

Hablemos de la usurpación (art. 225 del Código Penal).

Ricardo Salas

Universidad de Costa Rica

Catedrático de la Facultad de Derecho

RESUMEN: La usurpación es un delito regulado en el Código Penal costarricense, los intereses patrimoniales resguardados por el tipo penal de usurpación tienen la característica de referirse a una cosa inmueble o a un derecho real sobre ella. La acción consiste en despojar a otra persona de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituidos sobre él. El autor hace referencia a un tema poco cuestionado por la jurisprudencia costarricense, pero no poco importante, el cual se refiere a la extensión en el tiempo de la usurpación. Es decir ¿se trata de un delito instantáneo de efectos permanentes o un delito permanente? Además, el presente artículo elabora un análisis sobre las características y la función normativa del tipo penal de la usurpación.

Palabras clave: usurpación, despojo, delito permanente, propiedad, bien inmueble.

ABSTRACT: Usurpation is a crime regulated in the Costa Rican Penal Code. Patrimonial interests protected by the crime of usurpation have the characteristic of referring to an immovable property or a real right over it. The action consists in depriving another person of the possession of an immovable property or the exercise of a right constituted about it. The author appeals to a subject rarely questioned by Costa Rican Jurisprudence, which refers to the character of usurpation at time. It means, is it a crime of instant permanent effects or a permanent crime? In addition, this article develops an analysis of usurpation, its characteristics and its regulatory role.

Keywords: usurpation, dispossession, permanent crime, property, immovable property.

Fecha de Recepción: 10 de mayo de 2016.

Fecha de Aprobación: 2 de junio de 2016.

Las siguientes notas no tienen un propósito teórico, sino puramente didáctico. Parten de una serie de inquietudes surgidas durante las lecciones de Derecho Penal Especial en lo concerniente al delito de usurpación.

Al igual que todas las figuras delictivas, dicho delito es susceptible de ser enfocado desde diferentes perspectivas. Sin embargo, dado el propósito antes mencionado, la reflexión será puramente normativa y jurídica, enmarcada en los postulados del liberalismo político. Este es entendido como la concepción de que el poder público debe intervenir en el quehacer de las personas, solamente en aquellos campos y en la estricta medida, en que sus conductas afecten la convivencia social. Esto excluye, en consecuencia, la regulación y persecución de acciones socialmente inocuas, o su castigo más drástico, si es que son reprimidas por otras vías (sean estas penales o no) menos graves.

Se intentará recurrir a un método analítico, en cuanto desagregará los diversos componentes de ese delito, identificando sus características y, en su función normativa sintética, cómo se integran e interactúan en esa figura delictiva (buscando cumplir con esas dos vías el recorrido de la totalidad concreta, según decía Karen Kosík). Esto nos lleva a la primera dificultad, ya que si bien como ya se señaló, la usurpación al igual que cualquier otro delito es examinable desde diversas ópticas, tanto por el tipo de reflexión (exploratorio, descriptivo, teórica, normativa), como por la posición cognitiva desde la que se emprende su estudio, la condición polimórfica de tal delito en sus hipótesis lo distancia del común de ellos, que por regla describen una acción sancionable (con sus complementos), y no varias acciones posibles, de texturas y morfologías desiguales.

La pregunta inicial (y obligada) sería cuál es el bien jurídico tutelado por los delitos en que está inscrita la usurpación. Aunque la respuesta maquinalmente se busca en el encabezado de este segmento del Código Penal, que aduce “la propiedad” como el bien protegido por esos preceptos, basta una primera lectura detenida para percatarse que se está ante tipos penales que no resguardan un

solo bien jurídico, como podría ser “la propiedad” (sobre cuyo significado se volverá en el siguiente párrafo), sino también otros, como la libre determinación o la buena fe. O sea que muchos de esos ilícitos son delitos pluriofensivos.

Por su parte, como surge de esa primera lectura de la serie (no necesariamente orgánica) de disposiciones que integran los “*Delitos contra la propiedad*”, “la propiedad” es en nuestro Derecho Penal un significante con un contenido diferente al que se muestra en otras ramas del Derecho. Mientras que, por excelencia, en el Derecho Civil “la propiedad” es el sumo de todos los derechos sobre un bien (artículo 264 del Código Civil), en el Derecho Penal aquella se refiere no solo a ese derecho mayor, sino también a otros menores (cuales la posesión, los derechos de uso y disfrute, de servidumbre o de garantía). En otras palabras “la propiedad” civilmente entendida, es una noción restringida respecto al ámbito de protección que en el campo penal se le confiere a ese mismo vocablo, pues no se le exigen las características que sí incluye el Derecho Civil. En el área penal, el denominador común de lesión que tiene los tipos penales comprendidos en los “*Delitos contra la Propiedad*”, es que estos dañan el patrimonio. De suerte que lo que se protege es el patrimonio en las diversas manifestaciones, y no sólo la de la propiedad (en su acepción civil).

Tratándose de la usurpación, el par de inferencias preliminares expuesto en los dos párrafos anteriores, lleva a comprender que no solo se defiende la propiedad, sino también otro tipo de intereses patrimoniales; incluso si son intereses puramente factuales, como es el caso de la posesión ilegítima, ya que esos preceptos no se refieren solamente a derechos, sino también a situaciones o condiciones sin demandar que estas sean lícitas.¹ Asimismo permiten comprender que al mismo tiempo se protegen otros bienes jurídicos, no por sí solos (probablemente su infracción ya está contemplada en otros tipos penales), sino por su vinculación con estos delitos patrimoniales y el daño generado.

En específico, los intereses patrimoniales resguardados por el tipo penal de usurpación tienen la característica de referirse a una cosa inmueble o a un

1 V-405-93, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las 14:35 horas del 22 de julio de 1993, consultado el 30 de noviembre del 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>.

derecho real sobre ella. En otras palabras, debe ser un bien material y que no resulte trasladable de un lugar a otro, ya sea porque constituye un espacio fijo o porque está incorporado o arraigado a este (aunque una vez separado se convierte en mueble y es sustraible, o sea pasible de hurto o robo, ya no usurpable); o un derecho real sobre alguno de esos objetos.²

Un punto que, a pesar de su presencia constante, ha sido poco cuestionado en la jurisprudencia costarricense (la cual ha persistido en un error), es el del carácter en el tiempo del delito de usurpación. Al respecto, entre los que son aseguibles, hay un pronunciamiento que se remonta al año 1990, dictado por la casación penal, el cual estableció que se trata de un delito instantáneo de carácter permanente,³ lo que es una equivocación. A partir de ese fallo puede decirse que se creó una línea jurisprudencial que no sólo ha sostenido la casación penal, sino que ha permeado a los tribunales del ramo y que encuentra sustento en alguna doctrina argentina⁴. Es suficiente hacer una corta visita a los archivos digitales en que aparecen los votos más sobresalientes, para comprobar que ese equívoco se ha perpetuado. La excepción, aunque con una redacción que se hubiera deseado más explícita, la constituyó un voto del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que concluyó acertadamente que, de conformidad con el artículo 32 del Código Procesal Penal, tratándose de la usurpación la prescripción empieza a correr a partir de su cesación, al ser un delito permanente.⁵ Y es que en este tópico es necesario ser enfáticos: la usurpación no es un delito instantáneo de efectos permanentes, sino un delito permanente, es decir aquellos diseñados para extenderse en el tiempo (aunque en alguna determinada experiencia pueda agotarse en poco tiempo o en un solo acto).

2 Como ficción jurídica, el artículo 255 del Código Civil concibe que los derechos reales sobre inmuebles son también inmuebles (*"por disposición de la ley"*).

3 V-373-90, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las 14:55 horas del 30 de noviembre de 1990, consultado el 2 de diciembre del 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>.

4 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª. ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 593.

5 V-233-15, emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 15:45 horas del 13 de enero del 2015, consultado el 30 de noviembre del 2015, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ.

Si bien es una cuestión en el que no procede extenderse a lo largo de estas reflexiones, tampoco puede ser una que se deje en el aire. De acuerdo con la esclarecedora distinción que en nuestro medio ha articulado el estimable profesor emérito de la Universidad de Costa Rica, Francisco Castillo, los delitos instantáneos son los que se consuman en un solo momento, en tanto que en el delito conocido en la doctrina alemana como de “estado”, o “permanente” entre los países latinos, esa consumación se prolonga.⁶

“Delitos permanentes son hechos punibles en los cuales, de acuerdo a la interpretación del tipo (entendido como norma prohibitiva) resulta que después de la producción del resultado, hay la realización de otras acciones o la conservación de la situación producida (por acción u omisión), realización que constituye lo injusto típico. Estas acciones u omisiones posteriores forman una unidad con la producción del primer resultado. Lo anterior permite ver el acontecimiento total como una única realización del tipo... Lo particular del delito permanente no es que crea una situación antijurídica o que la mantiene, sino que la situación antijurídica está contenida en la descripción de un tipo penal, el cual, de manera típica, no puede realizarse normalmente con un solo comportamiento individual, sino por medio de varias acciones u omisiones.”⁷

Por ello es que el profesor Castillo enumera la usurpación como uno de los delitos permanentes por excelencia.

La otra noción argüida en aquella desacertada línea jurisprudencial, la de delito instantáneo con efectos permanentes, alude a otra cosa. Consiste en una acción cuyo tipo penal se consuma en un solo momento, pero cuyos resultados se mantienen en el tiempo, sin que el agente los haga cesar estando en posibilidad de hacerlo. Para estos (a diferencia de los permanentes) lo correcto es concluir que la prescripción corre a partir de su consumación, y no de la cesación de sus efectos. Esta última aserción también ha sido una postura errónea que se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia nacional, que ha apuntado a este

6 Francisco Castillo, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, (San José: Editorial Jurídica Continental, 2009), 364-365.

7 Ibid, 369-370.

último momento lesivo (cesación de efectos) como el inicial de transcurso de la prescripción, todo lo cual refleja una confusión entre ambos conceptos y sus implicaciones.

Para empezar con el análisis del tipo penal, es preciso recordar que, a la letra, el inciso primero del artículo 225 del Código Penal estipula que: “Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: 1) A quien por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.”

El sujeto activo de la usurpación puede ser cualquiera, incluso el propietario del bien inmueble, ya que es viable que él no tenga la posesión de este o impida el ejercicio de un derecho real sobre él.^{8 9} La acción consiste en despojar a otra persona de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituidos sobre él. Nótese que caben dos grandes posibilidades para la comisión de las acciones previstas en este primer párrafo, como son: (a) el despojo de la posesión o tenencia de un bien inmueble; y, (b) el “despojo” del ejercicio de un derecho real relativo a aquel. Consistiendo en bienes dispares, pues uno es inmueble y el otro es un derecho real sobre él, cada uno de esos “despojos” deber ser entendido de modo diferenciado.

El despojo de la posesión o tenencia consiste precisamente en “desposeer” a alguien de algo. Esto es, quitarle o privar total o parcialmente a una persona del poder sobre la cosa, de usarla y gozarla materialmente¹⁰, que se ejerce

8 Así lo reconoció la jurisprudencia nacional en un fallo de casación penal, dictado por la Sala Tercera a las 9:22 horas del 14 de junio de 1991. Ver V-278-91, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, consultado el 30 de noviembre del 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>.

9 Por ser necesario, según el artículo 245 del Código Penal de España que el bien o el derecho real sean ajenos, cosa que no se exige en Costa Rica, en contra de esta posición puede verse Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona: Editorial Ariel, 1991), 188.

10 Carlos Creus, *Derecho Penal Especial Tomo I*, 5ª ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995), 591.

directamente o por medio de otro, que es quien ostenta la tenencia¹¹. Vale añadir que el Código Civil de Costa Rica, en sus artículos 277 y 282 unifica los conceptos de posesión y la tenencia. En ese mismo sentido, se ha manifestado un fuerte sector de la doctrina española desde hace muchas décadas¹².

Tratándose de un inmueble, el despojo implica excluir del mismo o parte del él (sea físicamente como es lo normal, o del uso de sus facultades como poseedor) a la víctima, dado que se le impide tenerlo bajo su voluntad u poder. Lo anterior siempre y cuando ya ese ofendido tenga la posesión, pues no es dable privar a alguien de lo que no tiene.

Cuando esa desposesión se va a concretar ilegítimamente, el actual poseedor puede acudir a la autoridad para proteger su condición y, si no es factible una intervención oportuna del poder público, incluso puede echar mano a la fuerza para repeler la agresión (artículo 28 del Código Penal y 305 del Código Civil).

Ese mismo inciso describe que dicho despojo puede producirse mediante la invasión del inmueble, es decir ingresando sin autorización y con la intención de permanecer allí (pues si es sólo una intrusión fugaz no hay un despojo); manteniéndose en él, es decir ingresando con la autorización correspondiente, pero quedándose allí sin una para hacerlo (incluso si lo que se pretende es ocupar conjuntamente el bien); o expulsando a sus ocupantes, ya sea de la totalidad o parcialidad del inmueble (usualmente al invadirlo o al mantenerse en él, pero también podría darse con una expulsión sin invasión o permanencia). El despojo puede acontecer respecto a un inmueble en posesión común, impidiendo al otro su posesión en la parte o cuota que le incumbe.

En cualquier caso, debe subrayarse, no es suficiente para la comisión del tipo penal la invasión, permanencia ilegítima o expulsión, por las vías previstas por la ley (de las que se tratará más adelante), puesto que se requiere algo más: para la lesión al bien jurídico se requiere que la persona ofendida no pueda gozar de su

11 Pietro Rescigno, *Manuale di Diritto Privato Italiano*, 2da. ed. (Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1976), 492.

12 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III. 3ra. ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 1985), 97, 102-103.

posesión. Esto, aunque es casi inevitable cuando se han dado aquellos actos, no necesariamente es así y deberá constatarse. En sentido inverso, no se requiere un ingreso físico para que se logre el despojo material del inmueble, puede darse con menos que eso, pues aquel puede lograrse con una expulsión a distancia.¹³

Por su parte, el “despojo” del derecho real constituido sobre el bien inmueble, no supone la desposesión parcial o total del inmueble, lo cual es propio de la primera posibilidad (a). Luego, el “despojo” de la posibilidad (b) no recae sobre el derecho, sino sobre el objeto material que permite su ejercicio, haciendo que este ya no sea factible. No se despoja a alguien de un derecho. Este puede ser blanco de distintas agresiones como son el fraude o la litigiosidad, mas no del despojo, que es un acto de índole material diferente a una situación valorativa, como es la de “un derecho”. Ontológicamente están en planos distintos. Por consiguiente, el despojo no es del derecho, sino de su ejercicio, al recaer la acción sobre el bien inmueble al que se refiere, imposibilitando aquel ejercicio. Ese derecho debe ser actual, no potencial o futuro (situación en la que no habría ejercicio y el asunto tendría que dirimirse en otra vía judicial).

Preliminarmente podría afirmarse que el impedimento del ejercicio de ese derecho real tiene que deberse a la invasión, permanencia ilícita o expulsión de los ocupantes del inmueble; o sea que el menoscabo de ese derecho tenga que darse exclusivamente de esas maneras. Pero se puede objetar que también podría suceder otro tanto a través de acciones disímiles, como puede ser un impedimento de paso o el bloqueo de una servidumbre de vista, por ejemplo. En esta segunda tesis, puede argumentarse que las variables de despojo enunciadas en ese inciso son meramente ejemplificativas, sin que restrinjan a ellas las posibilidades comisivas de aquel. Eso acarrearía que las afectaciones a los bienes inmuebles que hagan imposible el ejercicio del derecho real correspondiente, aun cuando no fueran cometidas mediante invasión del inmueble, la permanencia ilícita o la expulsión de sus ocupantes, serían penalmente perseguibles. En caso contrario (primera tesis, con la que por cierto se identifica el autor de estas líneas),

13 “...no es necesario que el autor penetre materialmente en el inmueble, pues el delito también se comete si, en ausencia del tenedor, se disponen las cosas de modo de hacer imposible que pueda continuar en el goce de su anterior situación...” Fontán, 587.

si se pensara que la enunciación de la ley no es casual o meramente ejemplificativa (porque cuando es así se indica explícitamente) y que es necesario apegarse a su letra como garantía que es contra el poder público, se concluirá que no son típicas conforme a este inciso (ni los sucesivos) las hipótesis en que el “despojo” del derecho no se realiza por invasión, permanencia ilícita o expulsión del inmueble sobre el que está constituido aquel derecho. En resumen, no serían perseguibles.

El problema no sería tal de no existir esa parte final del inciso citado (“...sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”). De ser así, podría entenderse que “el despojo” del ejercicio de un derecho real relativo al inmueble, es una afectación al objeto que imposibilita ese ejercicio, sin que se requiera que se realice por invasión, permanencia ilícita o expulsión indebida de los ocupantes. Pero mientras ese trazo del inciso esté allí, debe aplicarse conforme al principio de legalidad criminal y comprobarse al menos alguno de esos actos.

A pesar de que en sus expresiones empíricas la naturaleza del dolo con que se realiza la acción, será casi con certeza una intencionalidad directa (en otras palabras, “dirigida a...” el apoderamiento), nada impide que, aunque algo poco frecuente en la práctica, hipotética y conceptualmente ese dolo puede ser eventual, en tanto el agente emplee, verbigracia la clandestinidad al invadir un inmueble, asumiendo la posibilidad de que esté despojando a otro de su posesión o del disfrute de un derecho real sobre aquel.¹⁴

El otro aspecto relevante en el inciso es el factor modal por el que se efectúan las acciones antes aludidas. Este puede consistir en el uso de la violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. El elenco contenido en la norma es *numerus clausus*, de manera que si la conducta para la realización de la invasión, la expulsión o la permanencia ilegítima no se efectúa por una de esas vías, es atípica. Adicionalmente, debe existir relación funcional

14 Un fallo del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José exigió el dolo directo para la comisión del delito. Ver V-280-10, de las 15:25 horas del 12 de marzo del 2010, consultado el 30 de noviembre del 2015, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ.

entre la acción, el medio y el resultado, pues en caso contrario ese factor modal no lo sería, sino que se trataría de una acción aparte, que podría ser reprimida si es que constituye un ilícito penal por sí sola (extorsión, amenazas agravadas o personales, agresión con armas, por ejemplo).

A primera vista podría pensarse que la enumeración es algo redundante, llama a confusión o es incompleta, al menos en lo que respecta a los tres primeros sustantivos. Para empezar, podría ser que las amenazas sean una clase de violencia, lo cual amerita una clarificación. La violencia psíquica es el avasallamiento de la voluntad ante la posibilidad de un mal serio; pero, a diferencia de las amenazas, la posibilidad de ese mal es inmediata, mientras que en las amenazas es mediata y ofrece un margen mínimo de maniobra a la víctima, cosa que no permite la violencia física o psíquica. Eso marca igualmente la diferencia entre el robo con violencia y la extorsión, o entre la violación sexual y la coacción. En resumen, violencia y amenazas son conceptos distintos. Como es lógico, también cabe la violencia física como forma de doblegar la voluntad.

Tanto la violencia física, como la moral o las amenazas con el propósito de realizar el despojo de un bien (sea mueble o inmueble), son infracciones a la autodeterminación que están desvaloradas en algunos delitos contra el patrimonio, como es precisamente el caso del inciso primero del artículo 225 del Código Penal. Siendo así, no cabe la doble imputación (por ejemplo, usurpación y extorsión, o usurpación y amenazas agravadas o personales). El cuadro varía si la fase ejecutiva de la usurpación (o del robo, por ejemplo) no se ha iniciado y la trama delictiva no continúa, pues habiéndose concretado aquellos ataques contra la autodeterminación, sí cabe imputar el delito instrumental ya cometido (coacción, amenazas, extorsión); el cual, de haberse intentado el despojo, habría sido subsumido por la usurpación, tentada o consumada.

El engaño con consecuencias patrimoniales dañosas podría evocar la figura de la estafa, en la que un engaño lleva a un daño. No obstante, a pesar de la similitud estructural, en este caso el objeto es diferente, porque el engaño a que se refiere este inciso, es el que pone al sujeto en condiciones de ejecutar el despojo material, que es el resultado desvalorado en la usurpación. En la estafa se ataca

el título por el que se posee (y ulteriormente podría perjudicar la posesión), en tanto que en la usurpación se ataca la posesión en sí misma o el objeto sobre el que se ejerce el derecho real. “...sólo habrá usurpación mediante engaño cuando el ocupante del inmueble sea inducido a error y por obra de él quede privado materialmente de la posesión o tenencia, sin que en nada se perjudique su derecho sobre el bien.”¹⁵

La insuficiencia que podría identificarse en esos elementos modales es la ausencia de la fuerza sobre las cosas, que parece no contemplada allí. Una posición podría sugerir que la fuerza sobre las cosas está inserta en la violencia, pues es una clase de esta, sólo que ya no dirigida contra las personas, sino contra las cosas. “La violencia... también comprende la fuerza que se despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva...”¹⁶ En sentido contrario, podría aseverarse que la distinción entre violencia y fuerza está establecida por la propia ley (artículo 212 de Código Penal), de guisa que no es permisible pasarla por alto y, en una interpretación *in malam partem*, darle un alcance mayor al que le corresponde a la noción de “violencia”. Por lo tanto, “...si hay sólo fuerza en las cosas no se da este delito”, concluye Bustos Ramírez.¹⁷ Aun así, presumo que en razón de las políticas represivas que prevalecen actualmente en Costa Rica, incluyendo en esa corriente a muchos tribunales de la República, esta tesis restrictiva no sería bien recibida y se optaría por incluir la fuerza sobre las cosas como una variante de “violencia”.¹⁸

Por lo demás, de dicha tesis se derivarían dos corolarios: i) como ya se señaló, la fuerza sobre las cosas (que no sea constitutiva también de violencia sobre las personas o de otros elementos modales allí indicados), no cumple con

15 Fontán, 590.

16 Creus, 594.

17 Bustos, 188.

18 Así V-474-92, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, emitido a las 11:05 horas del 9 de octubre de 1992, consultado el 30 de noviembre del 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>. También V-19-12, de las 15 horas del 19 de enero del 2012, dictado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, consultado el 30 de noviembre del 2015, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ.

ese factor de tipicidad, por lo que ese tipo de despojo no sería una de las formas de ejecución reguladas por el delito de usurpación; ii- si en el transcurso y con el propósito de un despojo como los previstos en la norma, se ocasionan daños por la fuerza sobre las cosas, estos no se hallan desvalorados o subsumidos, pudiendo ser encausados ambos ilícitos (usurpación y daños en concurso ideal). Lo anterior en el supuesto que los objetos sobre los que se dan los daños no formen parte del inmueble o parte usurpada, pues si así fuera su pérdida está subsumida en la pérdida del bien que integran.

Para terminar, el abuso de confianza y la clandestinidad ofrecen menos dificultades, toda vez que son conceptos poco aptos para ser confundidos con otras figuras típicas. En el primero se da un uso excesivo de las facultades otorgadas, que desemboca en un despojo total o parcial del inmueble, o bien en la inhibición del objeto para que se ejerza el derecho real sobre él. La víctima, en esa situación, ha conferido confianza al agente, quien aprovechándose de ella y quebrantándola, perpetra el despojo. El caso más habitual es cuando a alguien se le ha permitido el acceso a un inmueble o su uso, manteniéndose el agente en sitio más tiempo del autorizado o alegando luego mejores derechos.

En la clandestinidad ese otorgamiento de facultades no existe, sino que lo que sucede es que el despojo se opera al abrigo del ocultamiento o el desconocimiento del perjudicado o quien lo represente. Pero hay que tener cuidado, porque ese desconocimiento no es sinónimo de error, como en el despojo realizado por engaño. En este se induce a error al perjudicado, quien tiene una participación intelectual, mientras que en el caso de la clandestinidad él ignora lo que sucede.¹⁹ En la jurisprudencia nacional, se ha admitido como una variable de clandestinidad el desconocimiento por parte del ofendido (o su representante), aunque el hecho haya sido cometido a la vista de otras personas, ya que es aquel quien ejerce la posesión o el derecho real y quien puede proceder a defender ese ejercicio, y no personas ajenas.²⁰

19 Fontán, 591.

20 V-166-15 del Tribunal de Casación de Cartago, de las 18:50 horas del 15 de junio del 2009, consultado el 30 de noviembre del 2015, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ.

El segundo inciso del artículo 225 del Código Penal dispone que: “*Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: 2) A quien para apoderarse de todo un inmueble o parte de él, alterar los términos o límites.*”

Como es palpable, se trata de una situación disímil a las anteriores. El mecanismo para lograr apoderarse total o parcialmente de un inmueble, es la alteración de las marcas discontinuas (términos) o los límites (sean estos objetos naturales o artificiales); siempre que tengan carácter de permanencia o fijeza, pues de no ser así no delimitan los inmuebles.

En tiempos o ambientes en que las propiedades inmuebles no están debidamente medidas, dicha alteración puede repercutir en la certidumbre sobre la extensión de aquellas, ocasionando confusión sobre el punto en que una concluye y otra empieza.

Amén de la afectación total (poco probable) o parcial (más probable) del inmueble a través de la alteración de límites, son tres los rasgos esenciales de la disposición. Primero, debe realizarse con el afán de apoderamiento. Este rasgo lo separa de otras ilicitudes penales contra el patrimonio, como podrían ser los daños. No obstante, lo más llamativo es que además lo distancia de la usurpación del inciso primero, en la que lo que se sanciona es el “despojo” o desapoderamiento del inmueble, y no la intención de apoderarse de él valiéndose de la modificación de confines. Se refutará que en casi en todos aquellos casos el desapoderamiento o despojo viene acompañado de un apoderamiento por parte de otra persona; pero una cosa no implica la otra (aunque sea una situación excepcionalísima en la experiencia), ni el tipo penal del inciso primero lo exige. En el inciso primero el verbo es “despojar”, no “apoderarse”; mientras que en el inciso segundo esa voluntad de apoderarse sí tiene que existir, como se verá un poco más adelante. De suerte que, si la alteración de los límites no tiene la voluntad de apoderamiento, podría estarse ante otro ilícito (penal o civil), pero no ante una usurpación.

Segundo, esa usurpación sólo puede ser cometida por el ocupante del fundo aledaño, porque es el único que puede lograr el apoderamiento de esa

forma. Sobre decir que si la alteración es en su perjuicio (mueve los términos o los límites hacia el interior de su inmueble), la situación es atípica.

Tercero, ese afán de apoderamiento no necesariamente ha de concretarse para que se configure la acción prevista, pues se trata de un dolo específico que debe presidirla, pero que no tiene que realizarse para que se dé el delito. Es una finalidad del agente, no el verbo típico o resultado desaprobado. Bien puede acontecer que se alteren los límites, sin que se pueda tomar posesión u ocupar el inmueble o un segmento suyo, lo cual no es óbice para que se haya consumado el ilícito. Por otra parte, la realización de esa alteración con el propósito de apoderamiento, tampoco lleva a la consumación de delito, porque si subsisten señas o elementos que permitan saber con certeza dónde está el límite verdadero, por factores ajenos a la voluntad del agente, no se habría lesionado el bien jurídico, quedando la acción en grado de tentativa.²¹

Una pregunta interesante podría ser si se da la acción típica en aquellos casos en que, aun alterando o retirando las marcas, y con el propósito de apoderarse (total o parcialmente) del inmueble vecino, ello no es posible porque existe un sistema eficiente (registro en copia dura, digital o GPS) que permite saber cuáles son los límites verdaderos. Pareciera que la solución jurídico-penal que se impone es la del delito imposible (en el sentido del artículo 24 del Código Penal), sencillamente porque la incertidumbre buscada para hacerse con el inmueble aledaño, no es viable. Siendo así, el objeto sobre el que recae la acción no es susceptible del resultado desvalorado. No es que el medio empleado sea inidóneo (por eso no es una tentativa inidónea), sino que el objeto mismo no permite ese resultado, porque está supeditado a una serie de controles y seguridades que evitan su exposición a aquel. En tales circunstancias, debe estimarse que el delito es imposible y procesarse el hecho por otra infracción penal si la hubiere (por ejemplo, daños), así como dirimir el tema de la responsabilidad resarcitoria que cupiere²²; a menos, claro está, que la pretendida alteración sea sucedida por una invasión, expulsión o permanencia ilícita, con las

21 Creus, 599.

modalidades y efecto enumerados en el inciso primero, en cuyo caso se aplicaría este tipo penal.

En nuestra legislación no se prevé la destrucción de cosas (de los términos o límites) como forma de realización de ese ilícito, por lo que los eventuales daños no están subsumidos en él. Si bien empíricamente puede aseverarse que ella se ve acompañada con frecuencia por esa destrucción, tampoco tiene que ser así ni el tipo penal lo cobija. A nivel de juicio de tipicidad, sin embargo, el asunto reviste interés, ya que significa que, de haber daños y dado que no se hallan subsumidos en la alteración de términos o límites, deberían tenerse por un ilícito adicional, que concurrirá idealmente con la usurpación para cuya concreción fueron llevados a cabo.

Finalmente, tampoco están contempladas ni censuradas las amenazas o la violencia²³, por lo que estas podrían ser encausadas junto al ataque contra el patrimonio, como un delito aparte, ya sea en concurso ideal o material, según sea la especie en concreto.

En lo atinente al inciso tercero del artículo 225 del Código Penal, este preceptúa que: *“Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: 3) A quien, con violencia o amenazas turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”*

Surge de nuevo aquí el tema de las violencias y amenazas, de las cuales se comentó páginas atrás, tanto sobre su alcance como sobre su diferencia, por lo que debe remitirse al lector a lo antes consignado. Lo mismo que en aquella parte, debe estimarse que, a falta de cumplimiento de esos elementos modales, la conducta sería atípica.²⁴ Ello cuenta también para la fuerza sobre las cosas, que no está contemplada como forma de realización del ilícito. De igual tono, se hace

22 Esta es una discusión que, en los próximos años, habrá de sostenerse en lo que atiene a la “sustracción” de la esfera de custodia de bienes materiales que están sujetos a rastreo satelital global, pues salvo en los casos de destrucción (física o funcional del objeto), el seguimiento de los mismos se puede realizar, por lo que no serían susceptibles de ser sacados de esa esfera (subjettiva) de custodia.

23 Bustos, 188.

24 También en este caso, hay doctrina que incluye la fuerza sobre las cosas como una variable de la violencia tipificada. Ver Creus, 602.

alusión a la “posesión” y “tenencia”, cuyas características también fueron oportunamente abordadas al examinar el inciso primero de este mismo artículo.

Lo que sí resulta novedoso es el resultado que se desvalora en este inciso tercero. No radica en una intervención en el inmueble, ya sea para despojar a otro de él o para impedir el ejercicio de un derecho real sobre el mismo. Tampoco radica en una alteración de confines que lleve a ese apoderamiento. En el inciso tercero se castiga la “turbación” de la posesión, o sea trastornar, inquietar o alterar dicha posesión, aunque no se actúe directamente sobre el objeto (en este caso el bien inmueble). Igualmente, de acuerdo a lo que prevé este inciso tercero, la intención no es el desapoderamiento del bien o la remoción de sus límites, sino perturbar su posesión.

Por consiguiente, se tiene dos características que merecen mayor detenimiento, a saber: i- no se requiere de una intervención material sobre el objeto o bien inmueble; ii- el fin de este tipo de usurpación no es la desposesión, sino menos que eso, ya que es la turbación de la posesión.

En lo que concierne al primer aspecto, debe señalarse que es amplio el rango de protección penal otorgado al patrimonio inmueble en este precepto, valorando que existe un detrimento incluso si el agente no busca contacto material (propio o a través de otro) con el inmueble. Lo determinante, como ya se explicó, es que en esta hipótesis de tipicidad, la norma penal no demanda la intención de una intervención material sobre el objeto. En este sentido, la perturbación podría causarse a distancia (cortando la electricidad, impidiendo el flujo de aguas, destruyendo el acceso e incluso produciendo un ruido soez, si es que esos actos logran inquietar el pacífico disfrute del inmueble), sin necesidad de que el agente actúe inmediatamente sobre el bien. Si hay una alteración intencional de la posesión, por distante que sea la causa física de la misma, se estará concretando tal característica de la descripción legal. No obstante, esa alteración física debe verse acompañada por la violencia o amenazas para ser típica, pues de no ser así no se cumple con el elemento modal de este inciso. En la práctica, sin embargo, es altamente probable que los actos desarrollados para turbar la posesión, a fin de ser efectivos, sean de tal cuño que representan una forma de amenaza, violencia

física o psíquica (acarreado una agresión contra la autodeterminación de las personas), pues de lo contrario normalmente no serían turbatorios. Finalmente, es obligatorio recordarlo, ese inciso no contempla la fuerza sobre las cosas como forma de ejecución.²⁵

El segundo aspecto es que en esa descripción no se prevé como intencionalidad el traslado de la posesión hacia otro sujeto, la exclusión del actual poseedor o el impedirle el ejercicio de sus derechos sobre el bien a nadie, sino que la posesión se vea obstaculizada o dificultada. Esta variedad de usurpación tiene lugar sin necesidad de que se pretenda el desapoderamiento del objeto, sino simplemente buscando perturbar la posesión por parte de otro, estropeando su pacífico y tranquilo disfrute. Pero no cualquier contrariedad viene a constituir esa turbación. *“Acciones turbatorias son las que implican una limitación del uso y goce que la víctima tiene del inmueble, sin privarla totalmente de ellos. Ello así, porque lo que aquí se protege no es la posesión o tenencia en sí mismas sino el uso pleno que de ellas resulta. El autor debe realizar actos materiales, pues de otro modo, lo turbado no sería el uso y el goce del inmueble...”*²⁶ Por ende, los actos perturbatorios deben revestir un nivel de gravedad y agresividad que dificulten o deterioren la posesión, sin que la simple molestia (habitual entre vecinos urbanos) sea equivalente a una usurpación de esa clase, pues por muy incómoda que pueda resultar, no siempre llega al punto de perturbar la posesión ni tiene el dolo de que así sea.

En resumen, no se intenta producir una nueva posesión ni acabar con la actual, sino menoscabarla. Si fuera con aquellos propósitos de despojo, los actos perturbatorios podrían quedar en una etapa ejecutiva y constituir una tentativa; a

25 Cabe preguntarse si el cuestionamiento del título es suficiente para configurar esta índole de usurpación, debiendo responderse que no. El cuestionamiento puede dar pie a múltiples discusiones, pero por sí mismo no tiene la capacidad de perjudicar o malograr la posesión. Esta podría verse comprometida ulteriormente a partir de esa discusión (judicial o no), pero el acto de perturbación no sería el cuestionamiento en sí mismo, que no sería su causa eficiente, sino el acto que dispone una posible alteración de la posesión o incluso la suspensión o finalización de esta. En tales escenas, podría estarse ante otro ilícito (por ejemplo, de defraudación o de falsificación previa), pero no ante una usurpación.

26 Fontán, 594.

menos que el mismo se consume, caso este en el que el mero trastorno forma parte del ilícito final, constitutivo de la usurpación prevista en el inciso primero.

En algunas sedes equivocadamente se ha argumentado que no es admisible la tentativa en cuanto a la turbación de la posesión contemplada en esta norma, pues siendo esa turbación simplemente un acto ejecutivo (no consumatorio) del desapoderamiento previsto en el inciso primero, aquella tentativa sería sólo un acto preparatorio. Ese aserto es desatinado, por cuanto se trata de disposiciones diversas, que no solamente prevén momentos diferentes de consumación, y por ende de ejecución y preparación, sino también de propósitos. Si es que se está ante una tentativa o ante actos preparatorios, es algo que sólo se puede inferir confrontándolo con el tipo penal involucrado, y no sustituyéndolo por otro. Siendo así, no es admisible tratar de identificar el desarrollo o el estadio de una acción delictiva de acuerdo a la estructura de otro tipo penal. Es un error que debe evitarse, pues puede llevar, como se explicó, a una conclusión falaz por la falsedad de sus premisas.

Una aparente paradoja podría estribar en que si los actos son perturbatorios y están encaminados al desapoderamiento (total o parcial) del inmueble o a impedir el ejercicio de un derecho real sobre este, pero no se hallan en la fase ejecutiva (porque no hay inmediatez en el plan del autor o amenaza inminente para el bien jurídico), no configurarían una tentativa respecto al inciso primero, pero tampoco una consumación del inciso tercero (ambos del artículo 225 del Código Penal), pues el dolo final sería el del despojo y no la simple perturbación. Pero, en realidad, se trata de un problema inexistente. La perturbación no tiene por qué concebirse como el dolo final o único en el inciso tercero. Lo mismo que en cuanto a los delitos instrumentales que se pueda haber cometido en el desarrollo del plan delictivo, si estos están contemplados en la usurpación final, sea esta consumada o tentada, se sancionarán con ella. En caso de que no se llegara hasta la fase ejecutiva, al igual que se resolvería en cuanto a una extorsión, amenazas agravadas, daños u otro ilícito penal cometido con miras a ese despojo, este otro ilícito (instrumental) se aplicaría por sí mismo, con independencia del delito final que no se ejecutó. En esta situación, la usurpación

del inciso primero podría contar con un delito instrumental en el inciso tercero, que no es una tentativa de aquel, sino un delito en sí mismo y que, por lo tanto, podría ser atribuido si es que la trama de la usurpación por despojo del inciso primero, sólo llegó a la altura de una perturbación de la posesión, sin que alcanzara la ejecución o consumación de aquella. La única curiosidad que ofrece el caso, es que el delito instrumental de la posible usurpación prevista en el inciso primero del artículo 225 del Código Penal, se halla en su inciso tercero, y no en otro tipo penal, con una denominación independiente, pero ello es una secuela de la condición polimórfica de este delito y sus acciones constitutivas, según se dijo al inicio de estas páginas. La discusión podría propiciarse en cuanto a la proporcionalidad de las penas, pues no es lo mismo una pura perturbación de la posesión que la realizada para despojar a otro de un inmueble o un derecho sobre él, la cual irónicamente podría recibir una pena menor que la primera, al ser una tentativa. Pero esa es una cuestión que no involucra la sistemática normativa, sino la economía punitiva y que, conforme a los postulados de mínima y proporcional intervención del poder público, debe zanjarse al fijar la sanción en el caso específico, de acuerdo a las reglas de razonabilidad y demás parámetros contenidos en el artículo 71 del Código Penal.

Es necesario terminar estas líneas señalando que los ilícitos aquí abordados son susceptibles de ser cometidos por omisión, a través de la figura de la omisión impropia contenida en el artículo 18 del Código Penal. La misma sanciona a quien, estando en el deber de evitar el resultado y en la posibilidad de hacerlo, no lo impida. En estos casos, la usurpación, en cualquiera de las formas antes analizadas, es llevada a cabo por otro sujeto, siendo que quien está obligado a impedirlo, no cumple con su deber, evitando así el resultado desvalorado por el tipo penal, aun cuando se halle en circunstancias de poder hacerlo. Por esa razón, responde junto al perpetrador activo por el hecho injusto.

Espero que estas páginas sean de interés para alguien. Si no fuera así, al menos me habrán sido de provecho para ordenar mis propias ideas sobre el tema.

Referencias bibliográficas

- V-373-90 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). Recuperado el 2 de diciembre de 2015, de <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>
- V-278-91 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>
- V-405-93 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>
- V-474-92 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). Recuperado el 30 de Noviembre de 2015, de <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/jurisprudencia/derecho-penal>.
- V-233-15 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ
- V-280-10 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ
- V-19-12 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ
- V-166-15 (Tribunal de Casación de Cartago). Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ
- Bustos, J. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel.
- Castillo, F. (2008). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. I). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Creus, C. (1995). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. I). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Díez, L., & Gullón, A. (1985). *Sistema de Derecho Civil* (tercera ed., Vol. III). Madrid: Editorial Tecnos.
- Fontán, C. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial* (quinceava ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rescigno, P. (1976). *Manuale di Diritto Privato Italiano* (Segunda ed.). Nápoles: Casa Editrice.