

El elemento de la clandestinidad en el delito de usurpación

Cynthia Dumani Stradtman

Cuando se trata del delito de usurpación, muy a menudo surgen inquietudes respecto a los elementos que lo configura. Claramente se tiene establecido que este tipo penal tiene como bien jurídico tutelado la posesión que puede o no venir acompañada de la propiedad.

Lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, ya 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. (Creus, 1995, p. 591).

Por lo que es necesario que quien se reclama perturbado en su derecho sobre un inmueble debe al menos estar ejerciendo activamente la posesión sobre dicho bien.

La posesión es una subordinación de hecho, consciente y tutelada por el ordenamiento jurídico que se ejerce en los bienes de forma exclusiva, total o parcial, lo cual genera que la persona actúe sobre los bienes como su titular, con las limitaciones que señala la ley y el interés social (ZELEDÓN, Ricardo. "La Posesión"). Dicha subordinación es de hecho, pues se contrapone a la de derecho, o sea que para la posesión es trascendental el poder físico frente al jurídico, sin que ello implique desconocer lo jurídico ya que éste es fuente de derecho. La consciencia se relaciona con el tener "animus domini", o sea voluntad de poseer para que los actos posesorios tengan plena validez. La exclusividad significa que la persona debe ejercer su derecho posesorio sobre un determinado bien, sin que sea posible que otra la ejerza sobre él. Por último, la posesión implica un "actuar como titular", lo que es diferente del "ser titular", puesto que esto último está relacionado con el derecho de propiedad. (Tribunal Segundo Civil Sección 247 9:40:00, 12/05/2009).

Ahora bien, en cuanto al delito de Usurpación, uno de los elementos del tipo penal que genera discusión es el de la clandestinidad. La clandestinidad es el

estado de una situación jurídica (ej. la posesión) o frecuentemente de un acto jurídico (ej. formación de un matrimonio, constitución de una sociedad), que continúa secreta cuando es de interés de

terceros tener conocimiento de ella. (Guillien y Vincent, 2008, p. 70).

Demostrada la clandestinidad y siendo un elemento de la usurpación, se configura el tipo penal, sin que sea adicionalmente necesario otro requisito, ya que es un presupuesto independiente que, al igual que otros (por ejemplo el abuso de confianza), se basta por sí mismo, debiéndose únicamente comprobar adicionalmente la posesión del sujeto pasivo y la perturbación del sujeto activo sobre la tenencia del primero.

El artículo 225 del Código Penal establece los requisitos para la configuración del delito de usurpación, siendo uno de ellos el despojo del terreno de quien posee utilizando la clandestinidad. En ese sentido, se impone una pena de seis meses a cuatro años en los siguientes casos:

1) A quien por violencia o 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.

2) A quien para apoderarse de todo un inmueble o parte de él, alterare de todo un inmueble o parte de él, alterare los términos o límites.

3) a quien, por violencia o amenazas turbare la posesión o tenencia de un inmueble. (Así modificado mediante Ley 8720 del 4 de marzo del 2009, publicado en La Gaceta n.º 77 del 22 de abril de 2009).

Se trata de un delito de acción pública perseguible solo a instancia privada (artículo 18, inciso c) del Código Procesal Penal).

A. La clandestinidad: concepto

Uno de los elementos de tipicidad de este injusto penal es la “clandestinidad”.

La clandestinidad es la cualidad de clandestino, la cual se define como “*secreto u oculto, y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla*”. (Real Academia Española, 2001, p. 381).

La clandestinidad ocurre cuando se realiza algo en forma oculta o secreta. ¿Pero oculta o secreta para quién? ¿Podría considerarse que el acto que se oculta o que es secreto debe serlo para la generalidad de las personas, o solo se debe entender que lo sea para la persona afectada; es decir, quien mantiene la posesión sobre el inmueble en cuestión? ¿Puede entonces despojarse al sujeto pasivo en forma clandestina u oculta?

En realidad esa actuación oculta debe ser para quien sea la persona afectada; es decir, la persona poseedora o tenedora del terreno perturbado. Por lo que

basta que el infractor aproveche la ausencia del titular [...] -Sobre este aspecto, no puede ignorarse, lo que menciona Soler, quien señala que una de las típicas manifestaciones de la clandestinidad se produce cuando la usurpación se ejecuta respecto a inmuebles temporalmente deshabitados. (Soler, Sebastián. "Derecho Penal"- Tomo IV- Ed. TEA- Argentina 1873, p. 455). (Voto 107-2006 del Tribunal de Casación Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, de las diez horas cuarenta y dos minutos del nueve de marzo de dos mil seis).

Se entiende entonces que el despojo puede ocurrir en forma oculta, es decir, "clandestina", para luego enterar a quien ha sido despojado de que ha sido perturbado en su posesión, una vez que los actos perturbatorios se han dado.

La doctrina ha indicado que solo es necesario que no esté quien es titular, y que esto sea aprovechado por el sujeto activo para que se configure el delito y se dé el elemento de clandestinidad. (Sobre este aspecto Fontan Balestra, 1975).

Sin embargo, no solo que no esté es aprovechar que no está atento a los actos perturbatorios clandestinos para que se establezca el delito. Es como se ha entendido en la jurisprudencia general respecto a la actuación del sujeto activo:

El concepto de clandestinidad supone una actuación secreta y oscura, el término utilizado en el ilícito de usurpación debe entenderse en relación al poseedor o tenedor del inmueble, y no respecto a otras personas que por eventualidad, pero sin relación detentadora se encuentren en él.

(Voto 152-F-97 de las 11.20 horas del 28 de febrero de 1997, Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito de San José).

Es claro que debe entenderse de esta manera, porque la clandestinidad a quien perjudica es a quien posee, por lo que no puede considerarse que no se configura el delito de usurpación cuando el sujeto activo de la perturbación entra al terreno turbado en horas del día, o bajo las miradas de personas vecinas a transeúntes que no tienen interés directo en el inmueble. Puesto que no es requisito del tipo penal que los hechos ocurran en la noche.

El hecho de que su arribo a la vivienda haya sido en horas del día y ante los trabajadores que en ese momento estaban en la casa, pues con respecto a ellos no existía ninguna relación de tenencia o posesión sobre el inmueble; siendo lo verdaderamente importante, y por ende con repercusiones jurídicas, el hecho de

que la inculpada aprovechó la circunstancia de que el ofendido se encontraba ausente para proceder a ingresar a la propiedad y mantenerse en ella, despojando a aquel de su legítima posesión al excluirlo del uso y goce pacífico que del inmueble podía hacer en su condición de propietario y poseedor. (Voto 152-F-97 de las 11.20 horas del 28 de febrero de 1997, Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito de San José).

B. Ausencia del poseedor

Tres aspectos hay que resaltar de la persona poseedora o tenedora del bien:

- a) Los hechos ocurren generalmente en ausencia de la legítima persona poseedora.
- b) La persona poseedora no tiene obligación de estar todo el tiempo en él o tener a alguien veinticuatro horas en el terreno para que pueda existir la perturbación proveniente de la actuación clandestina del sujeto activo. Considerar lo contrario sería ir contra la lógica y el sentido común, ya que la persona poseedora del terreno también es un ser humano que necesita suplirse de bienes para subsistir, debe acudir al médico o a la médica; visita a personas amigas y familiares; se va de vacaciones y puede tener también un trabajo fuera del lugar donde se encuentra el inmueble que lo obligue a permanecer por varias horas fuera del terreno que posee. Incluso el inmueble puede que lo visite regularmente, pero no diariamente, ya que no necesariamente que posea el terreno implica que sea su lugar de residencia.
- c) Aunque su presencia en el terreno no sea las veinticuatro horas del día, hay que recalcar que la posesión del sujeto pasivo o víctima debe ser activa, mediante el cuidado de cercas, chapeas, reparación de lo que se tenga construido, o bien, mediante cultivos, ganado, regeneración forestal, alquiler a terceras personas que utilicen o posean el inmueble en su nombre.

Es importante destacar que la entrada de la persona invasora en forma clandestina; es decir, la perturbación de la posesión en forma oculta, ocurre generalmente cuando la persona poseedora está ausente, o cuando no pueda percatarse de la acción de quien pretende tomar el inmueble en esa forma.

Evidentemente, y como se indicó, no se puede esperar que la persona poseedora permanezca todo el tiempo en el inmueble; pero tampoco es su obligación que tenga un guarda en la entrada del terreno o haciendo rondas, ya que tener terceras personas al cuidado de lo propio genera gastos que muy a menudo la persona poseedora no puede desembolsar.

Tampoco la ley exige la permanencia continua del poseedor o propietario de modo continuo en el terreno ni el pago de una vigilancia, para entender que realiza actos de posesión en el inmueble. (Tribunal de Casación de Cartago, voto número 166 de las dieciocho horas cincuenta minutos del quince de junio de dos mil nueve).

Sin embargo, y como ya se ha mencionado, es de especial importancia destacar que el sujeto pasivo sí debe demostrar que realiza actos posesorios en el terreno perturbado, porque quien está legitimado puede excluir la invasión o denunciar, ya que la posesión es el bien tutelado en el delito de usurpación, sin que necesariamente se tenga propiedad del inmueble.

La clandestinidad ha de entenderse, en relación a quien legítimamente pueda excluir la invasión en el fundo, pues es la única persona interesada en que el hecho no suceda [...]. (Tribunal de Casación de Cartago, voto número 166 de las dieciocho horas cincuenta minutos del quince de junio de dos mil nueve)

C. El sujeto activo debe tener conocimiento que no tiene legitimación para entrar en el inmueble

El sujeto activo debe tener conocimiento que no tiene legitimación para entrar en el inmueble, y lo hace sabiendo que se oculta de su legítimo poseedor. Es decir su actuación debe ser dolosa.

[...] la inculpada aprovechó la circunstancia de que el ofendido se encontraba ausente para proceder a ingresar a la propiedad y mantenerse en ella, despojando a aquél de su legítima posesión al excluirlo del uso y goce pacífico que del inmueble podía hacer en su condición de propietario y poseedor. (Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, voto 152-F-97 de las 11:20 horas del 28 de febrero de 1997).

D. Conclusiones

Se puede concluir entonces que la clandestinidad se demuestra cuando el sujeto pasivo ingresa al inmueble en secreto, despojando de la legítima posesión de quien la tiene en forma pública, pacífica y a título de dueño. Este ingreso puede ocurrir en ausencia de la persona poseedora, o bien mediante mecanismos que no logre ser percibido. La clandestinidad no precisa de un momento preciso, puede darse a cualquier hora del día, sin tener alguna importancia que suceda delante de personas o vecinos que no tengan interés

sobre el inmueble. Debe existir un ánimo claro del sujeto activo de despojo de la posesión o la tenencia del sujeto pasivo en forma dolosa. La clandestinidad es un elemento independiente, por lo que basta su demostración para que el tipo penal de la usurpación se configure.

Bibliografía

Creus, C. (1995). *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires:

Editorial Astrea, Fontan Balestra, C. (1975). *Derecho Penal*. Tomo

VI, Argentina.

Guillien, R. y Vincent, J. (2008). *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Español*. Vigésima segunda edición, tomo 3. Madrid: Espasa.