

- Con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1194 y Decreto Legislativo N° 1206 la terminación anticipada se reafirma como instrumento procesal que combina las garantías con la eficacia, destinada a obtener justicia pronta, clara y eficiente, evitando la generación de carga procesal en materia penal.
- El éxito de la terminación anticipada está condicionada al conjunto de indicios o elementos de convicción acopiados durante la investigación preliminar, que importen un caso sólido contra el imputado, pues, mientras mayores evidencias tenga un fiscal en contra del futuro procesado, mayor será su fuerza para negociar un acuerdo con éste y mayores serán los fundamentos de su condena, ahorrándole un juicio al Estado, logrando la represión del delito y el legítimo derecho indemnizatorio de la víctima.

DESARROLLO DEL DESALOJO PREVENTIVO EN LOS DELITOS DE USURPACIÓN INMOBILIARIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Norma Doris Alamo Martinez

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal,
Fiscal Adjunta Superior Titular de la Fiscalía Superior Penal
Permanente de Lima Sur.

PRESENTACIÓN:

“El Desalojo Preventivo, regulado en el nuevo Código Procesal Penal, se refiere –exclusivamente- a uno de los motivos por el cual se puede interponer la demanda de desalojo en el ámbito civil, es decir, que sucede cuando existe un ocupante precario de mala fe, puesto que el delito de usurpación requiere de una persona, que sin poseer ningún derecho, perjudica al verdadero poseedor del bien”. Así mismo, aparte de que pueda presentarse cualquiera de las modalidades del delito de usurpación, es necesario que el derecho del agraviado sea lo suficientemente acreditado y que exista una proporcionalidad en la decisión de desalojar, preventivamente, al imputado. Cuando el artículo menciona que el derecho del imputado se encuentre totalmente acreditado, se refiere a que existan materiales suficientes llámese: documentos como los certificados de posesión o los títulos de propiedad; o testimonios de los vecinos que permitan garantizar que el derecho sobre el bien, que se ha despojado o el que encuentra poseyendo el imputado, es del agraviado.”

PALABRAS CLAVE:

Derecho posesorio, Ministración provisional, Usurpación, Posesión del bien, Posesión legítima, Despojar, Desalojo preventivo, Abuso de Confianza y Violencia

ABSTRACT:

“The Preventive Eviction regulated in the new Criminal Procedure Code, -exclusively- refers to one of the reasons why you can file the eviction lawsuit in civil matters, that is, what happens when there is a precarious occupant of bad faith, since the crime of usurpation requires a person who, without having any rights, harms the true holder of the right. “ Also, apart from that may arise any of the modalities of the crime of usurpation, it is necessary that the right of the victim is sufficiently credited and that there is a proportionality in the decision to evict preventively the accused. When the article mentions that the right of the accused is fully accredited, it refers that there is enough materials such as: documents as the certificates of possession or property titles; or testimony from neighbors that can ensure that the right over good, documents such as certificates of possession or property titles; or testimony from neighbors that can ensure that the right over good, which has been stripped or the one who is possessing the accused, is of the aggrieved.

KEYWORDS:

Possessory Right, Provisional Ministration, Encroachment, Possession of good, Legitimate Possession, Looting, Preventive Eviction, Abuse and Violence Trust.

xxx) Consideraciones generales

Entre las medidas de coerción procesal de carácter real aplicables en el proceso penal, se encuentra la ministración provisional de posesión de un bien inmueble. Se trata de una medida cuyo ámbito de aplicación por antonomasia son los procesos penales por delito de usurpación (especialmente en su modalidad de despojo), conforme a los artículos 202 y 204 del Código Penal. Dicha medida consiste en que el juez penal otorga al agraviado (despojados), anticipadamente (entre tanto dura el proceso y se resuelve definitivamente la causa), la posesión del bien inmueble que este ha perdido a consecuencia del delito, siempre que haya acreditado suficientemente su derecho posesorio.

Como bien señala la jurisprudencia nacional el núcleo de la actividad probatoria del delito de usurpación gira en torno a quién poseía el inmueble «*Lo que se discute en el delito de usurpación no es la propiedad del inmueble materia de la acción, sino el derecho a la posesión que ejercía la parte afectada antes de los hechos; razón por la cual, el núcleo de la actividad probatoria debe girar en torno a quién conducía el inmueble objeto de litis y si fue desposeído del mismo o no mediante el empleo*

*de la violencia o amenaza, según lo dispone el artículo 202 del Código Penal»*¹¹⁹.

En efecto, el artículo 202 del CP tipifica el delito de usurpación y este delito criminaliza las conductas violentas que turben la posesión. Ya la jurisprudencia incluso hasta del Tribunal Constitucional, ha señalado que en el delito de usurpación: “...se garantiza y protege el bien jurídico patrimonial que viene a ser la ‘posesión’ independientemente del derecho de propiedad que pudiera tener los justiciables, que sea materia de pronunciamiento en la vía extra penal”. En consecuencia, del referido auto y la resolución cuestionada no puede establecerse ninguna afectación o amenaza al derecho de propiedad del actor”.¹²⁰

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado, sobre el bien jurídico de la usurpación, lo siguiente: “*Que, por su parte, la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia del Cusco confirma la apelada, por considerar que teniendo en cuenta que la resolución cuestionada se ha emitido en un proceso penal sobre usurpación, en el cual se pretende la tutela únicamente respecto del derecho de posesión de la presunta agraviada -a quien provisionalmente se le ha otorgado la posesión del bien-, y no el derecho de propiedad sobre el inmueble en cuestión; no se afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad, sino un atributo de éste como es la posesión, por lo que le es aplicable lo dispuesto en el artículo 5.1., del Código Procesal Constitucional*”¹²¹.

119 Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 11 de mayo de 2000, Exp. N°8214-97. ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal y procesal penal, Idemsa, Lima, 2002, p. 649.

120 Véase, la Resolución del Tribunal Constitucional- Lima (Arequipa), de fecha 5 de abril de 2011, recaído en el Exp. N° 04149 2010-PA/TC CUSCO, en el caso ALFREDO ARROYO MORALES.

121 Véase, la Resolución del Tribunal Constitucional- Lima (Arequipa), de fecha 5 de abril de 2011, recaído en el Exp. N° 04149 2010-PA/TC CUSCO, en el caso ALFREDO ARROYO MORALES. Incluso en otro caso, se tiene dicho lo siguiente: “*Que sobre el particular, este Colegiado ha sostenido que “C...) si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado, no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. Es esto último lo que sucede precisamente con la posesión que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios” (STC N.° 3773-2004- A/1/TC El 2).*

Sumamente crítico Amaru Zapata, concluye que “El objeto del delito de usurpación, es decir, el bien jurídico que protege (el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble) no puede ser lo que caracterice, pues ese bien también es protegido con otros mecanismos (V.gr. la acción reivindicatoria y el proceso de desalojo), y ese bien tampoco puede ser su finalidad. En realidad, la finalidad es lo que la Sala Penal Permanente esgrime más adelante, en el fundamento 4.9, primera parte, de la sentencia: lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos del Código Penal son conductas violentas”, pero esta referencia también es incompleta¹²².

El delito de usurpación, -explica Amaru Zapata- junto con el de hurto y el de robo forman parte de una categoría general, los llamados “delitos de apoderamiento” (es decir por lógica, de apoderamiento ilegítimo). Estos a la vez están comprendidos en el ius puniendi, que tiene como fin castigar conductas humanas(a lo que habría que agregar: las conductas humanas más repugnantes para la sociedad, ello debido al subprincipio de fragmentariedad, uno de los subprincipios que llenan de contenido al principio de intervención mínima o de última ratio del Derecho Penal¹²³.

Si bien antes solo estaba tipificada la violencia ejercida contra las personas, es recién con la Ley N° 30076 que se ha extendido el tipo penal a la violencia ejercida contra las cosas. Pero la norma en referencia no puede ser considerada como una extensión, sino como una aclaración del tipo, que debe aplicarse incluso a las investigaciones y procesos penales en trámite, sin que ello signifique afectar el principio de legalidad (por el cual nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley); en ese sentido la violencia contra las personas y contra las cosas ya estaban tipificadas por igual desde el primer momento en que se estableció la violencia en general como medio comisivo del delito de usurpación¹²⁴.

122 AMARU ZAPATA, Emiliano; “La Casación N° 273’2012-Ica: Una pertinente, pero aún insuficiente aclaración jurisprudencial sobre el delito de usurpación de inmuebles”, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 66, diciembre 2014, pág. 16

123 AMARU ZAPATA, Emiliano; “La Casación N° 273’2012-Ica: Una pertinente, pero aún insuficiente aclaración jurisprudencial sobre el delito de usurpación de inmuebles” cit., pág. 16.

124 AMARU ZAPATA; “La Casación N° 273’2012-Ica: Una pertinente, pero aún insuficiente aclaración jurisprudencial sobre el delito de usurpación de inmuebles”, cit., pág. 22.

En el escenario descrito, es que, a través de la Casación N° 273-2012-Ica, se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante: “La violencia a que hace referencia el inciso 3 del artículo 202 del Código Penal que puede ser ejercida tanto contra la persona como contra objetos o cosas integrantes del inmueble, de modo que se turbe la posesión del mismo” (fundamento jurídico 9)¹²⁵

La conducta típica consiste en despojar a otro de la posesión, la tenencia o del ejercicio de un derecho real sobre un inmueble. El verbo rector del tipo viene a ser entonces el “despojar”, aludiendo al hecho con relación a la persona a la que se desplaza. Para la tipificación del delito de usurpación debe haber una previa posesión y/o tenencia del inmueble despojado por parte del sujeto pasivo, la inexistencia de dicha posesión y/o tenencia del agente o sujeto activo y, por último, la efectividad del medio comisivo empleado.

Como es sabido, las medidas de coerción procesal son las proceden por criterios de necesidad y proporcionalidad, en otras palabras, las que tienden a garantizar el correcto desarrollo de la causa y garantizar la decisión final del Juzgador. Las medidas de coerción pueden ser de carácter personal o real. Dentro de las primeras encontramos la llamada detención preliminar (Art. 261°), prisión preventiva (Art. 268°), comparecencia con restricciones (Art. 287°), incomunicación (Art. 280°), impedimento de salida (Art. 295°), suspensión de la patria potestad (Art. 298° inciso a), prohibición de ejercer determinada labor comercial (Art. 298° inciso c), etc. Dentro de las segundas –es decir de carácter real- ubicamos el embargo (Art. 302°), impedimento de disponer o grabar bienes (Art. 310°), pensión anticipada de alimentos (Art. 314°), incautación (Art. 316°), ejecución anticipada de las consecuencias pecuniarias del delito (Art. 312°) y el desalojo preventivo para los delito de usurpación inmobiliaria (Art.311°).

xxxi) Descripción legal sobre el Desalojo preventivo.

El Decreto Legislativo Nro. 312, en su artículo primero prescribe lo siguiente:

125 Véase, para más referencias: ADRIAZOLA BEGAZO, Lissbeth; “La Violencia contra las cosas como medio comisivo de la turbación posesoria antes de la Ley N° 30076: Análisis de la Casación N° 273-2012-Ica: Una pertinente, pero aún insuficiente aclaración jurisprudencial sobre el delito de usurpación de inmuebles”, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 66, diciembre 2014, pág. 26

“Cuando el poseedor no ejercite el Derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo Nro. 124, el proceso penal sumario, por el delito de usurpación, puede solicitar el agraviado que el Juez instructor practique la inspección ocular correspondiente, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. En dicha diligencia las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente. Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, ordenará la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado”.

Cabe precisar que la figura de la Ministración Provisional de la Posesión se trata, en principio, de una medida cautelar, por ello su carácter de ministración provisional y no definitiva; es decir, lo que busca la ministración es el aseguramiento de la futura decisión que tomará el Juez Penal cuando le toque sentenciar el fondo del caso, y es asegurar que el agraviado en un delito de usurpación recupere inmediatamente la posesión de su inmueble, esto se puede deducir de la misma redacción legal del Decreto Legislativo Nro. 312, que en la parte pertinente prevé lo siguiente: *“Si el Juez instructor estima que **hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación**, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre **que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado** ...”.* Asimismo, en otro párrafo del Decreto Legislativo Nro. 312 estatuye lo siguiente: *“Si el Juez instructor estima que hay motivo fundado **para suponer que se ha cometido el delito de usurpación**, dentro del año anterior a la apertura de instrucción ...”*, es decir, cuando la norma prescribe una “suposición” de la comisión del delito de usurpación, lo que está diciendo es que existir una fundabilidad de apariencia del Derecho invocado –de ejercicio de la posesión– por parte del agraviado.

Cabe recordar que el Código Procesal Penal del 2004 regula una institución procesal semejante a la Ministración Provisional de la posesión que el Nuevo Código procesal lo llama “Desalojo preventivo”; sin embargo, dentro de su descripción legal también hace alusión a la Ministración Provisional de la posesión luego de que se le haya desalojado preventivamente al imputado del delito

de usurpación, y el estadio procesal de presentación sólo se puede realizar dentro de la investigación preparatoria y los sujetos procesales legitimados pueden ser tanto el agraviado –nótese que se habla simplemente del agraviado y no del actor civil– como el propio Fiscal de la Investigación Preparatoria; la institución del Desalojo preventivo lo regula en el artículo 311° del Nuevo Código Procesal Penal en los siguientes términos:

- *En los delitos de usurpación, el Juez, a solicitud del Fiscal o del agraviado, podrá ordenar el desalojo preventivo del imputado indebidamente ocupado en el término de veinticuatro horas, ministrado provisionalmente la posesión al agraviado, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.*
- *La Policía Nacional, una vez que tenga conocimiento de la comisión del delito, lo pondrá en conocimiento del Fiscal y llevará a cabo las investigaciones de urgencia que el caso amerita. El Fiscal, sin perjuicio de disponer las acciones que corresponda, realizará inmediatamente una inspección en el inmueble. El agraviado recibirá copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del Fiscal.*
- *La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse en cualquier estado de la Investigación preparatoria. Se acompañarán los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido.*
- *El Juez resolverá, sin trámite alguno, en el plazo de cuarenta y ocho horas. Contra la resolución que se dicte procede recurso de apelación. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada.*
- *El Juez elevará el cuaderno correspondiente dentro de veinticuatro horas de presentada la impugnación. La Sala se pronunciará en el plazo de tres días previa audiencia con asistencia de las partes. Si ampara la solicitud de desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del Juez para su inmediata ejecución”.*

xxxii) Comentarios.

Conforme a lo que hemos leído, somos de la apreciación de los profesores Gálvez Villegas, Rabanal Palacios, Castro Trigoso para quienes esta medida es “[s]e encuadran dentro de la categoría general de ‘procesos o medidas urgentes’

pero no constituyen una medida cautelares. Cada una de ellas cumple su propia finalidad específica, no están orientadas a garantizar o asegurar el cumplimiento de lo decidido en otro proceso o sentencia, sino que por sí misma evitan o una situación desfavorable o propician un mejoramiento de la situación del agraviado o la parte débil”. “La función de esta medida, como su nombre lo indica es tuitiva, esto es, guardar, amparar o defender al agraviado, o eventualmente a terceros que pudiera verse perjudicados con la duración del proceso o la permanencia del estado antijurídico generado por el delito. En este sentido, busca evitar la continuación o permanencia del hecho delictivo (continuación del estado antijurídico), el mantenimiento o incremento del daño o algún efecto perjudicial del mismo. Se puede considerar entre estas:

- Desalojo preventivo y ministración provisional de la posesión (art. 311°)
- Medidas anticipadas (art. 312)
- Las medidas preventivas contra las personas jurídicas (art. 313)
- Pensión anticipada de alimentos (art. 314.
- Medida temporal sobre el fondo (art. 674° del Código Procesal Civil).¹²⁶

Se entiende por desalojo –comúnmente- a la acción por la cual se exige a una persona que ocupa un bien inmueble a que la deje de poseerlo, o sea expulsado de él. Esta definición es de carácter sustantiva, pero, procesalmente hablando, se puede definir al desalojo como un proceso judicial que tiene la finalidad antes expuesta, es decir, que se prive del ejercicio posesorio a una persona, expulsándola del bien (inmueble).

Para Pinto Arce, “[e]l juicio de desalojo es un proceso especial que se sustancia por el procedimiento establecido para el sumarísimo, no existiendo norma alguna que disponga otro procedimiento se debe entender que se refiere al proceso sumarísimo, como es el caso de inadmisibilidad de la reconvenición.”¹²⁷

Dentro del Código Procesal Civil, especialmente en el artículo 585, se encuentra regulado el proceso de desalojo por el cual a alguien que se encuentre en

126 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos explicativos y críticos. Editorial Instituto de Derecho y Justicia; y Jurista Editores, pp. 606-607

127 Puede verse en <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>

posesión ilegítimamente de un inmueble, se le despoja de su posesión para que pueda ser devuelto a su propietario o a quien tiene el derecho de poseerlo (arrendatario, el administrador del bien). La regulación normativa de este proceso es de naturaleza sumarísima, puesto que permite al demandante la efectividad y mayor eficiencia en la devolución del bien. Según las propias normas de dicho código, los sujetos pasivos que pueden ser afectados con esta medida son: el arrendatario, el subarrendatario y el ocupante precario.

Este proceso tiene una autonomía propia, ya que no requiere de otro proceso para que se pueda efectivizar. Ahora, es posible que se determine el cumplimiento de pretensiones accesorias como el pago de la merced conductiva en el caso del arrendatario o, también, del subarrendatario.

El desalojo preventivo y la subsecuente Ministración de la Posesión en el nuevo modelo procesal son medidas coercitivas de carácter real y sólo se pueden solicitar y ejecutar durante la tramitación de la investigación preparatoria, pues el artículo 311°, inciso 3, del Código procesal penal dispone expresamente que: “La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse en cualquier estado de la Investigación preparatoria...”; y a diferencia de otras medidas coercitivas personales que requieren siempre del contradictorio (por ejemplo: prisión preventiva, comparecencia con restricciones, etc.) el desalojo preventivo se resuelve a mérito del pedido, sin traslado a los demás sujetos procesales (es lo que se conoce en el derecho procesal civil como “*inaudita parte*”), sin una mini-audiencia pública y por tanto sin contradictorio procesal entre las partes involucradas.

Por tal motivo la solicitud deberá contener todos los elementos de convicción que a criterio del recurrente legitimen su derecho (siempre que hayan sido incorporados a la investigación, pues no se admite ofrecimiento de piezas inexistentes, de diligencias no celebradas o de prueba anticipada no actuada).

¿Está el agraviado legitimado para solicitar el desalojo preventivo? El artículo 311 inciso 1 del NCPP regula la figura del Desalojo preventivo y la define de la siguiente manera: “En los delitos de usurpación, el Juez, a solicitud del fiscal o el agraviado, ordenará el desalojo preventivo del inmueble ocupado en el término de 24 horas (...)” artículo que parecería darnos la solución, pero si analizamos el artículo 255 inciso 1 expresa lo siguiente: “Las medidas reconocidas en este Título (...) solo se impondrán por el juez a solicitud fiscal, salvo el embargo y la ministración de posesión que también podrá solicitar el actor civil”.

Vemos que el art. 311 inciso 1 otorga legitimad activa tanto al fiscal como al agraviado, mientras que el artículo 255 inciso 1 solamente al fiscal y al actor civil.

Como podemos observar encontramos una contradicción en estas dos normas, contradicción que sería importante aclarar analizando la figura del “agraviado” y del “actor civil”.

– **El desalojo preventivo para el delito de usurpación regulado dentro del Código procesal penal.**

Habitualmente, conjuntamente con la ministración provisional, el juez ordena el desalojo preventivo o desocupación (“lanzamiento”) del inmueble de quienes lo ocupen ilegítimamente (en el término de veinticuatro horas). En consecuencia la figura del desalojo preventivo y subsecuente ministración de posesión nos parece totalmente acertada, pues el fin de esta medida es evitar la continuación y prolongación de los efectos lesivos de la usurpación, es decir, entregar al agraviado la posesión de sus bienes durante la investigación de los hechos.

El Código Procesal Penal, más conocido como nuevo Código Procesal Penal, del año 2004 trae consigo una cantidad de instituciones y de normas que agregan muchas medidas particulares, que permiten mayor efectividad en la protección de los derechos de los afectados. Referente a este punto dice Alonso Peña Cabrera: “que el derecho penal tutela el patrimonio (derechos reales), de una forma subsidiaria y fragmentaria. Por consiguiente, el ámbito normativo del derecho criminal, no tutela la propiedad *sensu stricto*, sino lo atributos inherentes a la posesión, esto es, el uso y disfrute de la posesión, que es coartada y limitada mediante los métodos más vedados por el ordenamiento jurídico.”¹²⁸

Según la apreciación de unos autores como Julio Enrique Biaggi Gómez y Federico Gutiérrez Molina señalan lo siguiente sobre el desalojo preventivo: “[e]l desalojo es una figura jurídica de vital importancia y prolongada presencia en el derecho civil, trasladada con acierto al Nuevo Código Procesal Penal. Consiste en una acción autorizada judicialmente, ejecutada por medio de la fuerza pública, con la finalidad de abandonar un bien inmueble a quien lo ocupa de manera ilegal (posesión precaria; ejercida con título fenecido o sin título alguno).”¹²⁹

128 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Exégesis nuevo código procesal penal*. Editorial Rodhas, Lima. Pág. 195

129 BIAGGI GÓMEZ, Julio Enrique; GUTIERREZ MOLINA, Federico, *Las medidas de coerción procesal: otras medidas reales y la incautación art. 310 a 320 del Código Procesal Penal*. En: Comentarios al nuevo Código Procesal Penal. Autores varios. Editorial Ara. Pág. 389

Según Arbulù Martínez, hubo un antecedente que precedió al desalojo preventivo. Conforme lo señala: “el antecedente de esta medida medida cautelar la tenemos en el Dec. Leg. N° 312, que establecía si el agraviado-poseedor no había ejercido el derecho de defensa posesoria extrajudicial que el confería el artículo 920 del Código Civil, y se había iniciado el proceso sumario conforme al Decreto Legislativo N° 124, por el delito de usurpación, podría solicitar al juez que practique la inspección ocular correspondiente, la que se debía llevar a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. Si el juez estimaba que había motivo fundado para suponer que se había cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado estaba fehacientemente acreditado, ordenaba la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión del agraviado.”¹³⁰ Éste sería el antecedente más cercano del actual desalojo provisional.

La diferencia radica que mientras en materia civil se tendría que recurrir a todo un proceso en el que se ordene el despojo del bien que ha sido afectado con la acción del ocupante precario; en el proceso penal se recurre, de forma inmediata, a través de una orden concreta y justificada, previa notificación y audiencia a realizarse para su determinación, es decir, que se solicitará al juez de investigación preparatoria a fin de que éste pueda conceder la expulsión del imputado del bien afectado por el delito de usurpación y la ministración por parte del agraviado.

Su naturaleza jurídica es de una medida de coerción real (conforme a la ubicación que se le da en el Código Procesal Penal), que despoja de la posesión al imputado y permite la entrega, provisional, al agraviado; por lo tanto su duración es provisional –como su mismo nombre lo señala– hasta que concluya el proceso. Ya no es un proceso autónomo como el que regula el Código Procesal Civil y que se fundamenta en un derecho particular, sino una medida de coerción real que asegura de que no se merme ni perjudique el bien ni el derecho del agraviado que ha sido afectado con el delito. Para otros autores es “[e]n el proceso penal esta medida constituye la medida de coerción de carácter *tuitivo*, que se dicta en protección del agraviado en los delitos de *usurpación* su finalidad es evitar la

130 ARBULÙ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, *La investigación preparatoria*, Editorial del Instituto Pacífico. Lima, pág. 481.

continuación o permanencia antijurídico creado por el hecho objetivo, esto es, evitar la permanencia del agente del delito en el inmueble usurpado; con ello, se busca disminuir el daño ocasionado.”¹³¹ Nosotros compartimos la apreciación señalada por estos autores.

El requerimiento, para que se conceda esta medida de coerción real, lo puede hacer el fiscal o, en su defecto, el agraviado. Cualquiera de los dos puede solicitar que se dicte la medida, y debe ser concedida o rechazada en un plazo de 24 horas desde que se presenta la solicitud por el Juez. Ahora, al igual que las otras medidas coercitivas, éste solamente puede ser requerido dentro de la investigación preliminar o preparatoria. Así mismo, antes de que se dicte la medida de coerción, el Fiscal debe haber inspeccionado el bien para ver el estado en el que se encuentra el bien mueble después de la presunta comisión del delito.

La medida que regula el nuevo Código Procesal Penal se refiere exclusivamente al delito de usurpación, es decir, que solamente procederá cuando el delito que se imputa, dentro de la investigación preparatoria, es alguna de las modalidades de usurpación. Al respecto afirma Talavera Elguera: “procede en los delitos de usurpación, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está lo suficientemente acreditado”¹³². Las modalidades descritas en el tipo penal (artículo 202 del Código Penal) de usurpación son cuatro, a saber: cuando se destruye, para poseer el bien mueble, en todo o en parte, los linderos del bien; cuando por medio de violencia, engaño o abuso de confianza se despoja de la posesión a quien se encuentra ejerciéndola legítimamente sobre el bien; cuando por medio de violencia o amenaza se turba la posesión del bien; cuando por medio de actos ocultos o evadiendo alguna vigilancia ingresa al bien para que pueda quedar en él, sin la advertencia de los propios interesados. En este punto no hace un distingo si las imputaciones se refieren solamente a los tipos básico o también se incluyen a las agravantes. No hay distingo. Así mismo, aparte de que pueda presentarse cualquiera de las modalidades del delito de usurpación, es necesario que el derecho del agraviado sea

131 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos explicativos y críticos*. Editorial Instituto de Derecho y Justicia; y Jurista Editores, pp. 627-628.

132 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *El nuevo código procesal penal*, Editorial Grijley. Lima, pág.

lo suficientemente acreditado y que haya una proporcionalidad en la decisión de desalojar, preventivamente, al imputado. Cuando el artículo menciona que el derecho del imputado se encuentre totalmente acreditado, se refiere a que existan materiales suficientes llámese: documentos como los certificados de posesión o los títulos de propiedad; o testimonios de los vecinos que permitan garantizar que el derecho sobre el bien, que se ha despojado o el que encuentra poseyendo el imputado, es del agraviado. Todos estos medios probatorios permitirán que se acredite la propiedad del agraviado o su posesión legítima o el derecho reconocido sobre el bien. Además de otros medios que permitirán determinar que existen evidencias suficientes de que hubo daños al bien o de que se habría ejercido la fuerza para poder ingresar a él, de esta manera se cumplirá con los requisitos que exige el artículo 311 inciso 1.

Después de que se haya requerido al Juez la medida, se notificará a las partes a las partes para que expongan, en una audiencia, sus argumentos sobre la medida solicitada. Después, el Juez solamente tiene el plazo de 24 horas para emitir la resolución correspondiente. Si se acepta la solicitud, el imputado tiene la facultad de impugnar la resolución, la cual será concedida con efecto suspensivo hasta que la sala superior se pronuncie sobre la impugnación, en un plazo de 3 días, notificando previamente a las partes para la audiencia. “Si confirma el auto que ampara la solicitud del desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del juez para su inmediata ejecución.”¹³³

133 ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial Ediciones Legales. Pág. 115.