los sujetos. De ahí que el agente aprovechando esta relación, ejecuta maniobras que le permiten ocupar el inmueble, o en caso de haberlo hecho ya, en mérito a la confianza pretendida quedarse con él»⁶⁵⁵

La manera más frecuente de abuso de confianza es el despojo, es la intervención del título, que le permitió originalmente la ocupación del predio. Intervenir, significa cambiar. Así interviene el título, el carpintero o pintor que se erige en tenedor o inquilino, habiendo recibido el inmueble sólo para el cumplimiento de su oficio⁶⁵⁶.

Siguiendo el patrón anotado en los supuestos precedentes, hemos de

delimitar la perfección delictiva, cuando el autor logra despojar parcialmente, al sujeto pasivo de la propiedad inmueble, si de que se obtenga un provecho de aquél.

6. TURBACIÓN DE LA POSESIÓN

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor mayor de tres años: «El que, con violencia o amenaza, turba la un inmueble».

El injusto típico en *examine* importa un menor disvaloración del comportamiento anterior; primero, porque no se produce ocupación -total o parcial-, del bien inmueble por parte del agente, no obstante advertirse también el empleo de violencia y/o a modalidad en cuestión importa únicamente la realización de una turbación del normal uso y disfrute del fin posesionario por parte del titular.

Bien jurídico objeto de tutela es el ejercicio efectivo del derecho de posesión, que se ve menudado en su desarrollo, cuando el agente realiza la conducta que el legislador ha determinado su inclusión del artículo 202^o del CP.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, no se requiere cual calificación, a diferencia del Int. 1), puede ser el co-posedor, el propietario, etc.

La acción violenta o la amenaza, objetiva y subjetivamente; tarse en el sentido de turbar la posesión y no ya simplemente turbar a la persona del poseedor, anota Soler. Para que de usarse hablarse, es preciso que la violencia o la amenaza haya turbado forma la pacífica posesión del inmueble, ya sea haciendo retroceder momentáneamente a lo menos, de una parte de su campo de tensión de que no le pertenece; pero sin invadir el campo, yanzando personalmente con vejacular violencias, si el poseedor le da a determinado potero no correspondiente en posesión a la

Hemos de convenir, entonces, que el Derecho penal no ha una mera perturbación al normal desenvolvimiento del derecho de la víctima, sino que la intervención punitiva ha de centrarse en sustantividad, que es recogida mediante el uso de violencia o cza. Así, cuando el arrendador, que vive en el mismo edificio de

655 Exp. N° 6673-97 Lima, Pedro Cabrerá, Raúl Trujillo de Derecho Penal. Parte el Poder Judicial.

656 PÉÑA CARRERA, R.; Tratado de Derecho Penal..., II-A, cit., p. 520.

657 SOLER, S.; Derecho penal argentino, T. IV, cit., p. 489.

000786

000787

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal



Usurpación mediante el llamado despojo

000788

o la sacate en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho. 2°) El que pusiere embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. 3°) El que ilícitamente represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

"La pena se aumentará hasta dos años si para cometer los delitos expresados en los incisos anteriores, se rompiere o alterare diques, esclusas, compuertas, muros u otras obras semejantes, hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos".

La Exposición de Motivos fundó los artículos, diciendo: "En el capítulo *De la usurpación*, en el Código actual, se limita a prevenir los casos de despojo de una cosa raíz, o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce el despojado, y la remoción o destrucción de términos o linderos. Todos estos casos quedan previstos en nuestro proyecto, en términos más generales, e introducimos otros no previstos en el Código Penal. En el número 1° del artículo 219, comprendemos los casos del artículo 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo pues sea aquí la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente lititud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlo en cuenta. El artículo 197 del Código Penal, referente a la alteración o destrucción de términos o límites, está reproducido en el número 2° del 219 del proyecto. La turbación de la posesión con violencias o amenazas es un hecho no previsto como delito en el Código actual; no basta proteger la posesión en sí misma: es indispensable mantener o asegurar la tranquilidad de la posesión. En cuanto a la pena, en estos casos, el Código fija las de prisión y multa y las de arresto y multa. Siguiendo nuestro propósito, ya explicado, de no reprimir con dos penas principales un solo hecho, conservamos en este caso la multa, aumentada en compensación de las penas corporales suprimidas. El artículo 220 prevé diversos casos de usurpación de aguas, tampoco previstos en el Código Penal, estableciendo, así, la sanción necesaria de hechos que son y pueden ser objeto de leyes y reglamentos especiales".

El proyecto de 1906 se inspiró en el criterio anterior y sus modificaciones han sido repetidas en el Código vigente, sin más modifi-

cación que la introducida por la comisión especial de la Cámara de Diputados en el inciso 1° del artículo 182.

3. *Fundamentos dados en el proyecto de 1906*

La Exposición de Motivos del proyecto de 1906, fundando el artículo correspondiente, que era igual al presente, decía: "En el delito de usurpación queremos evitar hechos que no están comprendidos en el Código y que, sin embargo, violan la propiedad raíz en una forma perfectamente delictuosa. El individuo que por violencia, engaño o abuso de confianza se apodera, instalándose como en casa propia, de una casa desocupada, hecho que tantas veces se comete especialmente en las grandes ciudades, priva de uno de los atributos de la propiedad, causa un perjuicio considerable, y es por tales razones y por la audacia del acto merecedor de una pena. A fin, pues, de proteger la propiedad inmueble contra estos atentados y otros análogos, extendemos el concepto de la usurpación, disponiendo que la comete el que, por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real, o al que con violencia o amenaza turbase la posesión de un inmueble".

II. Las distintas formas de usurpación en la ley argentina

De acuerdo al texto legal son tres las acciones delictivas previstas en el artículo 181. Nada más que desde un punto de vista metodológico, hemos agrupado las formas delictivas de la siguiente forma:

- 1°) El despojo;
- 2°) la turbación de la posesión, y
- 3°) la destrucción o alteración de términos o límites.

III. Usurpación mediante el llamado despojo

Expresa el inciso 1°: "El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se pro-

duzza invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes".

1. *Bien jurídico protegido*

Estamos, tal como se ha venido desarrollando la metodología elegida por el legislador, en la protección de la propiedad inmueble, que abarca, como se verá, no sólo el dominio y otros derechos reales, sino el mero hecho de la tenencia o de la posesión.⁴

De modo que, como podrá apreciarse, la protección de la propiedad, en sentido genérico de los bienes inmuebles, sólo están protegidos por dos artículos de manera directa. Lo que demuestra, en principio, una mayor fuerza en la protección de los bienes muebles, cuya explicación puede estar, quizás, porque aquéllos no poseen las características de movilidad y fácil desaparición y ocultamiento de los bienes muebles, los cuales -tal vez por este motivo- están con mayor protección.

Esto ha sido explicado por González Rus de la siguiente manera: "La benevolencia de la pena señalada (multa) -en España-, no puede sorprender si se considera que los bienes inmuebles se encuentran mucho mejor garantizados por el Derecho Civil ante los despojos que los muebles, actuando la protección interdicial y registral como eficaces medios de tutela que hacen difícil que el titular pierda definitivamente sus derechos". Y esto ha llegado a tal punto que algunos autores como Fernández Albor han considerado innecesario el tipo de usurpación.⁵

Creus afirma que la ley no protege propiamente el dominio, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales 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"⁶.

Tradicionalmente, es la propiedad el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación. Sin embargo, se encuentra legislado de manera autónoma en virtud de la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae este particular delito. Otras figuras de defraudación se dan de manera diversa y sin recurrir a la consideración de la naturaleza del bien sobre el cual se concreta el perjuicio.

En el caso de la usurpación, el bien sobre el que recae el perjuicio es un bien inmueble únicamente, y de allí su autonomía, aunque el bien jurídico protegido sea, como en otros delitos ya estudiados, la propiedad.⁷

En el caso de la usurpación por despojo, el bien jurídico -la propiedad- no se protege sólo en relación al título de dominio del inmueble o en referencia al derecho real, sino también en relación al hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos. Por ello es que resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que da el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión.⁸

Recuérdense brevemente los conceptos de posesión que se hablan dado. Savigny decía: "Es evidente que en su principio y considerada en sí misma, la posesión no es sino un simple hecho; por otra parte, es también absolutamente cierto que algunas consecuencias legales son anexas a ella. Así, ella es a la vez un hecho y un derecho; por sí misma, es un hecho; por sus consecuencias, ella se asemeja a un derecho"⁹.

En contraposición, Ihering había afirmado, partiendo de su posición de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, con-

⁴ CREUS, *Derecho Penal, Parte especial* cit., t. 2, p. 591.
⁵ Contr. SOLER, Schaublin, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 521.

⁶ NUNEZ, Kienbo C., *Tratado de Derecho Penal, Parte especial* cit., t. V, p. 478.

⁷ SAVIGNY, *Poses.*, pts. 21 a 25, cit. por SALVAT, Raymond, *est. por ARGANARAZ, Derecho Civil elemental, Decretos, Realces, Terc.*, Porrua, 1961, t. I, p. 48. Para una exposición clara sobre Ihering y Savigny, y el problema de la posesión, LAQUITS, *Manual, Derecho Realces, Depalma*, 1975, t. I, pts. 139 y ss.

⁸ Art. 2351, Cód. Civ.: "Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

Art. 2352, Cód. Civ.: "El que tiene efectivamente una cosa, pero reconocido en otro la propiedad, es simplemente el poseedor, no el propietario de la posesión del propietario de la cosa sobre la que se ejerce el derecho".

⁹ GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, en colección dirigida por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1992, p. 153.

cuando que, desde "el momento que la ley considera necesario dispensarle a la posesión protección que ella le acuerda, forzosamente debe admitirse que allí hay un derecho"¹¹.

Y concluye Argánaraz, afirmando que "la cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho; de si es un estado de hecho que genera consecuencias jurídicas, o si viene a constituir un derecho subjetivo del poseedor, ha sido en todos los ítemos la *vexata quaestio*, y continuará siéndolo, pues la fuerza de convicción de los argumentos que se hacen valer en pro o en contra de una y otra tesis, responden al distinto enfoque de sus sostenedores"¹².

Con respecto al punto, la jurisprudencia ha sostenido que: "El bien jurídico protegido en el delito de usurpación no es el nudo derecho de propiedad, sino la tenencia o posesión de hecho..."¹³

2. El bien inmueble

Es importante que el bien inmueble que se protege es el inmueble por naturaleza, de acuerdo al artículo 2314 del Código Civil¹⁴. Ahora bien, Creus aclara que lo que puede ser objeto del delito es el suelo mismo así formado: lo que integra el suelo o se adhirió a él orgánicamente o inorgánicamente no puede ser objeto del delito de usurpación, separadamente, ya que para ello debe ser separado y entonces será objeto del delito de hurto o robo.

Tampoco son objeto del delito de usurpación los inmuebles por accesión física (art. 2316, Cód. Civ.)¹⁵, ni mucho menos los inmuebles

¹¹ SALVAT, ob. cit., p. 50.

¹² ARGÁNARAZ, *loc. cit.*, p. 50/51.

¹³ CNC/Corr., sala I, 20-9-89, "Berrini Bolboran, Carmen R.", L. 1990-B-544.

¹⁴ "Son inmuebles por su naturaleza los cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o líquidas que forman el suelo por sí mismas, así como el agua corriente que forma el río, el canal, el arroyo y todo lo que se adhirió al suelo o al hecho del hombre".

¹⁵ Art. 2316: "Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran sujetas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, a un estado físico permanente".

Art. 2317: "Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis".

por carácter representativo, ya que su ocupación puede constituir usurpación si se realiza mientras están adhiridos al suelo. En cuanto se los separa para ocuparlo serán objetos de otros delitos¹⁶. Igualmente consideraciones valen en cuanto a los otros inmuebles, que no lo sean por naturaleza.

3. Tipicidad

a) Tipo objetivo

1) Despojo

Previo a entrar en el análisis del despojo, es bueno volver a analizar cuál es el objeto del despojo: a nuestro juicio es la tenencia o la posesión de un inmueble o la cuasiposesión de un derecho real susceptible de ella. Según la doctrina civil, estos derechos son: el uso (art. 2984, Cód. Civ.), usufructo (art. 2807, Cód. Civ.), habitación (art. 2948, segundo párrafo), servidumbre (arts. 2970/71/72, Cód. Civ.) y anticresis (art. 3239, Cód. Civ.)¹⁷.

La cuestión en el delito de usurpación refiere, por una parte, a qué es el despojo, y por otra, a cuáles son los medios del despojo.

Comete *despojo* aquel que mediante un acto de violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad priva la posesión, tenencia o cuasiposesión de un bien inmueble a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos. Por ende, y en otras palabras, "consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor. Estos o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación"¹⁸. Creus afirma que el despojo tiene el sentido de quitar, de sacar de la ocupación o impedir la ocupación del inmueble, total o parcialmente. Por ende tanto puede haber despojo desplazando al sujeto pasivo o impidiéndolo que el sujeto pasivo realice actos propios de la ocupación que venía ejercitando¹⁹.

Por eso el despojo puede ser tanto total como parcial. Es parcial

¹⁶ CREUS, ob. cit., p. 591.

¹⁷ NUÑEZ, ob. cit., t. V, p. 478.

¹⁸ Id., p. 485.

¹⁹ CREUS, ob. cit., p. 593.

tanto si el sujeto pasivo "queda excluido de una unidad materialmente demarcada e independiente del total de un inmueble; por ejemplo, una pieza o un potrero, como si la porción usurpada del inmueble es determinada sólo por el despojo mismo"¹⁷.

El acto que debe realizar el sujeto activo del delito generalmente es el de invadir, entrar a un inmueble que posee otro y quien está ausente. Además, debe entrar para ocupar dicho inmueble. También se puede dar el caso del que expulsa al poseedor y toma su lugar en el inmueble¹⁸.

Según Creus, el despojo de un inmueble sólo puede producirse por medio de invasión, mantenimiento o expulsión¹⁹. Soler habla de invasión, permanencia o expulsión, ya sea que el dueño esté presente, y por la fuerza lo expulsa, ya sea que el dueño esté ausente, y se expulsa a sus representantes o, por último, que no se lo deje entrar. Todo ello debido a que no es posible sacarle al propietario la cosa y llevársela. En cambio, se debe sacar al propietario de adentro de la cosa²⁰.

Núñez coincide: El despojo consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor. Ellos o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación. También exige el desapoderamiento del terreno tenido o poseído, o sobre el cual se ejerce otro derecho real, siendo insuficientes los actos que limiten u obstaculicen el goce pleno del inmueble, al menos para esta forma delictiva. Y la privación de la ocupación puede lograrse mediante la invasión del inmueble y la expulsión del sujeto pasivo o de su representante presente, o impidiéndoles la entrada si están ausentes²¹.

Para que se complete el despojo, el sujeto debe actuar despojando y lograr el efecto del despojo. Es decir: "El concepto de despojo en el delito de usurpación (art. 181, Cód. Pen.) se caracteriza por una doble consecuencia: por un lado, el tenedor debe resultar desplazado; por otra, el usurpador debe haber realizado esa exclusión por medio

de actos que lo habiliten a permanecer en la ocupación, es decir, que debe estar en condiciones de subrogar a la víctima"²².

2) Medios

Sin embargo, el solo despojo no alcanza según la ley argentina para tipificar del delito de usurpación. Debe venir unido a ciertos medios que la propia ley ha especificado. De modo que es típico el despojo logrado mediante violencia, engaño, abuso de confianza y clandestinidad. Según lo antes afirmado existen ciertos medios únicos que vuelven punible el despojo. El medio no puede consistir en la mera negativa de entrada sino que debe ser uno de los antes mencionados: "La simple negativa a permitir el ingreso de una persona a un determinado inmueble, no importa ninguno de los medios compositivos del delito de usurpación previsto en el artículo 181, inciso 1°, del Código Penal"²³.

Así, el método que se utiliza para ejecutar y lograr el despojo puede ser no sólo la violencia física o moral ejercida sobre las personas o la violencia ejercida sobre las cosas —como la ley civil estipula—, sino también el engaño —en los mismos términos analizados en la estafa—, el abuso de confianza —por la llamada "intervención de título"— o la clandestinidad —en los términos estudiados en el delito de hurto—.

Dice Núñez que el despojo no es punible por sí, sino sólo si se logra a través de alguno de los medios descriptos por la ley.

2.1) La violencia

El despojo mediante violencia física se da cuando la ocupación del inmueble es adquirida o mantenida por vías de hecho, acompañada de violencia física o moral, de acuerdo al artículo 2365 del Código Civil²⁴.

Es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas o las cosas. Se llega a admitir, aun, el uso de medios hipnóticos o narcóticos que puedan tener por

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 486.

¹⁸ Ídem nota anterior.

¹⁹ CREUS, ob. cit., p. 587.

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 526.

²¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 485.

²² CFed. de San Martín, sala I, 5-6-92, E. D. 150-566, con nota de Germán J. Bidart Campos.

²³ CNCorr., en pleno, 12-12-69, "Signorelli Gallo", L. L. 137-89.

²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., I, V, p. 488.

efecto la expulsión de la persona del inmueble, o el impedimento para que entre en él, o, simplemente, la reducción de la persona a la inacción dentro de aquél²⁵.

Según Creus, violencia es la *vis física* que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, y también la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (por ej., cambiar las cerraduras)²⁶.

El problema que se suscita con la violencia en el despojo es el siguiente: la violencia es física, esto es, contra la persona, de manera que, a semejanza con el robo, "la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no, como es la fundamentación aludida, la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer los obstáculos que, sin violencia ha puesto para su entrada en el inmueble el autor"²⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido lo contrario, confiurando la fuerza en las cosas con la violencia, que siempre es física. Y entonces se ha sostenido que constituye violencia cambiar la cerradura, clausurarla con un candado, etcétera²⁸.

Creus, en cambio, afirma que es tanto la violencia, en el sentido antes afirmado, como también la fuerza que se despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva²⁹.

2.2) Amenazas

Queda aquí cubierta la faz moral de la violencia. También llamada intimidación, es éste el medio de compulsión puramente moral, cuyo instrumento no es el despliegue de una energía física sobre o contra la persona, sino una exigencia ilegítima, hecha a otro³⁰. El concepto

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CREUS, *ob. cit.*, p. 287.

²⁷ NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 40. En contra RUBIANES y ROJAS PELLERANO, p. 87, *cit. por* NÚÑEZ, nota 65.

²⁸ Así, CNCCom., 8-5-59, folio 41.164, J. A. 1959-V-236.

²⁹ CREUS, *ob. cit.*, p. 294.

³⁰ NÚÑEZ, *ob. cit.*, pp. 490 y 255.

de amenazas es el mismo que corresponde al delito del artículo 149 bis, por lo que el artículo 181 absorbe dicha conducta en caso de ser el medio para el despojo³¹.

2.3) Engaño

El autor despoja del inmueble por engaño, si logra su ocupación con una conducta contraria a la verdad, usando o no ardid, siempre que sea eficaz. Ello es, que induzca al error en el sujeto pasivo. Y la víctima del engaño puede ser el ocupante o un tercero del cual dependa el acceso al inmueble (por ej., el juez víctima de un engaño en el proceso)³².

Dice Soler que basta para configurar engaño la mentira de la cual se vale el sujeto para inducir a error³³. Según Creus, es cualquier conducta que disimule la verdad, y puede consistir en un ardido o en una manifestación simplemente mentirosa que haya inducido a error en el sujeto pasivo o en un tercero, por el cual se llega a permitir el acceso y la ocupación del inmueble del agente³⁴.

2.4) Abusos de confianza

Se refiere a la conducta del que despoja al sujeto pasivo aprovechando la confianza que se le ha otorgado al permitirle el acceso o el uso del inmueble, manteniéndose en él como ocupante, o interviniendo el título en virtud del cual se le permitía la tenencia o el goce de otro derecho real sobre el inmueble³⁵.

Este medio comisivo no se equipara siempre a la intervención del título. Lo esencial en el abuso de confianza es que quien abusando de la buena fe que le ha sido dispensada, permitiéndole el acceso al inmueble o su uso o el uso de un derecho real, luego, despoja al sujeto pasivo. El abuso, en síntesis, consiste en que el autor se atribuye la tenencia, la posesión o la cuasiposesión, en cuya ocupación entró por el propio sujeto pasivo que entregó el inmueble, pero no en estos

³¹ SOLER, *ob. cit.*, p. 577.

³² NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 491.

³³ SOLER, *ob. cit.*, p. 577.

³⁴ CREUS, *ob. cit.*, p. 288.

³⁵ *Idem* nota anterior.

términos. Como ser el poseedor que entrega las llaves para que las cambien, da las llaves al pintor, etcétera³⁶.

En cambio, la intervención del título exige una codificación de la naturaleza jurídica de la ocupación del inmueble que se ocupa. Como ser el mero tenedor que se arroja el carácter de inquilino³⁷.

Actúa Soler que este medio no hace sobreponer esta figura con el delito de retención indebida, ya que este último se refiere exclusivamente a bienes muebles, aun cuando el *modus operandi* es, o pueda ser, el mismo³⁸.

2.5) *Clandestinidad*

Este último medio, agregado por reforma de la ley 24.454/95, ya había sido intentado alcanzar por la Comisión de 1906.

Se puede afirmar que la clandestinidad está definida por el artículo 2369: "La posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse". Con lo cual, para la ley civil, habrá clandestinidad en tres supuestos. Primero, por la ocultación de los actos, como ser, la extensión de un sótano a la propiedad del vecino. Segundo, cuando se tomó en ausencia del poseedor, como cuando si el poseedor no está el autor entra en la vivienda. Y tercero, cuando se toma con precauciones para que, quien tenga derecho a oponerse, no se entere, como ser la toma de una casa de noche. Por eso, concluye Salvat 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 desposesión³⁹. Así mismo, Molinari y Aguirre Obarrío concluyen afirmado que la clandestinidad consiste en tomar la cosa a espaldas de quien tiene derecho a oponerse a ello⁴⁰.

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 494.

³⁷ Ídem nota anterior.

³⁸ SOLER, ob. cit., p. 528.

³⁹ SALVAT, ob. cit., p. 81.

⁴⁰ MOLINARI, ob. cit., p. 527.

La referencia a la clandestinidad del Código Civil se debe a que es un elemento normativo del tipo penal⁴¹.

Se da principalmente en el caso de inmuebles temporariamente deshabitados y queda constituido independientemente de la resistencia del autor al abandono⁴².

3) *Objeto del delito*

Ahora bien, este acto llevado a cabo a través de alguno de esos medios comitivos, debe recaer sobre la posesión, tenencia o derecho real constituido sobre un inmueble, siendo esto el objeto *Y*, a su vez, presupuesto del delito.

La posesión —ya sea del propietario o del poseedor de buena fe— es la regulada por el artículo 2351 del Código Civil, y se da cuando "ninguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

La tenencia, según el artículo 2352 del mismo cuerpo normativo, se da cuando la persona "tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad".

Y el conjunto de derechos reales que la ley civil regula conforman las diferentes manifestaciones o desmembraciones del derecho de dominio que una persona tiene o puede tener sobre un bien.

En cuanto a los conceptos de posesión y tenencia, la jurisprudencia ha dicho: "El bien jurídico protegido por el artículo 181 del Código Penal comprende la posesión o la tenencia de la casa desocupada. Al estar protegida la posesión del inmueble, no se requiere que la víctima viva en la casa, bastando que, como parte del dominio tenga la posesión sin haberla perdido desde el momento que la adquirió; el acto de desposesión por un tercero, tipifica el delito de usurpación"⁴³.

"La tenencia que ostenta el constructor es susceptible del despojo del tipo de usurpación, pues goza a título autónomo de la cosa

⁴¹ En similares términos CREUS, *Los delitos contra la propiedad en la reforma de la ley 17.567*, p. 56.

⁴² Ver SOLER, ob. cit., p. 528.

⁴³ CNCCorr., sala I, 15-10-93, "C., B.", v. 43.105.

000795

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal



La usurpación

000796

6. Formas imperfectas de ejecución y participación.

En la doctrina algún autor (RODRÍGUEZ RAMOS y BAJO FERNÁNDEZ) estima posible hablar en ciertos casos de tentativa, cuando por ejemplo, el autor no logra que funcione el «puente» con el que pretendía poner en marcha el vehículo. No hay obstáculo en admitirlo.

En cuanto a la participación de terceros que no conduzcan el vehículo, hay que advertir que su corresponsabilidad no deriva simplemente de que hayan disfrutado del uso (p.e., dando un paseo con el sustractor), sino que exige que hayan intervenido en la sustracción misma. De no ser así, se tratará de una conducta de pequeño aprovechamiento atípica.

CAPITULO V

De la usurpación *

Bibliografía

FERNÁNDEZ ALBOR, «La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal español. Una predicción fallida», en *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pg. 395; GÓMEZ BENÍTEZ, «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio», *ADPCP*, 1980; HUERTA TOCILDO, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980; HUERTA TOCILDO, «Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código Penal de 1980», *CPC*, 1981, pg. 509; MUÑOZ CONDE, «La reforma de los delitos contra el patrimonio», *Documentación Jurídica*, Monográfico, 1983, pg. 667; QUINTERO OLIVARES, «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, III, 1979; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1988.

Comentario

1. La protección penal directa de los inmuebles.

Existe la extendida impresión de que el Código Penal, en el ámbito de los delitos patrimoniales, tutela prioritariamente a los bienes muebles. Esa idea es del todo incorrecta, pues lo único que sucede es que en muchos tipos de delito patrimonial el «objeto de la acción» es una cosa mueble (hurto, robo, modalidades de defraudación) o un derecho (propiedad intelectual o industrial, p.e.), siendo pocos tipos los que tienen como objeto de la acción física un inmueble. Uno de esos casos lo ofrece el delito de usurpación (otro serían, p.e., ciertas modalidades de daños). En el delito de usurpación, la acción del autor incide, en sus diferentes manifestaciones, sobre bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, o un supuesto de propiedad especial, cual es el de las aguas públicas (vid. HUERTA TOCILDO).

No significa esto que los bienes inmuebles, o mejor dicho, los derechos que sobre ellos inciden, especialmente el de propiedad, en cuanto parte del patrimonio

* Por Gonzalo QUINTERO OLIVARES.

de las personas físicas o jurídicas, no sean parte de la protección perseguida por otros tipos como, por ejemplo, la estafa de doble venta o el alzamiento de bienes cuando es un inmueble lo que garantiza el cumplimiento de las obligaciones y ese inmueble es objeto de venta simulada. Pero en esos ejemplos se realizan actos de disposición sobre el patrimonio propio con repercusión en el derecho patrimonial ajeno, mientras que los delitos de usurpación son acciones físicamente ejecutadas en o sobre inmuebles.

Los delitos de usurpación no dejan de ser delitos contra el patrimonio, y en eso se diferencian de otros delitos que también se ejecutan sobre inmuebles, como por ejemplo, el allanamiento de morada, con los que guardan notable similitud material, pero en los que no existe componente de daño patrimonial. Ciertamente que los tipos legales de usurpación no mencionan el elemento subjetivo de ánimo de lucro, pero el carácter de agresión patrimonial se desprende fácilmente de la mención a la utilidad económica obtenida, que a su vez se indica como provecho conseguido por el autor (lucro en sentido estricto) al tiempo que daño soportado por el propietario.

A diferencia de otros delitos patrimoniales, en éstos no se contempla que el autor incremente su propio patrimonio, por lo que se habla solamente de «utilidad obtenida», utilidad que en algún caso es difícil de evaluar (en la ocupación de un inmueble contra la voluntad de su dueño), lo que no significa que no exista, sino tan sólo que no es significativa su precisa medición, sino que lo relevante es la condición de ataque al patrimonio inmobiliario de otro, sin necesidad de que concurra menoscabo patrimonial.

2. La incidencia de la tutela registral y los límites del registro.

La sola lectura de estos preceptos pone de manifiesto que las reacciones penales son notablemente más benignas que las señaladas en otros delitos del Título. En los de usurpación sólo se disponen penas de multa, prescindiendo de las penas que se deriven del ejercicio de violencia o intimidación. La razón debe buscarse en un presupuesto teórico comprensible: que los bienes inmuebles pueden gozar de una permanente protección registral de la que carecen los bienes muebles y eso hace que la tutela penal descansase sobre el presupuesto de que no es posible un daño irreversible de pérdida dada la naturaleza del objeto y su situación jurídica. Ciertamente se puede oponer que ese razonamiento fracasa cuando el dato registral es incorrecto o inexistente, pero también es comprensible que el Derecho penal positivo no se construya en esta materia dando realidad o normalidad a la inoperancia eventual del registro inmobiliario.

Por otra parte, y prescindiendo de que la pena sea más o menos grave, la tutela registral (inscripción) no es presupuesto de la tutela penal, puesto que ésta se construye sobre el hecho esencial de la propiedad del bien, esté o no correctamente registrado, pues sostener otra cosa equivaldría a entender que en este delito el objeto de tutela es el deber de inscribir las fincas y los derechos reales que sobre ellas versan.

Es evidente pues que la preservación de la propiedad, como principio del que se parte, afecta al modo en que se describen las conductas típicas, que pasamos a comentar.

Artículo 245

1. *Al que con violencia o intimidación en las personas ocu-
pare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de
pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incu-
riere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho me-
ses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño
causado.*

2. *El que ocu-
pare, sin autorización debida, un inmueble, vi-
vienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere
en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena
de multa de tres a seis meses.*

Concordancias: art. 517 ACP

Comentario

Dos son las modalidades de usurpación que se contemplan en este precepto, de diferentes gravedades en lo punitivo: ocupación violenta de cosa inmueble o usurpación de derecho real inmobiliario y, en segundo lugar, la ocupación no violenta de inmuebles vacíos.

1. La usurpación violenta.

Como se acaba de indicar, puede tener como objeto físico a inmuebles o a derechos reales inmobiliarios. La característica determinante es el uso de la violencia en su doble forma de violencia física y violencia intimidatoria, cuyo significado es el mismo que el de la violencia en el delito de robo, a cuyo comentario nos remitimos. Pero esa violencia, en el delito de usurpación, tiene un carácter determinante, ya que su ausencia no se corresponde, en cuanto a efectos, con una relación como la que media entre robo y hurto, sino que puede, en muchos casos, determinar la atipicidad: por ejemplo, realizar acampada en un terreno particular, o pasar por un terreno ajeno, son conductas que, sin ser plenamente lícitas, no tienen carácter delictivo, sino que a lo sumo posibilitan el ejercicio de acciones civiles orientadas a restablecer la integridad o el pacífico disfrute de los derechos patrimoniales, que en el delito de usurpación se turban con el empleo de la violencia.

La mención separada a cosas inmuebles y derechos reales es un tanto superflua, pues todos los derechos reales se ejercitan sobre cosas inmuebles, y lo que se usurpa es el ejercicio del derecho, no la cosa. En cuanto al inmueble, hay que puntualizar algunas cosas:

a) bajo ese nombre el Código Civil engloba cosas que no son en sí mismas inmuebles, como las que lo son por pertenencia o función en o para un inmueble en sentido estricto y que, en cambio, pueden ser objeto de aprehensión y traslado y, por lo mismo, objeto de hurto o robo. Así sucede con las máquinas o instrumentos destinados a la explotación de una industria (art. 334.5.º CC), los frutos pendientes

(art. 334.2.º CC), las pinturas u objetos de ornamentación (art. 334.3.º CC), objetos todos que en lo penal son inmuebles, pues esa naturaleza no depende de su condición civil, sino de la aprehensibilidad y movilidad.

b) *aparentemente*, tal como al principio indicamos, los inmuebles son también objeto de otros delitos (allanamiento, entrada indebida en domicilio) o fundamento de cualificación (robo en casa habitada). Pero en esos delitos el inmueble no es más que el escenario de comisión de otros comportamientos injustos, aunque sea un escenario *determinante*. Pero el bien jurídico ofendido es diferente o más amplio que en la usurpación. Ciertamente, en ocasiones se puede producir una acumulación de ataques, cuando, por ejemplo, en el curso de una ocupación violenta de inmueble se produce, además, el apoderamiento de objetos o bienes que en ese inmueble se hallen. En tales casos, podrá haber *o un solo delito de robo* sin cualificaciones (un inmueble no es por sí mismo casa habitada), si faltaba toda intención de violentar derechos reales ajenos, *o un concurso de delitos (real)* entre el de usurpación y el de robo (ha habido violencia previa, coetánea o subsiguiente, y siempre, por supuesto, que no se trate de un robo en casa habitada), si en el curso de la usurpación el autor decide además el apoderamiento de una cosa mueble.

1.1. *El injusto en lo subjetivo y el sujeto/objeto de la violencia.*

La usurpación violenta es una conducta eminentemente dolosa directa, pues no es imaginable dolo eventual en esas manera de actuar. Otra cosa es que los responsables de esas violencias se crean asistidos por algún derecho (ninguno comprendería como normal el uso de violencia personal), o que puedan encontrarse en situación de estado de necesidad (p.e., quien se encuentra con niños o enfermos a su cargo y necesita guarecerse de una tempestad, a cuyo objeto entra en un inmueble venciendo la resistencia que le presenta un guarda). La eximente es admisible, y acaso tal vez le sea el error sobre la legitimación, aunque, empleando violencia, difícilmente será un error invencible.

No es preciso que la violencia se ejerza sobre el mismo dueño del inmueble, sino sólo que tenga relación con el acto de la ocupación perseguida (violencia previa) (mantenida (violencia durante la ocupación), aunque recaiga sobre otras personas).

1.2. *Ejecución.*

No parece imaginable la tentativa, pues el ejercicio de un derecho real se perturba o usurpa en un solo momento, sin que lo precedente a ese momento pueda tener relación ejecutiva con este delito. En cambio, por su propia naturaleza, se trata de un delito que normalmente será *permanente*. Eso se plasma en dos consecuencias: la prolongación del estado consumativo tanto tiempo como dure la usurpación y que la incorporación de otras personas a la misma deberá ser tratada como coejecución o complicidad.

1.3. *La utilidad reportada y los hurtos o robos concurrentes.*

El art. 245 CP indica al Juez que debe fijar la pena de multa imponible en atención a la utilidad obtenida y el daño causado. En cuanto a este último, no debe influir los efectos que puedan integrar otros delitos (robos, daños en cosas). En l

que concierne a la utilidad obtenida, es evidente que se refiere al provecho económico obtenido por el usurpador, que alcanza tanto a la ganancia conseguida como al ahorro logrado.

2. El problema de la ocupación de inmuebles vacíos: los límites del derecho a la vivienda.

El núm. 2 del art. 245 CP se dedica a la ocupación de inmuebles, edificios o viviendas ajenos sin autorización, pero sin que concurra violencia.

De la fórmula típica se deriva:

a) que existe ajeneidad, lo que excluye a los inmuebles totalmente abandonados.

b) que existe alguien con capacidad para autorizar, cuyo permiso no se tiene, que la ocupación se haga contra una prohibición expresa, sin perjuicio de que esa prohibición u orden de abandono puede no atenderse sin necesidad de recurrir a la violencia.

La autorización, cuya ausencia es elemento típico, puede dar lugar a los consabidos problemas de error sobre la existencia o alcance de la misma. Basta recordar que el error vencible, en este delito, participa a la vez de la condición de error sobre la prohibición (legitimidad) y sobre un elemento del tipo, lo cual conduce a que el error vencible dé lugar a la impunidad (cfr. art. 14 CP). A ello debe añadirse la posibilidad de que el autor crea que, por carecer de vivienda, está legitimado para ocupar la que encuentre vacía.

c) que no es preciso que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable.

En la letra b) de la enumeración precedente, hemos hecho mención al problema de la falsa creencia en la legitimidad de la ocupación, creencia que puede inspirarse en una particular interpretación del derecho social a la vivienda digna, reconocido por la Constitución (art. 47 CE). Al igual que sucede con los restantes derechos *sociales-constitucionales* no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos. Cuestión distinta, que «a priori» no se descarta, es el que los responsables se encuentren en situación de necesidad, lo cual afectaría a la admisión jurídica de su conducta, pero no al reconocimiento de un título válido para la ocupación.

3. Inmuebles y casas habitadas.

La aplicación de las tipicidades previstas en el presente artículo presupone que el objeto de la ocupación no es una casa habitada, en el sentido dado a esta denominación (cfr. comentario al art. 241 CP). Por lo tanto, y de acuerdo con lo allí dicho, pueden ser objeto de las dos modalidades del presente delito las viviendas de utilización sólo temporal, esto es, aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, están vacías.

Artículo 246

El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de cincuenta mil pesetas.

Concordancias: art. 518 ACP

Comentario

1. El sentido de la alteración de límites.

El art. 246 está también dedicado a usurpaciones no violentas. Ello hace difícil la comprensión de la intervención del Derecho penal en esta clase de situaciones, mejor resolubles con los medios que ofrece el Derecho privado o el Derecho administrativo, pues lo único que explicaría la actuación punitiva sería el recurso a la violencia.

La conducta consiste en la alteración de los lindes, lo cual presupone que el autor sabe cuáles son los límites jurídicamente reconocidos. Ello evoca de nuevo la escasa fiabilidad que a veces tienen los datos registrales, muchas veces trazados sobre vagas indicaciones. Lindes, por otra parte, no son las vallas, sino simplemente los hitos o mojones que sirven para delimitar heredades o términos municipales. La delimitación puede también ser sabida por tradición, y la conducta, en tal caso, no podría ser de «alteración de lindes», sino de fijación de unos lindes con desprecio de esa tradición. Pero esta segunda conducta no podría ser incluida en el tipo más que a precio de una interpretación analógica o extensiva inadmisibles, por lo que su realización sería, *en lo estrictamente penal*, irrelevante.

2. La verosimilitud de la alteración de términos municipales.

La inclusión de los límites de «pueblos», concepto por el que no puede entenderse más que los núcleos de población, no deja de ser sorprendente. Resulta un tanto difícil admitir que la acción de un particular —pues si se tratara de acciones que enfrentaran a dos municipios el problema sería de otra especie— pueda alterar un término municipal. Pero es evidente que la voluntad legal ha sido abarcar tanto las propiedades privadas como cualquier suerte de dominio público. La conducta, por lo tanto, puede ser poco frecuente o imaginable, pero no imposible, puesto que en todo caso los límites de los términos municipales, si no están fijados por datos geográficos, sino marcados con mojones o señales parecidas, pueden ser trasladados o alterados. Cuestión diferente es el contenido de *ataque patrimonial* que corresponde a semejante acción, que habrá de buscarlo en la repercusión indirecta de la misma respecto de los derechos de propiedad de otro.

3. Utilidad y otros delitos.

La fijación de la pena se hace también de acuerdo con la utilidad que el hecho haya reportado para sus responsables, utilidad que no impide la posibilidad de un concurso de delitos entre éste y el de hurto si, una vez alterado el linde, el autor extrae o vende frutos o tierras de la porción de terreno ilícitamente delimitada, amén de que esos ataques a la propiedad pueden cometerse sin necesidad de que se alteren lindes o marcas. Además, la utilidad habrá de ser necesariamente superior a cincuenta mil pesetas para que esta conducta constituya delito, puesto que cuando tal utilidad es inferior a esa cantidad o no fuera estimable, nos encontraremos ante la falta prevista en el art. 624 CP.

Artículo 247

El que, sin hallarse autorizado, distrajere el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas.

Concordancias: art. 518 ACP

Comentario

1. La tutela penal de los recursos acuíferos.

Quizá por su especial significado –también visible en el Código Civil– o acaso por la reciente experiencia de graves problemas de sequía, el CP de 1995 ha decidido separar la distracción de aguas, que compartía tipo en el art. 518 ACP con la alteración de lindes, dotándola de un precepto propio e independiente.

El objeto son las aguas públicas o de uso privativo, que no es lo mismo que aguas privadas, expresión usada por el Código anterior, y que encierra una superada concepción de la propiedad de las aguas. En el caso del desvío o represamiento de aguas, los perjuicios pueden ser mayores y más evaluables que en las otras modalidades de usurpación.

2. Diferencia de otras infracciones más graves.

El presente delito cede su aplicabilidad en casos de delitos más graves, que también pueden cometerse, por ejemplo, de daños contra el abastecimiento de aguas a poblaciones (art. 560.3.º CP), o de estragos por inundación (art. 346 CP). El delito que comentamos tiene diferente sentido (el meramente patrimonial), y carece del propósito destructor o de desorden público que tienen aquellos otros.

3. Caudales no incluidos en la figura.

Si se admite, y no parece fácil obviarlo, que el concepto de «curso de aguas» es normativo, habrá que acudir a los arts. 407 y 408 CC, teniendo en cuenta que esos

preceptos enumeran las aguas que respectivamente se consideran de dominio público o privado (con mayor precisión lo hace la Ley de Aguas). El problema estriba en que no todas ellas son en realidad «cursos» —por ejemplo, no lo son las aguas pluviales recogidas en embalses—, por lo que el tipo penal no sería aplicable, salvo que se siguiera una interpretación amplia y capaz de acoger al curso y al destino de las aguas.

CAPITULO VI

De las defraudaciones *

Comentario

El capítulo VI de este Título, dedicado a las defraudaciones, se ciñe a la regulación de los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido eléctrico (y análogas). Por tanto, la primera observación digna de mención debe ser la exclusión del ámbito sistemático de las defraudaciones de los siguientes delitos: insolencias punibles (quizás porque la manipulación se produce sobre el propio patrimonio y no sobre el ajeno), y los relativos a la propiedad intelectual e industrial (regulados en el capítulo XI, más cercanos, quizás, a lo económico que a lo estrictamente patrimonial).

Las modificaciones en los delitos que nos ocupan son, ciertamente, escasas. Ello condicionará, como es lógico en una obra de estas características, el desarrollo del comentario de los diversos preceptos.

Mantiene el Código Penal de 1995 idéntico sistema de incriminación del *stellionato* o crimen *stellionato*. En efecto, permanece inalterado el sistema introducido por la reforma parcial y urgente del Código Penal de 25 junio 1983. Se parte de un concepto general de *estafa*, sometido a la presencia ineludible de una serie de elementos esenciales, y, con posterioridad, se recogen una serie de circunstancias específicas de agravación, amén de otras estafas particulares que, no se sabe muy bien con qué argumentos, se sigue pensando que merecen tratamiento autónomo. Si bien es cierto, no obstante y como tendremos ocasión de analizar, que se producen variaciones en los marcos de pena previstos y en las concretas modalidades agravadas subsistentes, no cabe duda que la principal novedad reside en el *tratamiento penal de determinadas manipulaciones informáticas como si de verdaderas estafas se tratara*.

La *apropiación indebida* se sigue entendiendo como un ilícito penal protector del derecho de propiedad (o del derecho de crédito, o al cumplimiento de la obligación, si de cosas fungibles se tratare). En este sentido, su configuración es prácticamente idéntica a la del Código derogado, renunciando el legislador a la creación de un tipo general de administración desleal del patrimonio ajeno. Sí aparece como novedad, sin embargo, la incriminación de la apropiación de dinero u otra cosa mueble recibida indebidamente, esto es, por error del transmitente (art. 254). Deberá destacarse además, la sensible reducción del ámbito de aplicación de este delito. Pues, por una parte, se deroga el art. 6 de la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre percibo de cantidades:

* Por José Manuel VALLE MUÑIZ.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal



**La violencia. Definición. Concepto y contenido.
“Vis” absoluta y “vis” compulsiva.
Violencia y consumación.**

000806

obtener los desalojos, siempre, claro está, en situaciones de demanda contra intrusos.

De ello surge que al modificar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha pretendido agilizar la restitución de inmuebles ocupados clandestinamente.

Continuando con la temática de nuestro legislador, cabe señalar que no se ha preocupado por paliar la angustiante situación de carencia de vivienda. No se ha sumergido en las profundidades del hecho generador de la conducta disvaliosa. Ha resuelto el problema pensando que con la mágica fórmula del agregado de la *clandestinidad* como medio comisivo, el número de usurpaciones no seguiría en aumento y que con la reforma al procedimiento civil, rápidamente se producirá la restitución de los inmuebles ocupados.

Regresando a los medios comisivos, resulta necesario advertir que ellos deben ser empleados para consumir el despojo y no para mantenerse en la posesión o tenencia del inmueble, ya lograda antes por otros medios.

La acertada apreciación de Fontán Balestra³¹ despeja toda duda posible: "No distinguir con claridad esos aspectos conduce a atribuir tipicidad a actos que no la tienen, y a transformar a la usurpación en un delito permanente".

c) *La violencia. Definición. Concepto y contenido. "Vis" absoluta y "vis" compulsiva. Violencia y consumación.* — Al respecto es preciso determinar que la norma alude tanto a la violencia física como a la llamada violencia moral.

Casi la totalidad de la doctrina se muestra con teste en afirmar este criterio³².

La violencia a que alude el artículo —física o moral— puede recaer sobre las personas o sobre el bien.

La violencia ejercida contra las personas puede consistir en la *vis* absoluta, es decir, aquélla totalmente independiente de la voluntad de la víctima; o en la *vis* compulsiva, o sea la presente e inmediata amenaza del empleo de la violencia.

También se encuentran incorporados al concepto, el empleo de medios hipnóticos y de narcóticos, que son abarcados por el art. 78 del Cód. Penal.

Esta violencia puede ser empleada para sacar al que se hallare en posesión, cuasiposesión o tenencia de la cosa; para impedir la entrada al lugar que ocupaba o para reducir o limitar dicha ocupación.

La violencia se manifiesta por el ataque a la libertad de disponer y se traduce en una oposición en

³¹ González Koura, Octavio, *Derecho...*, cit., t. III, nro. 209; Soler, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. IV, p. 123; Nuñez, Ricardo, *Derecho...*, cit., t. V, p. 488; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 236; Breglia Arias, Omar, y Gauna, Omar E., *Código...*, cit., p. 660.

³² Fontán Balestra, Carlos, *Tratado...*, cit., t. VI, p. 236.

la que el autor intenta despojar de la posesión, tenencia o cuasiposesión, con la oposición de la víctima.

En la línea trazada, los actos violentos ejecutados con posterioridad a la consumación no son un medio usado para despojar. Sólo cuando la violencia sea utilizada para ello, nos encontraremos en presencia de un medio comisivo que guarda relación de causa a efecto con la exclusión o modificación de la posesión, cuasiposesión o tenencia.

Ya lo dijimos anteriormente: la usurpación es un delito instantáneo y por ello todos los actos posteriores al instante de materializar la pérdida de la posesión, cuasiposesión o tenencia de la víctima, resultarán atípicos.

1. *Oposición de fuerza.* El "candado". *Jurisprudencia.* Ingresamos ahora en el terreno de la violencia ejercida sobre la cosa.

De modo inicial debemos aclarar que esta violencia se configura con la fuerza aplicada a las cosas, tendiente a vencer las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble.

Ahora bien, la colocación de un candado, el cambio de una cerradura, o de la combinación de ésta para impedir que la víctima continúe en la posesión o tenencia del inmueble, dan cuenta, en principio, de este medio comisivo.

Es menester explicar, con el siguiente razonamiento, lo que se denomina *oposición de fuerza*.

Hemos visto que como este delito puede consistir en despojar de la posesión o tenencia, impi-

diendo que se continúe con la ocupación del lugar, la víctima debe recurrir a la violencia para poder continuar seguir ejerciendo su derecho.

La colocación de un candado, el cambio de una cerradura o la alteración de su combinación, no configuran por sí mismos actos violentos de despojo, ya que son obstáculos físicos que el primitivo ocupante deberá vencer para volver a la situación anterior.

En consecuencia, la violencia es empleada por la víctima despojada, siendo posterior a la consumación.

Ésta no es la violencia a la que se refiere la norma penal.

En efecto, de ser así se estaría consumando el delito con la violencia ejercida por la víctima, lo cual no resiste el menor análisis.

La violencia típica consiste en el hecho de colocar la oposición de fuerza a la normal conducta de la víctima para impedir que regrese a su anterior situación³³.

La Cámara Penal de La Plata³⁴, y la Cámara Criminal de Tucumán³⁵, han seguido dicho lineamiento. En contra, declarando que "...la instalación del nuevo candado es casi inimaginable con violencia..." se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires³⁶.

³³ JA, 1954-III-482.

³⁴ JA, 1970-342, n° 69.

³⁵ LL, 142-564.

³⁶ SCBA, causa F.41.486, "L.J.O. s/usurpación", inédito.

2. *Antelisis de la jurisprudencia en la Capital Federal.* En la Capital Federal la situación ha generado conflictos diversos.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, ha dicho: "El hecho de cambiar la cerradura o un candado implica oponer una amenaza latente de uso de fuerza física ante el supuesto pretensor que quiera entrar de nuevo al uso o goce efectivo de la posesión o tenencia que en realidad dispuso antes de ser excluido, por lo que ante esas circunstancias la usurpación queda configurada"³⁷.

Por su parte, la Sala III, ha entendido que: "Configura delito de usurpación la conducta del procesado, al impedir al querellante —mediante la violencia representada por el cambio de la cerradura— el ingreso al departamento, de cuya posesión gozaba como propietario, aun con posterioridad a la suscripción del boleto de compraventa de cuyas cláusulas resulta que era intención de las partes conferir la posesión a los compradores al momento de celebrarse la escritura traslativa de dominio"³⁸.

En oportunidad de pronunciarse la Sala V sentó que: "Comete el delito de usurpación previsto en el art. 181 del Cód. Pen., quien cambia la cerradura

de la puerta del inmueble e impide el acceso a quien es co-tenedor del mismo, porque es la exclusión violenta la que configura el delito..."³⁹

Pero este criterio no resulta uniforme; ejemplo de ello es lo resuelto por la Sala VI, en la causa "Billordo, Enrique", donde se dijo: "Para que se configure delito de usurpación la fuerza a ser utilizada debe ser extraordinaria"⁴⁰.

Avanzando en el criterio sentó: "La realización de trabajos de cerrajería para violentar el acceso, a sabiendas de la ajeneidad de la propiedad, no es la violencia exigida por el art. 181 del Cód. Pen., ya que si bien no es la usual, no implica ninguna fuerza ajena a la que hubiera usado el propietario si pierde la llave y, como sería lógico suponer, no quiere causar ningún daño".

La Cámara Criminal de Corrientes⁴¹ ha dicho que "...comete usurpación, quien con violencia moral, invocando ante la doméstica falsa autorización policial, y violencia física ejercida sobre las cosas, procede al retiro de los muebles y clausura el acceso a la habitación en cuya tenencia pacífica se hallaba el domiciliante".

3. *Otros casos: cerco. Arma de fuego. Toma de universidades. Plan de lucha. Diversas modi-*

³⁷ CNApel. Crim. y Correc., Sala V, 26/12/79, "Abarracín, Jorge", inédito.

³⁸ CNApel. Crim. y Correc., Sala VI, 17/5/88, "Billordo, Enrique", LL, 1988-E-279.

⁴¹ JA, 11-797.

funciones legales (ley 21.338). Análisis crítico. Jurisprudencia. Una situación singular se halla frente a la conducta de una persona que cerca un lote ajeno.

Aquí se debe determinar el momento en que se produce el despojo.

Si el cercamiento se produjo luego de ocupado el inmueble, entendemos que no será posible atribuir la existencia de violencia como medio comisivo, toda vez que el despojo se produjo con anterioridad a la construcción del cerco (calificado como medio violento).

Así lo han entendido la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires⁴² y la Cámara Criminal y Correccional de San Isidro⁴³.

La violencia ejercida contra la persona puede ser de diversos medios, inclusive con el uso de arma de fuego⁴⁴.

En efecto, la violencia física es liberación de energía a través de actos que pueden ser golpes, ataduras, en fin, medios físicos violentos para con-sumar el despojo.

Nos referiremos ahora a las que creemos mal calificadas usurpaciones violentas de facultades por parte de los alumnos concurrentes y a las ocupaciones de establecimientos comerciales o industriales

⁴² SCBA, causa P.41.486, "L.J.O. s/usurpación", inédito.

⁴³ LL, B. As., 1994, Bol. 5, p. 621.

⁴⁴ CApel. Crim. y Correcc. Mar del Plata, Sala II, causa 23.189,

LS/87 "Mastierchio, Carlos" registro 162, inédito.

por parte de los empleados en plan de lucha, ya que ambos casos fueron encuadrados dentro de la normativa contenida por el art. 181, inc. 1º, con medio comisivo violento.

En estos hechos siempre se aplicó un criterio eminentemente represor, el que tal vez pueda ser entendido por medio de una revisión histórica del reciente y conflictivo espectro sociopolítico que le tocó vivir a la República Argentina.

La situación de serios enfrentamientos que se desarrollaban en la Nación hacia fines de los años 60 y principios de los 70, nos ubica prioritariamente en el tema.

¿Son usurpadores violentos quienes se hallan dentro de un establecimiento educacional que se encuentra tomado?

Las tomas respondían, en la mayoría de los casos, a un medio de protesta; en otros, a uno de agitación y lucha, dirigidas por grupúsculos que ocultaban en la masiva concurrencia del alumnado, conseguían la anarquización de los claustros; estos hechos se producían con una habitualidad alarmante.

No por casualidad, el artículo en cuestión fue materia de incorporación de agravantes, tales como: cuando el despojo o turbación tuviere lugar en desmedro de alguna administración pública o de sus organismos descentralizados o autárquicos, empresas o sociedades del Estado o de propiedad del Estado, aunque fueren de capital mixto o con participación estatal o cualquier otra forma económica del organización del Estado; o cuando el hecho se co-

mietiere en detrimento de una empresa o estatal, locamiento que tenga a su cargo un servicio público esencial, como ser teléfonos, el transporte público o de pasajeros, etc.; o en perjuicio de una empresa o establecimiento comercial, industrial o educativo o de asistencia hospitalaria; o cuando el hecho fuere cometido por más de diez personas (esto último causó un interrogante en Manigot, quien afirmó no ver cuál era la razón por la que se escogió este número, cuando la ley siempre se refirió a grupos menores); o si la usurpación tuviese motivación o fines subversivos⁴⁵.

En fin, las agravantes respondieron a un momento histórico y no hacen más que confirmar el espíritu represor que alentó al *legislador* de aquellas épocas.

Puede resultar útil al lector consultar al respecto un trabajo de Fontán Balestra y Millán⁴⁶ donde se analiza en profundidad este tema puntual.

Ubicados en el cuadro histórico, es necesario contestarse una pregunta: ¿Se producía el despojo?

Dijimos que la usurpación es un delito instantáneo y que se consuma cuando se produce el despojo, y ello es así cuando se priva de la tenencia, posesión o cuasiposesión de algo que se tiene, posee o cuasiposee, lo que no ocurriría con la ocupación de las facultades.

⁴⁵ Manigot, Marcelo, *Código Penal*, anotado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 4ª ed., t. I, n. 1014.

⁴⁶ Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal - Ley 17.567*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

En la mayoría de los casos, se cerraban las puertas de ingreso a la facultad, impidiéndose que ingresaran o egresaran de ella personas, y ya en su interior se organizaba la *resistencia*.

Es más, los actos de violencia se producían con posterioridad a la *toma* de las facultades y para repeler la acción de las fuerzas de seguridad lo cual no constituye un medio comisivo, pues la ocupación ya se había producido y no justamente por un acto violento.

Pero si este argumento no fuera suficiente, va otra pregunta: ¿Existía intención de despojar en los alumnos?

Luego veremos que la acción típica de este delito debe ser dolosa, es decir que la figura se materializa con la intención de quitar la tenencia, posesión o cuasiposesión del bien y entendemos que éste no era el propósito del alumnado, sino que, como ya lo sostuvimos, la *toma* era más un simbolismo de protesta y repudio que un acto doloso despojanter.

Sin duda alguna, ahora podemos afirmar que no se trataba de usurpación.

No opinaron de idéntica forma, entre otros, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza⁴⁷ y la Cámara Federal de Córdoba⁴⁸.

El lector deberá interpretar que sólo se analiza el delito de usurpación y no la posible concurrencia con otras infracciones de derecho criminal,

⁴⁷ JA, 14/4/72, n.º 2847.

⁴⁸ LL, 142-396.

tales como la privación ilegal de la libertad, el delito de daño, etcétera.

De idéntica forma opinamos respecto de la toma de establecimientos comerciales o industriales; con mayor claridad en éstos, cuando se advierte que el móvil no es el despojo del bien sino la protesta o el reclamo de lo que los trabajadores creen sus legítimos derechos laborales.

Este criterio fue adoptado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata⁴⁹ donde se expresó: "La mera permanencia de aquéllos (los restantes empleados no procesados) en el lugar (planta pesquera) a raíz de un conflicto laboral, en actitud pasiva y no orientada al despojo, no permite tener por debidamente justificada la perpetración de usurpación de propiedad"⁵⁰, destacando que se arribó a fallo condenatorio contra otros empleados que igualmente ocupaban la fábrica pero impidieron el ingreso y egreso de mercaaderías de la misma⁵¹.

Asimismo fueron penalizados hechos similares, citando lo resuelto por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Fe-

deral⁵² y por el Superior Tribunal de Entre Ríos el 14 de febrero de 1969⁵³.

d) *La amenaza. Definición. Concepto y contenido. Relación con el despojo. Artículos 181, inciso 1º y 149 "bis", del Código Penal. Amenazas agravadas. Simple negativa a permitir el ingreso. Fallo plenario.* — La amenaza es la promesa de un mal futuro cuyo cumplimiento depende del poder del que la hace o de terceros con cuya acción dice contar.

La afirmación falsa vale también como amenaza, cuando como verdadera podía ser tomada como un mal para cuya producción el autor dice tener influencia.

Este anuncio del mal futuro se halla destinado a doblegar la voluntad de la víctima. No cualquier amenaza puede llenar el tipo legal. El uso de ellas debe ser injusto y grave. La amenaza es el anuncio de infligir un mal, pero no cualquier mal resulta apto para dar por cumplido el medio comisivo.

Concretamente la amenaza debe ser medida en sí misma y puesta en relación abstracta con un hombre común.

Ovviamente que si Pedro se presenta en la finca de Juan y le dice "desaloja el bien y retira tus

⁴⁹ "Scarpula Whisky, Carlos s/denuncia", causa n° 30.423, inédito.

⁵⁰ Rojas Pellarano, Héctor D., *El delito...*, cit., cap. IV, C, p. 105 y cap. XIII, p. 351 y siguientes.

⁵¹ *Apel. Crim. y Correc. Mar del Plata, Salas II y III, causa n° 36.489, registro 1994/771, inédito.*

⁵² *LL, 134-535.*

⁵³ *LL, XXX-1881, n° 3 y 4.*

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal

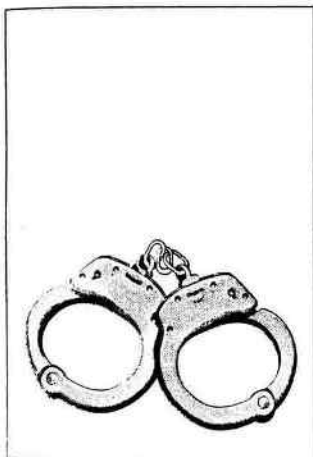


La Usurpación: delito instantáneo o permanente

000814

La usurpación: delito instantáneo o permanente

JULIO F. MAZUELOS COELLO



La disquisición que denota esta ejecutoria, es la de establecer si el delito de usurpación es de naturaleza instantánea o permanente. El autor, después de un interesante análisis, comparte lo resuelto por la Sala Suprema, al estar convencido de que el delito de usurpación es uno de carácter permanente. Sin embargo, advierte el análisis limitado de la Corte sobre el tema en debate, supliendo tal falencia en el desarrollo de su glosario.

1. TEXTO DEL FALLO COMENTADO.

Lima, veinticinco de setiembre de mil novecientos noventidós.-

VISTOS; y CONSIDERANDO: que, conoce del presente proceso esta Suprema Sala Penal por haberse declarado fundada la queja por presuntas irregularidades; que, el delito de usurpación

materia de la sentencia condenatoria, confirmada a fojas seiscientos por la Sala Penal Superior, según propia versión de los agraviados se produjo en el mes de mayo de mil novecientos ochentitrés; que, ante la excepción de prescripción de la acción penal promovido por la procesada Margarita Guillermina Farfán de Sequeiros, el Fiscal Superior advirtió

en su dictamen de fojas quinientos ochenticinco sobre la procedencia de la misma, sin embargo, la Sala al absolver el grado consideró que teniendo el delito la condición de "permanente", la prescripción solamente podría operar desde la fecha del cese de la actividad perturbatoria; que, para establecer si el mismo es instantáneo o permanente, es menester recurrir en principio a la descripción que hace la ley penal tanto en el Código Penal abrogado como en el vigente, observándose que su característica esencial es el despojo de la posesión o tenencia de un bien inmueble; que, siendo así, es fácil colegir que el momento consumativo se perfecciona en el acto de despojo y la ulterior posesión ilícita constituye efecto del mismo; que, tal aseveración se encuentra sustentada en las fuentes doctrinales del Derecho Penal; que, es así como sostienen la teoría del delito de usurpación como instantáneo tratadistas como Cuello Calón, Maggiere y Soler; que, siendo así, la resolución dictada por la Sala Penal Superior ha efectuado equivocada apreciación al calificar el delito como permanente, pues tal calidad es propia de aquellos ilícitos que luego de su consumación continúa la violación del derecho prolongándose en el tiempo, como ocurre en los delitos de secuestro y rapto; que por otro lado, por auto de fojas veintinueve se aperturó instrucción contra Leonidas Sequeiros Aguirre, Damiana Hermilia Farfán de Durand, Margarita Guillermina Farfán de Sequeiros y José Sequeiros Farfán, entre otros, por el delito de lesiones en agravio de Jesús Ferdinand Farfán y Washington Farfán Paúcar, tipificado en el artículo ciento

sesentiséis del Código Penal abrogado, que sanciona el hecho con pena de prisión no mayor de dos años; que, conforme a lo establecido por el artículo ochenta del Código Penal vigente la acción penal se extingue por prescripción cuando transcurre un tiempo igual al máximo fijado por la ley para el delito, al que se adicionará la mitad por haberse interrumpido dicho término, a tenor de lo dispuesto por el último párrafo del artículo ochentitres del acotado; que, de lo glosado se infiere que, habiéndose producido la usurpación y las lesiones en el mes de mayo de mil novecientos ochenticinco, a la fecha ha transcurrido con exceso el término requerido por la ley para que la acción penal se extinga por prescripción; por lo expuesto, esta Suprema Sala haciendo uso de la facultad de casación de la que está investida; **DECLARA NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos, su fecha veintiséis de febrero del año en curso, en el extremo que revocando la apelada de fojas quinientos sesentiséis, su fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventiuno, **DECLARA** extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Margarita Guillermina Farfán de Sequeiros, Leonidas Sequeiros Aguirre, Damiana Hermilia Farfán Paúcar y José Trinidad Sequeiros Farfán, por los delitos de daños, robo y contra la libertad individual, en agravio de Matilde Pari de Farfán, con lo demás que al respecto contiene; **DECLARARON HABER NULIDAD** en la propia resolución en el extremo que confirmando la apelada condena a Margarita Guillermina Farfán de Sequeiros como autora de delito de usurpación en

agravio de Matilde Pari de Farfán a un año de pena privativa de libertad en forma condicional y en la parte que reserva el procedimiento respecto al delito de lesiones imputadas a Leonidas Sequeiros Aguirre y José Trinidad Sequeiros Farfán en agravio de Jesús Ferdinand Farfán Borda; reformando el de vista y revocando el apelado; DECLARARON FUNDADA la excepción de prescripción de la acción penal deducida por Margarita Guillermina Farfán de Sequeiros en la instrucción que se le sigue por el delito de usurpación en agravio de Matilde Pari de Farfán, asimismo, de oficio DECLARARON FUNDADA la excepción de prescripción de la acción penal incoada contra Leonidas Sequeiros Aguirre y José Trinidad Sequeiros Farfán por el delito de lesiones en agravio de Jesús Ferdinand Farfán Borda, así como la incoada contra los referidos Leonidas Sequeiros Aguirre y José Trinidad Sequeiros Farfán, además de Damiana Hermilia Farfán Paúcar por el delito de usurpación en agravio de Matilde Borda Pari de Farfán; MANDARON archivar definitivamente la instrucción; y, de conformidad con el decreto ley veinte mil quinientos setentinueve: DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron.-

Señores: PANTOJA RODOLFO.- IBERICO MAS.- MONTES DE OCA BEGAZO.- HERMOZA MOYA.- QUIROS AMAYO.

Se publicó conforme a ley
BERNARDO DEL AGUILA PAZ, Secretario General de la Corte Suprema.

2. DELIMITACION DEL PROBLEMA.

En cuanto a la clasificación de los delitos en atención a su forma de consumación, tradicionalmente la doctrina los ha clasificado en instantáneos y permanentes, distinción que opera únicamente respecto de los llamados delitos de resultado⁽¹⁾.

Los delitos instantáneos se caracterizan por ser de forma inmediata la realización total del delito, Ej. el delito de homicidio del Art. 106° C.P.; los delitos permanentes, por el contrario, por prolongarse en el tiempo el momento consumativo, Ej. el delito de secuestro del Art. 152° C.P.; en este último se mantiene en el tiempo la situación antijurídica creada por el sujeto, lo cual permite sostener la realización permanente del injusto.

La distinción entre delitos instantáneos y delitos permanentes tiene sustancial importancia para la teoría del injusto, principalmente respecto de la participación, concurso de delitos, actualidad de las causas de justificación y los plazos de prescripción⁽²⁾. De la trascen-

(1) En cuanto a la modalidad de la acción se distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, en estos últimos el tipo legal requiere que la acción vaya acompañada de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta (Ej. el homicidio del Art. 106° C.P.), mientras en los primeros basta llevar a cabo un determinado comportamiento sin una modificación del mundo exterior separable del mismo (Ej. conducir en estado de ebriedad o de drogadicción del Art. 274° del C.P.).

(2) Cfr. BUSTOS RAMIREZ, J. 'Manual de Derecho Penal', Parte General. 3ra. Ed. Ariel, Barcelona. 1989. p.164.

dencia de dicha distinción a efectos del cómputo de los plazos de prescripción para el delito de usurpación, se ha ocupado la sentencia que es motivo de análisis y comentario en el presente ensayo.

La discusión se centra sobre la interrogante si el delito de usurpación es un delito instantáneo o permanente, la sentencia comentada considera que se trata de un delito instantáneo, conclusión que se obtiene al advertir la propia descripción del tipo legal del delito de usurpación y al definir que la posesión ilícita constituye efecto del delito. En cuanto a la descripción típica, el Supremo Tribunal estima que la característica esencial del delito de usurpación, tanto en el Código Penal vigente como en el abrogado⁽³⁾, es el despojo de la posesión o tenencia de un inmueble, de lo cual infiere que el momento consumativo se perfecciona con el acto de despojo. Ahora bien, de dicha apreciación el Supremo Tribunal concluye que la ulterior posesión ilícita del inmueble constituye efecto del delito de usurpación, lo cual descarta toda posibilidad de apreciar el mantenimiento en el tiempo de la situación jurídica creada por el despojo como momento consumativo del delito de usurpación.

Se advierte aquí, entonces, que a efectos de apreciar el plazo de prescripción de la acción penal, el delito de usurpación ha de ser considerado como delito instantáneo, teniéndose como momento consumativo el acto de despojo de la posesión o tenencia.

Precisa, igualmente, la sentencia que el carácter permanente de un delito se advierte en tipos legales como el de secuestro y rapto, en los que luego de la consumación continúa la violación del derecho prolongándose en el tiempo. De esta afirmación podemos inferir que el Supremo Tribunal concibe el delito permanente tomando como punto de partida la prolongación en el tiempo de la lesión al derecho después de la consumación. Ello, de por sí, es contradictorio con la valoración que hace en el mismo fallo respecto del delito de usurpación, pues si para el Supremo Tribunal la característica del delito permanente es la continuación de la violación de un derecho, esto es perfectamente aplicable al delito de usurpación, toda vez que mientras se mantiene la situación de despojo se está afectando el derecho a la posesión, luego, desde la perspectiva del propio análisis que efectúa el Supremo Tribunal, cabría apreciar también un delito permanente en la usurpación, mientras se mantiene en el tiempo la afectación de dicho derecho.

En síntesis, para el Supremo Tribunal el delito de usurpación es un delito instantáneo, toda vez que del propio verbo rector se hace alusión a un sólo momento: el despojo, siendo la situación de desposesión un efecto de dicho acto. Esta conceptualización tiene repercusión directa en la sentencia sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, en opinión del Supremo Tribunal es de aplicación lo previsto en

(3) C.P. de 1924, Art. 257° Inc.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".

el Art. 82º Inc. 2 del Código Penal.

Veamos a continuación la validez de este razonamiento frente a los avances de la dogmática contemporánea.

3. ANALISIS.

El presente análisis está enfocado hacia los dos supuestos que sirven de apoyo al Supremo Tribunal para afirmar la naturaleza de delito instantáneo de la usurpación.

3.1. Descripción del tipo legal del Art. 202 Inc. 2 C.P.

La descripción del tipo legal del delito de usurpación previsto en el Art. 202º Inc. 2 C.P. hace referencia al despojo, total o parcial, de la posesión⁽⁴⁾ o tenencia⁽⁵⁾ de un inmueble⁽⁶⁾ o del ejercicio de un derecho real⁽⁷⁾, mediante violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

La idea de despojo es entendida por nuestra doctrina desde dos perspectivas.

Una pone el acento en la idea de desposesión⁽⁸⁾ y entiende por despojo todo arrebato a una persona de la posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real; otro sector vincula el concepto al disfrute de un derecho, luego despojo significa la supresión o privación del goce al titular de un bien inmueble⁽⁹⁾. Desde ambas conceptualizaciones, la posesión ilícita resulta ser el producto del despojo. De ello, podemos inferir que la realización del despojo genera una situación de afectación del derecho de posesión o del ejercicio de un derecho real sobre un inmueble que se mantiene en el tiempo.

Ahora bien, la creación de una situación de afectación de la posesión que se mantiene en el tiempo ha motivado opiniones divididas en el seno de la doctrina. Un sector sostiene que la creación de una situación de lesión a la posesión que se mantiene en el tiempo, permite afirmar el carácter de delito permanente

(4) Conforme al Art. 896º del C.C., la posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

(5) En cuanto al vocablo tenencia, nuestro ordenamiento civil no contempla una definición expresa; sin embargo, entiendo con PEÑA que la tenencia viene a ser la ocupación de hecho sobre el inmueble sin mediar forma alguna, aunque el tenedor esté reconociendo la propiedad en otro. Cfr. PEÑA, R. "Tratado de Derecho Penal". Parte Especial. T. II. Ediciones Jurídicas. Lima. 1993. p.336.

(6) Para el concepto de bien inmueble debemos remitirnos al Art. 885º del C.C.

(7) El concepto de derecho real debe ser expresado en sentido civilista, sin que exista restricción alguna para apreciar el delito de usurpación. Los derechos reales son: usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca. Únicamente deberá excluirse al derecho real de propiedad inmobiliaria que más bien se protege contra la ocupación del bien inmueble sobre el que recae. En este sentido, BAJO FERNANDEZ, M. "Manual de Derecho Penal". Parte Especial. (Delitos Patrimoniales y Económicos). Ed. Ceura. Madrid, 1987. p.121.

(8) En este sentido, BRAMONT-ARIAS, L.A. "Manual de Derecho Penal". Parte Especial. Ed. San Marcos. Lima. 1994. p.283. BRAMONT-ARIAS en la definición de "despojo" pone el acento en la idea de desposesión, lo cual implica abarcar no sólo el arrebato sino también la situación nueva creada por éste; de ahí que el autor, siendo consecuente con su definición, sostenga que la usurpación es un delito permanente.

(9) Cfr. PEÑA, R. "Tratado de Derecho Penal". Parte Especial. II. ob. cit. p.335. Sobre la base de que la supresión o privación de un derecho sobre un inmueble se mantiene en el tiempo, este autor concluye a la usurpación como delito permanente.

de la usurpación⁽¹⁰⁾; mientras otro grupo de autores considera que se trata de un delito instantáneo, ya que el estado de desposesión creado por la realización del delito no puede ser imputado como consumación, sino como un efecto de éste⁽¹¹⁾.

En la legislación comparada, específicamente en la española, el legislador ha utilizado los verbos rectores ocupar y usurpar, términos que aparentemente definirían una situación permanente, pues se hace referencia a la ocupación misma⁽¹²⁾. Diferente es nuestro Código Penal que no describe una situación de ocupación sino el acto propio del despojo, el legislador nacional ha puesto el acento no tanto en la permanencia del usurpador en el inmueble materia de delito, sino en la acción misma de desposesión. Luego, desde esta perspectiva, resultan suficientes los actos de despojo para apreciar la consumación del delito de usurpación.

Es evidente que mediante un acto de despojo se produce una afectación duradera del derecho a la posesión o de otro derecho real sobre un inmueble, dicha afectación permanece en el tiempo hasta que el titular del derecho se vea restitui-

do en la posesión; luego, desde una primera aproximación, el delito de usurpación podría ser apreciado como de naturaleza permanente, toda vez que se mantiene en el tiempo la situación de despojo de la posesión. Sin embargo, esta valoración se hace sobre la afectación del derecho y no sobre la conducta de despojo, la primera puede darse en todos los delitos, así, por ejemplo, en el hurto se verá afectado el derecho al patrimonio hasta que no se restituya lo hurtado, no obstante, no se podría afirmar que el delito de hurto es de naturaleza permanente.

No todo delito que crea un estado antijurídico ha de ser contemplado como delito permanente⁽¹³⁾. Característica fundamental del delito permanente⁽¹⁴⁾, y que precisamente permite diferenciarlo de otras creaciones de situaciones o estados ilícitos que se mantienen en el tiempo pero que no deben ser comprendidos dentro de dicha categoría, es el hecho de que el estado antijurídico (*rechtswidriger Zustand*) producido por el autor se mantiene voluntariamente; luego, para poder afirmar la existencia de un delito permanente, la propia constitución de dicho estado ha de realizar el ti-

(10) En este sentido, BRAMONT-ARIAS, L.A. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. ob.cit. p.283. PEÑA, R. "Tratado de Derecho Penal". Parte Especial. II. ob. cit. p.p.329 y 345.

(11) Por todos: SOLER, S. "Derecho Penal Argentino". T.IV, 3ra. Ed. Tipografía Argentina. Buenos Aires. 1976. p.415; doctrina en la que se apoya el Supremo Tribunal en la presente ejecutoria.

(12) A pesar de los verbos utilizados por el legislador español, la doctrina no afirma la naturaleza permanente del delito de usurpación; al respecto véase: BAJO FERNANDEZ, M. "Manual de Derecho Penal". ob.cit. p.121. MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal. Parte Especial". 9a. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1993. p.269.

(13) En este sentido, cfr. STREE, W. in SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. "Strafgesetzbuch Kommentar". 24a. Ed. C.H. Beck. Munich. 1991. p. 692.

(14) Tradicionalmente destacada por la doctrina, al respecto véase: HRUSCHKA, J. Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. in: "Goldammer's Archiv für Strafrecht" 1968. p.p. 192-206.

po penal, esto es, el mantenimiento voluntario del estado también tiene carácter delictivo⁽¹⁵⁾.

Una primera distinción de los delitos permanentes radica en que el propio tipo legal recoge en forma expresa la realización permanente del tipo. Luego, existen tipos legales que si bien generan una situación contraria al Derecho de carácter permanente (duradera en el tiempo), el legislador no los ha recogido en ese sentido, pues pone el acento de la punición sólo en la creación del estado antijurídico y no en su mantenimiento.

Desde esta perspectiva, tenemos que el tipo legal del delito de usurpación se realiza con el despojo mediante actos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, dicha realización trae como consecuencia la situación de desposesión del inmueble para el titular del derecho, la posesión ilícita del nuevo ocupante no debe ser comprendida como despojo, sino como una nueva relación de disfrute del inmueble poseído.

Desde una apreciación objetiva, el despojo, conforme al tipo legal del Art. 202º Inc. 2 del C.P., se materializa en un sólo momento⁽¹⁶⁾ mediante actos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, es decir, el despojo se da en un instante no es de realización permanente, lo que sí se produce es una situación de desposesión que se mantiene en el tiempo, se crea un estado distinto al

anterior al despojo.

Situación distinta sucede con el delito de secuestro, la afectación del bien jurídico libertad de movimientos se mantiene en el tiempo mientras duran los comportamientos de detener o encerrar propios de este delito; ahora bien, en el secuestro se despliega de forma permanente acciones positivas para mantener latente la afectación de la libertad de movimientos, luego el momento consumativo que consiste en la privación de libertad se mantiene en el tiempo.

El acto de despojo es uno solo, la existencia de una situación de desposesión no sigue realizando el tipo, luego el delito no sigue consumándose. Que el sujeto activo lleve a cabo comportamientos propios a la posesión no significa que esté realizando el delito de manera permanente, estos comportamientos no son descritos por el tipo legal del Art. 202º Inc. 2 C.P., sino sólo el estado antijurídico creado con el despojo.

Desde este orden de ideas, podemos sostener que la realización del delito de usurpación crea una situación de desposesión respecto de un inmueble o una privación del derecho real sobre éste, pero el despojo en sí mismo se produce en un sólo momento, no se mantiene en el tiempo; lo que dura es la situación de desposesión o de privación del derecho real.

(15) Cfr. HRUSCHKA, J. Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. ob.cit. p.193.

(16) En contra PEÑA, R. "Tratado de Derecho Penal". T.II, ob.cit. p.337, para quien, consecuentemente con su consideración de la idea de despojo como privación total del goce del predio, éste es de carácter permanente. Sin embargo, este autor unifica el acto de despojo con la desposesión, que es consecuencia del primero; luego, resulta ser que transcurre en el tiempo el acto de despojo mientras dura la desposesión, lo cual, como hemos visto, no puede darse, ya que necesita que el despojo se materialice con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

3.2. La situación de desposesión del inmueble o privación de un derecho real.

Como hemos precisado anteriormente, una segunda característica de los delitos permanentes es que el mantenimiento de la situación antijurídica depende de la voluntad del autor.

Podría argumentarse que en la usurpación, como sucede en el delito de secuestro, la suspensión de la afectación al derecho a la posesión o de otro derecho real se encuentra bajo el dominio del sujeto, toda vez que de él dependería que se restituya la posesión del inmueble o el ejercicio de un derecho real sobre el mismo; sin embargo, de ello no puede obtenerse la conclusión de que mientras dure la posesión ilegítima se está consumando el delito o, lo que es lo mismo, que se trata de una realización permanente del tipo.

La restitución de la posesión o del ejercicio de un derecho real no significa que la realización del delito adquiere actualidad, siendo, entonces, permanente la consumación del delito como en el caso del secuestro, sino que únicamente se trata de actos posteriores a la consumación que se dirigen a la reparación del daño causado.

La restitución de la posesión del bien inmueble al titular del derecho no altera el momento consumativo del delito, esto es, no tiene relación alguna con la suspensión de la realización típica del deli-

to de usurpación⁽¹⁷⁾.

Si la situación permanente de desposesión no juega papel alguno en la realización del delito de usurpación, cuál es, entonces, su rol para la teoría del delito.

La creación de situaciones permanentes mediante la comisión de un delito ha sido destacada por la doctrina alemana⁽¹⁸⁾ y en España lo ha recogido MIR PUIG⁽¹⁹⁾. Se trata de los llamados delitos de estado (Zustandsdelikte), los cuales se caracterizan por la creación de un estado antijurídico duradero, pero, a diferencia de los delitos permanentes, la consumación cesa desde la aparición del estado, debido a que el tipo legal sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento⁽²⁰⁾.

Conforme ha puesto de relieve STREE, no todos los delitos que sancionan la provocación de un estado antijurídico son delitos permanentes, existe una cantidad de tipos legales que ligan el reproche únicamente a la provocación y no al mantenimiento del estado antijurídico⁽²¹⁾; así, por ejemplo, los delitos de matrimonios ilegales, bigamia, lesiones graves, etc.

En nuestra opinión, el delito de usurpación pertenecería al grupo de los llamados delitos de estado, pues crea un estado nuevo respecto de la posesión o tenencia del inmueble, una nueva relación distinta respecto a la ocupación del inmueble, no obstante, el delito se consuma una vez producido el despojo.

(17) A diferencia de lo que sucede en el delito de secuestro, en el cual la puesta en libertad de la víctima pone fin a la realización permanente de la privación de libertad.

(18) Cfr. HRUSCHKA, J. Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. ob.cit. p.194. STREE, W. in SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. "Strafgesetzbuch Kommentar". ob.cit. p. 692.

(19) Véase: MIR, S. "Derecho Penal. Parte General", 2da. Ed. PPU, Barcelona. 1985.p.165.

(20) Cfr. HRUSCHKA, J. Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. ob.cit.

(21) Cfr. STREE, W. in SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. "Strafgesetzbuch Kommentar". ob.cit. p.692.

El Supremo Tribunal llega a una conclusión válida al sostener que el delito de usurpación es instantáneo, sin embargo, su análisis es limitado, pues confunde el concepto de delito permanente con la duración de la afectación al bien jurídico. El delito permanente, como hemos visto, no se caracteriza por la prolongación en el tiempo de la lesión al bien jurídico después de la consumación, sino por la realización permanente del tipo legal a voluntad del agente.

De otro lado, la idea de "efecto del delito" de usurpación que el Supremo Tribunal atribuye a la posterior posesión ilícita del inmueble es necesario profundizarla, con la finalidad de delimitar claramente la creación de un estado antijurídico que, si bien no constituye delito permanente, pertenece a aquella clase de delitos que originan un estado prohibido por el Derecho pero que penalmente se castiga sólo su creación y no su mantenimiento. Sobre esta base se ha de admitir que la situación de desposesión del inmueble no se trata de un mero efecto del delito de usurpación, sino de un estado duradero en el tiempo, pero que no ha sido recogido por el legislador en cuanto tal, sino sólo en cuanto a su producción. De ahí que sea correcto sostener que el delito de usurpación previsto en el Art. 202º Inc.2 del C.P. sanciona la creación de una situación de desposesión de un inmueble o la afectación de un derecho real, más no el man-

tenimiento de dicho estado; en consecuencia, se trataría de un delito de estado.

La atribución del carácter de delito permanente a la usurpación originaría una serie de consideraciones dogmáticas de difícil aceptación como, por ejemplo, afirmar la actualidad de la legítima defensa, pues el titular del derecho puede ingresar por medios violentos al inmueble aduciendo que actúa bajo esta causa de justificación, lo cual parece ilógico, ya que desataría una suerte de legitimación de la violencia. Para BRAMONT-ARIAS estaría justificado el comportamiento de aquel que emplea fuerza para recobrar el bien ⁽²²⁾, sin intervalo de tiempo, si fuera desposeído; ello sería posible en el mismo espacio temporal en que se produce el despojo (inmediatez de la intervención), lo cual es correcto y se encuentra legalmente permitido; sin embargo, de ser la usurpación un delito permanente cabría la posibilidad de apreciar la justificación del comportamiento llevado a cabo para recuperar el bien no sólo en el mismo instante del despojo, sino a lo largo de toda la duración de la desposesión, pues estaría dada la inmediatez del comportamiento, toda vez que la realización del tipo se mantendría en el tiempo ⁽²³⁾.

De otro lado, se extendería considerablemente el círculo de autores del delito de usurpación, pues toda persona que permanezca en el inmueble sería

(22) Siguiendo el Art. 920º del C.C.

(23) Evidentemente BRAMONT-ARIAS ("Manual de Derecho Penal". Parte Especial. ob.cit. p.283.) está haciendo referencia a la norma permisiva contenida en el Art. 920º del C.C., que faculta al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien; sin embargo, para el Derecho Penal, de ser la usurpación un delito permanente, dicha permisiva tendría efectos mayores, pues posibilitaría, a su vez, una defensa permanente de la posesión aunque el sujeto haya sido ya desposeído, ya que se mantendría en el tiempo el momento consumativo de la realización del delito.

considerada autor aunque no haya llevado a cabo los actos de despojo, ya que la característica de la usurpación no estaría dada por el despojo sino por el mantenimiento de la situación de desposesión y, en este sentido, también estarían lesionando el derecho del titular a la posesión.

Asimismo, de ser la usurpación un delito permanente se generarían contradicciones con la legislación civil en el tema de la prescripción, pues el cómputo de ésta comenzaría desde la suspensión del estado antijurídico creado por el delito, luego sólo mediante la desocupación del inmueble o la restitución del derecho real afectado podría contarse el plazo de prescripción; de ser así no operaría la prescripción adquisitiva de dominio contemplada en nuestra legislación civil, pues siempre habría delito aunque el bien inmueble haya sido adquirido conforme al Derecho Civil por el transcurso del tiempo.

En nuestro entender, el plazo de prescripción de la acción para el delito de usurpación ha de contarse desde los actos de despojo, momento en que se afirma la consumación. Problema distinto son las vías válidas existentes en el ordenamiento civil para la recuperación del inmueble, pero a efectos penales se extinguiría la acción penal bajo la base del cómputo del plazo de prescripción establecido para el delito instantáneo, esto es, conforme a lo previsto en el Art. 82º Inc.2 del Código Penal.

4. CONCLUSION.

La apreciación de los delitos permanentes ha de operar sobre el comportamiento típico llevado a cabo por el

agente y no sobre la afectación del bien jurídico. En este sentido, habrá delito permanente cuando se mantiene en el tiempo a voluntad del autor la realización del tipo legal y la consiguiente afectación del bien jurídico protegido. Evidentemente mantener la realización del tipo conlleva la afectación permanente al bien jurídico, pero no toda afectación de éste que se mantenga en el tiempo posibilita la apreciación de un delito permanente, se tiene que dar necesariamente la realización permanente del tipo.

Desde esta perspectiva, el delito de usurpación es de realización instantánea, es suficiente el despojo de la posesión o la afectación de un derecho real. La creación de una situación de desposesión o, si se quiere, de una nueva posesión ilícita por parte del usurpador no ha de ser apreciada como la realización del tipo legal del Art. 202º Inc. 2 del Código Penal, sino como la creación de un estado antijurídico que se mantiene en el tiempo.

El legislador nacional ha puesto el acento de la punición en la creación del estado de desposesión y no en su mantenimiento, de ahí que el delito de usurpación del tipo legal del Art. 202º Inc. 2 C.P. corresponde al grupo de los llamados delitos de estado. Luego, a efectos del cómputo del plazo de prescripción no se ha de poner el acento en el estado antijurídico creado con la desposesión, sino en la propia acción de despojo, luego es de perfecta aplicación la norma sobre la materia prevista en el Art. 82º Inc. 2 del Código Penal para los delitos instantáneos.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal



Acta de sesión Plenaria.

Tema 6: ¿ En el delito de usurpación, la violencia debe recaer en las personas o en las cosas?

000826