

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO
SUMARIO INTERDICTO DE AMPARO DE POSESIÓN O DE
TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL EN EL DELITO
DE USURPACIÓN**

ZAIRA GABRIELA SABAN GARNICA

GUATEMALA, AGOSTO 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO SUMARIO INTERDICTO
DE AMPARO DE POSESIÓN O DE TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL
EN EL DELITO DE USURPACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

ZAIRA GABRIELA SABAN GARNICA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

| | |
|------------|--|
| DECANO | Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana. |
| VOCAL I | Lic. Cesar Landelino Franco López |
| VOCAL II | Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi |
| VOCAL III | Lic. Luis Fernando López Díaz |
| VOCAL IV | Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez |
| VOCAL V | Br. Pablo José Calderón Gálvez |
| SECRETARIO | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

| | |
|-------------|-------------------------------|
| Presidente: | Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval |
| Vocal: | Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo |
| Secretario: | Lic. Dixon Díaz |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| Presidenta: | Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez |
| Vocal : | Lic. Homero Nelson López Pérez |
| Secretario: | Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez |

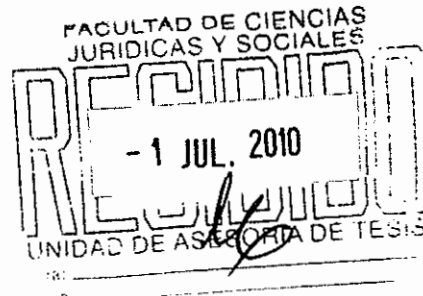
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. MARCO ANTONIO CORTEZ SIS
11 Calle "B" 18-72, zona 1 Mixco, Guatemala
Tel. 2434-5446



Guatemala, 01 de julio del 2010

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Presente



Estimado Lic. Castro:

Atentamente informo a usted que procedí a revisar la tesis elaborada por la estudiante **Zaira Gabriela Saban Garnica**, titulada **"LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO SUMARIO INTERDICTO DE AMPARO DE POSESIÓN O DE TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL EN EL DELITO DE USURPACIÓN"**; me complace manifestarle que:

El presente trabajo se apoya en un estudio jurídico y doctrinario, basado en la importancia que merece la aplicación del principio de última ratio, aplicado en el juicio sumario interdicto de amparo de posesión o de tenencia, frente al delito de usurpación, los cuales están regulados y protegidos en ordenes jurídicos de diferente naturaleza, la falta de aplicación del principio de última ratio, causa grave perjuicio al sistema de justicia y por ende a la sociedad, toda vez que el derecho penal debe ser utilizado como último recurso, no solamente en el presente caso, sino en todos aquellos en los que el conflicto pueda solucionarse por otra rama del derecho que no sea la penal.

Para la realización del presente trabajo de tesis la estudiante empleó métodos y técnicas de investigación adecuados y de utilidad para su desarrollo. Con la aplicación del método analítico, determinó la importancia del principio de última ratio, a fin de que deba acudir a la vía penal, en última instancia, y respetar el debido proceso; también utilizó el método sintético, con el cual señaló lo fundamental de estudiar los principios inclusivos del derecho penal, el método inductivo estableció la obligación del Estado de proteger la propiedad privada partiendo de la Constitución Política de la República de Guatemala; el método deductivo indicó la protección de la figura de posesión y tenencia protegida en el derecho civil y penal, finalmente con el método jurídico, analizó la legislación aplicada.



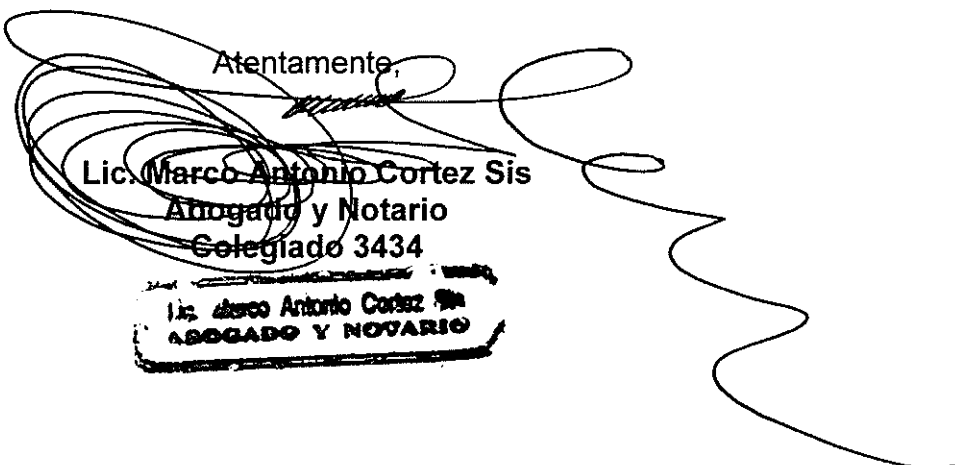
La contribución científica del trabajo es de importancia, debido a que el contenido es de interés para los juristas, siendo el trabajo de tesis un aporte significativo y llevado a cabo con esmero por parte de la sustentante.

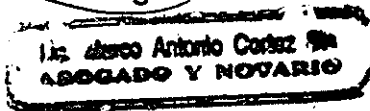
Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con la Bachiller Saban Garnica, le sugerí varias correcciones al desarrollo de los capítulos, a las conclusiones y recomendaciones de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; y la sustentante estuvo de acuerdo en llevarlas a cabo.

En ese sentido procedo hacer revisión de la redacción en el contenido del presente trabajo, se subsana la misma con mi aprobación.

Por lo anteriormente expuesto considero que el trabajo de investigación desarrollado llena los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo respectivo, por lo que emito dictamen favorable.

Atentamente,


Lic. Marco Antonio Cortez Sis
Abogado y Notario
Colegiado 3434


Lic. Marco Antonio Cortez Sis
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES. Guatemala, 5 de agosto de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) DANILO ANTONIO TAGER CASTELLANOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **ZAIRA GABRIELA SABAN GARNICA**, Intitulado: " **LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO SUMARIO INTERDICTO DE AMPARO DE POSESIÒN O TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL EN EL DELITO DE USURPACIÒN .**"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



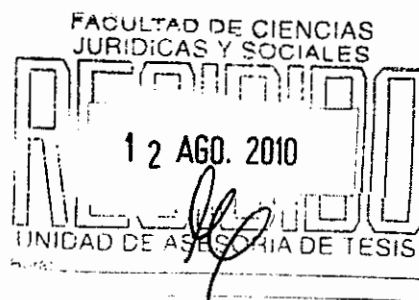
cc.Unidad de Tesis
MTCL/ ell.



LIC. DANILO ANTONIO TAGER CASTELLANOS
6ª. Avenida 12-21, zona 1 Edificio Braun Valle, Of. 302 Guatemala, Ciudad.
Tel. 5470-6792

Guatemala, 12 de agosto del 2010

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Presente



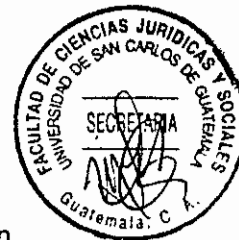
Estimado Lic. Castro:

Atentamente informo a usted que procedí a revisar la tesis elaborada por la estudiante **Zaira Gabriela Saban Garnica**, titulada **"LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO SUMARIO INTERDICTO DE AMPARO DE POSESIÓN O DE TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL EN EL DELITO DE USURPACIÓN"**; me complace manifestarle que:

El presente trabajo analiza de forma jurídica y doctrinaria la importancia que merece la preeminencia del derecho civil en el juicio sumario interdicto de amparo de posesión o de tenencia, frente al delito de usurpación, ello, en virtud que ambos ordenamientos, protegen la figura de la posesión y tenencia de bienes inmuebles, por lo que al aplicarse el principio de subsidiariedad o última ratio, merece preeminencia el derecho civil, frente al Derecho penal por ser el último recurso a utilizar, cuando un conflicto no puede ser dilucidado por otra vía, en el presente caso tiene solución a través de la vía civil.

Los métodos y técnicas de investigación empleados en la elaboración del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo del mismo. Se utilizó, el método analítico, con el cual se determinó la importancia del principio de ultima ratio; con el método sintético, señaló lo fundamental de estudiar los principios inclusivos del derecho penal; a través del método inductivo se estableció la obligación del Estado de proteger la propiedad privada; y el método deductivo indicó la protección de la posesión y tenencia que ambos ordenamientos jurídicos protegen, finalmente con el método jurídico, se analizan aspectos teóricos.

Considero que la contribución científica del trabajo de tesis que me permito revisar, no solamente es de gran importancia, sino de mucha utilidad en la actualidad, debido a que el contenido es de interés para los juristas, siendo con ello, un aporte significativo y llevado a cabo con esmero por parte de la sustentante.



Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son apropiadas y se relacionan con todo el contenido de la tesis. Después de reunirme con la Bachiller Saban Garnica, me permití sugerirle algunas correcciones tanto de forma como de fondo, considerando que son cambios positivos en el desarrollo de los capítulos, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; y la sustentante estuvo de acuerdo en llevarlas a cabo.

La redacción es otro aspecto importante para la elaboración de la presente tesis, por lo que se realizaron cambios los cuales se solicitan previo a la probación y se realizan todos con mi aprobación.

Por lo anteriormente expuesto considero que el trabajo de investigación desarrollado llena los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo respectivo, por lo que emito dictamen favorable.

Atentamente

Lic. Danilo Antonio Tager Castellanos
Abogado y Notario
Colegiado

Lic. Danilo Antonio Tager Castellanos
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



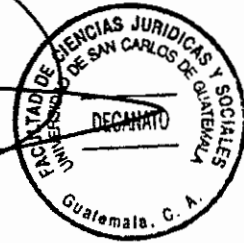
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ZAIRA GABRIELA SABAN GARNICA, Titulado LA PREEMINENCIA DEL DERECHO CIVIL EN JUICIO SUMARIO INTERDICTO DE AMPARO DE POSESIÓN O DE TENENCIA FRENTE AL DERECHO PENAL EN EL DELITO DE USURPACIÓN Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

0704

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su poderío y majestad y reconocer que sin Él, nada es posible.
- A MIS PADRES:** **Domingo Saban, y Sonia Estela Garnica de Saban, (Q.E.P.D)**, por todo su amor y apoyo incondicional, este éxito es especialmente para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** **Yara Fabiola, Madeline Raquel**, por su apoyo y motivación para lograr esta meta.
- A MI HIJO:** **Rodrigo Gabriel**, por darme las fuerzas para alcanzar mi sueño y hacerlo realidad
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Gracias por el apoyo moral que me brindaron para llegar a ser una profesional.
- A MIS COMPAÑEROS:** **Sulma Arriaga, Viviana Soto, Elfido Geovany de Paz**, de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales. Gracias por su perdurable y valiosa amistad.
- A LOS LICENCIADOS:** **Marco Antonio Cortez Sis, Danilo Tager**, por sus enseñanzas y apoyo.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por transmitirme sus conocimientos.
- EN ESPECIAL A:** **La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.** Por hacerme sentir orgullosa de pertenecer a esta casa de estudios.

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. El derecho de posesión..... | 1 |
| 1.1 Antecedentes..... | 1 |
| 1.2 Naturaleza jurídica de la posesión..... | 2 |
| 1.2.1 Teoría subjetiva de Savigny | 5 |
| 1.2.2 Teoría objetiva de Ihering | 5 |
| 1.2.3 Teoría de Saleilles | 7 |
| 1.2.4 Críticas a las teorías subjetiva y objetiva | 8 |
| 1.3 Elementos de la posesión..... | 10 |
| 1.4 Clases de posesión..... | 11 |
| 1.4.1 Posesión natural y posesión civil | 12 |
| 1.4.2 Posesión en concepto de dueño y posesión en concepto distinto del dueño | 12 |
| 1.4.3 Posesión mediata y la posesión inmediata | 13 |
| 1.4.4 Posesión de buena fe | 14 |
| 1.4.5 Posesión de mala fe | 15 |
| 1.4.6 Posesión continua | 15 |
| 1.4.7 Posesión discontinua..... | 15 |
| 1.4.8 Posesión justa..... | 16 |
| 1.4.9 Posesión injusta..... | 16 |
| 1.4.10 Posesión pública y posesión clandestina..... | 16 |
| 1.4.11 Posesión exclusiva y coposesión..... | 17 |
| 1.4.12 Posesión registrada y posesión no registrada..... | 17 |
| 1.5 Ordenamientos jurídicos que defienden la figura de la posesión... | 18 |
| 1.5.1 Desde el punto de vista constitucional | 19 |
| 1.5.2 Desde el punto de vista civil | 10 |
| 1.5.3 Desde el punto de vista penal | 21 |

CAPÍTULO II

| | | |
|-----------|---|----|
| 2. | Los interdictos..... | 25 |
| 2.1 | Concepto..... | 25 |
| 2.2 | Regulación legal..... | 25 |
| 2.3 | Clases de interdictos..... | 27 |
| 2.3.1 | Interdicto de adquirir | 27 |
| 2.3.2 | Interdicto de retener | 28 |
| 2.3.3 | Interdicto de recobrar | 29 |
| 2.3.4 | Interdicto de obra nueva | 31 |
| 2.4 | Aspectos generales sobre posesión y tenencia..... | 32 |
| 2.4.1 | Posesión..... | 33 |
| 2.4.1.1 | Dificultades que presenta el estudio de la posesión | 35 |
| 2.4.2 | Tenencia | 36 |
| 2.4.2.1 | Clasificación de tenencia..... | 36 |
| 2.4.2.1.1 | Tenencia absoluta..... | 36 |
| 2.4.2.1.2 | Tenencia relativa..... | 37 |
| 2.5 | Diferencia significativa entre posesión y tenencia..... | 38 |
| 2.6 | Distinción entre posesión y dominio | 38 |
| 2.7 | Confusiones corrientes entre dominio, posesión y tenencia.... | 40 |
| 2.8 | Teorías clásicas que rigen los interdictos | 42 |

CAPÍTULO III

| | | |
|---------|--|----|
| 3. | El delito y las penas | 45 |
| 3.1 | Definición de delito..... | 45 |
| 3.2 | Teoría del delito..... | 46 |
| 3.2.1 | Elementos del delito..... | 47 |
| 3.3 | Delito penal y delito civil | 47 |
| 3.4 | Crimen y delito..... | 48 |
| 3.5 | Falta o contravención..... | 48 |
| 3.6 | Evolución histórica de la pena | 49 |
| 3.6.1 | Antecedentes..... | 49 |
| 3.6.1.1 | Época de la venganza o fase vindicativa..... | 50 |



| | Pág. |
|---------|--|
| 3.6.1.2 | Época o fase expiacionista o de retribución..... 52 |
| 3.6.1.3 | Fase del nacimiento de la pena de prisión o correccionalista 53 |
| 3.6.1.4 | Fase socializante 54 |
| 3.7 | Escuelas penales 55 |
| 3.7.1 | Escuela clásica..... 55 |
| 3.7.2 | Escuela positivista..... 57 |
| 3.8 | La pena..... 58 |
| 3.8.1 | Efectos..... 61 |
| 3.8.2 | Características..... 62 |
| 3.8.2.1 | Personal 62 |
| 3.8.2.2 | Proporcionada..... 63 |
| 3.8.2.4 | Determinada 64 |
| 3.8.2.5 | Flexible 64 |
| 3.8.2.6 | Pronta e ineludible 65 |
| 3.8.2.7 | Individualizada 66 |
| 3.9 | Clasificación de la pena..... 66 |
| 3.9.1 | Atendiendo al fin que se proponen alcanzar, las penas pueden ser 67 |
| 3.9.1.1 | Intimidatorias 67 |
| 3.9.1.2 | Correccionales o reformatorias..... 67 |
| 3.9.1.3 | Eliminatorias 67 |
| 3.9.2 | Atendiendo a la materia 68 |
| 3.9.2.1 | La pena capital 68 |
| 3.9.2.2 | La pena privativa de libertad 69 |
| 3.9.2.3 | Pena restrictiva de libertad 69 |
| 3.9.2.4 | Pena restrictiva de derechos 69 |
| 3.9.2.5 | Pena pecuniaria 70 |



| | Pág. |
|--|------|
| 3.9.3 Atendiendo a la importancia de las penas | 70 |
| 3.9.3.1 Penas principales | 70 |
| 3.9.3.2 Penas accesorias | 70 |
| 3.10 Aplicación de las penas..... | 71 |
| 3.10.1 Penas principales | 72 |
| 3.10.2 Penas accesorias | 73 |

CAPÍTULO IV.

| | |
|--|----|
| 4. Análisis doctrinario y legal de los Artículos 256 y 257 del Código Penal. | 77 |
| 4.1 Antecedentes del delito de usurpación en Guatemala..... | 77 |
| 4.2 Definición | 78 |
| 4.3 Clases de usurpación..... | 78 |
| 4.3.1 Usurpación de bienes inmuebles..... | 79 |
| 4.3.1.1 Elementos | 79 |
| 4.4 Análisis del Artículo 256 del Código penal..... | 80 |
| 4.4.1 Bien jurídico tutelado | 82 |
| 4.4.2 Elementos del delito de usurpación | 83 |
| 4.4.2.1 Violencia | 83 |
| 4.4.2.2 El engaño | 84 |
| 4.4.2.3 El abuso de confianza | 85 |
| 4.4.2.4 La clandestinidad | 86 |
| 4.5 Análisis del Artículo 257 del Código Penal..... | 88 |
| 4.6. Fase administrativa del delito de usurpación ante el Ministerio Publico..... | 89 |
| 4.7. Conversión de los delitos de acción pública en acción privada | 96 |
| 4.8. Necesidad de reformar los Artículos 256 y 257 del Código penal... 97 | |
| 4.8.1. La inconstitucionalidad del segundo párrafo del Artículo 256 del Código Penal..... | 97 |



CAPÍTULO V

| | | |
|---------|--|-----|
| 5. | Obstáculos al ejercicio de la persecución penal y la ultima ratio..... | 103 |
| 5.1 | Introducción..... | 103 |
| 5.2 | La cuestión prejudicial..... | 104 |
| 5.2.1 | Prejudicialidad civil..... | 104 |
| 5.2.2 | Prejudicialidad penal | 104 |
| 5.2.3 | Prejudicialidad por otras vías..... | 105 |
| 5.2.3.1 | Cuestión prejudicial a solicitud de la defensa del sindicato | 105 |
| 5.2.3.2 | Cuestión prejudicial a solicitud del Ministerio Público | 106 |
| 5.3 | El antejuicio | 107 |
| 5.4 | Excepciones | 108 |
| 5.4.1 | La incompetencia | 109 |
| 5.4.1.1 | Competencia material | 109 |
| 5.4.1.2 | Competencia objetiva | 110 |
| 5.4.1.3 | Competencia funcional..... | 111 |
| 5.4.1.4 | Competencia territorial | 111 |
| 5.4.1.5 | Competencia por conexión | 111 |
| 5.5 | La ultima ratio | 113 |
| 5.5.1 | Principio de subsidiariedad..... | 113 |
| 5.5.1.1 | El principio de subsidiariedad en la doctrina Social de la iglesia | 114 |
| 5.5.1.2 | El principio de subsidiariedad en el derecho | 115 |
| 5.5.1.3 | Responsabilidad civil..... | 115 |
| 5.5.1.4 | Subsidiariedad sansonatoria..... | 116 |
| 5.6 | Principio de subsidiariedad en las fuentes del derecho..... | 116 |
| 5.7 | Aplicación del principio de subsidiariedad en el delito de usurpación..... | 117 |
| 5.8 | Principios limitadores del derecho penal | 120 |
| 5.8.1 | Intervención mínima | 120 |
| 5.8.2 | Legalidad formal | 121 |



Pág.

| | |
|---|-----|
| 5.8.3 Irretroactividad | 121 |
| 5.8.4 Máxima taxatividad legal e interpretativa | 121 |
| 5.8.5 Pro derechos humanos | 122 |
| 5.8.6 Humanidad | 122 |
| 5.8.7 Trascendencia mínima | 122 |
| 5.8.8 Doble punición | 122 |
| CONCLUSIONES..... | 123 |
| RECOMENDACIONES..... | 125 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 127 |



INTRODUCCIÓN

La función que desempeño como Auxiliar Fiscal del Ministerio Público, me ha permitido observar la manera en la que se investigan las denuncias, que ingresan por el delito de usurpación, las cuales no se diligencian estrictamente en atención al Artículo 256 del Código Penal; la similitud de esta figura en relación al interdicto de amparo de posesión o de tenencia y el conflicto que genera, me motivó a realizar la presente investigación, la cual tiene como propósito demostrar que se desconoce mucho sobre la aplicación del principio de subsidiariedad o última ratio, y que en este caso particular, merece preeminencia el derecho civil frente al derecho penal.

Que al aplicar el principio de última ratio los profesionales del derecho sepan que aunque no exista una norma legal que prohíba dilucidar un conflicto en materia de posesión por la vía penal, se le debe dar preeminencia al derecho civil ya que dicha figura es acogida ampliamente en el Código Civil; una de las principales causas que influyen a colocarlo en preeminencia es porque la justicia penal, debe actuar solo en aquellos casos que los conflictos no puedan ser dilucidados por otra vía, por lo que en este caso admite solución a través de la vía de los interdictos.

El Ministerio Público, debe velar por el estricto cumplimiento de las leyes en el país; promoviendo la cuestión prejudicial en estos casos, y hacer valer el principio de última ratio, obligar a las partes a dilucidar su conflicto por la vía civil, y conocer solo hasta que el juez certifique por el delito, tal como sucede en los juicios ejecutivos en los que se reclama pensión alimenticia, en la cual una vez se ha agotado la vía civil, el juez certifica al Ministerio Público, para que investigue.

En el primer capítulo de esta investigación, se aborda el tema de el derecho de posesión; el segundo capítulo se estudia la figura de los interdictos; en el tercer capítulo se aborda el estudio del delito y las penas; en el cuarto capítulo se presenta un análisis doctrinario y legal de los Artículos 256 y 257 del Código Penal y en el quinto capítulo, se abordan los obstáculos al ejercicio de la persecución penal y la última ratio.



En la presente investigación se utilizaron los métodos analítico-sintético e inductivo-deductivo, en virtud que son complementarios; con el método de ascensión se vinculan e integran los métodos antes descritos al igual que el método histórico; en lo que se refiere a las técnicas de investigación se utilizaron las bibliográficas ya que con estas se desarrolla en gran parte el proceso de investigación.

Sirva a los juristas del país esta investigación ya que en ella se explica el procedimiento a seguir, en caso de presentarse una denuncia ante el Ministerio Público, por el delito de usurpación, la cual previo a investigarse debe tener la certificación del juzgado de ramo civil que haya conocido sobre el interdicto de amparo de posesión o de tenencia, lo cual puede exigir el ente investigador, por aplicación del principio de última ratio, puesto que el derecho penal, debe ser la última vía en resolver.



CAPÍTULO I

1. El derecho de posesión

1.1 Antecedentes

Primitivamente la posesión se manifestó por actos del hombre, de apropiación y ocupación de tierras y cosas integraban el mundo físico y natural en el cual vivía, y fue regulada diversamente e influida por la evolución política, social y económica.

“En las comunidades primitivas, posesión y propiedad se confundían, hasta que el derecho romano comienza a regular la propiedad de forma separada remarcando sus diferencias. Según esta doctrina, la posesión era un estado protegible. Posteriormente el derecho canónico le dará una mayor ampliación de protección a la mera detentación del bien o derecho. El derecho germánico le otorgó aún más importancia. De tal manera que no fuese presumible sino mas bien detentable”.¹

Desde la más remota antigüedad la apropiación y la ocupación aseguraron el dominio sobre los bienes, que mantuvo por la fuerza física, o porque haya existido entonces, aún precariamente alguna doctrina, un orden jurídico que delimitara los derechos y, por tanto, la coexistencia proveniente de la autoridad del padre de familia, del jefe guerrero, de tribu o clan, según la época histórica.

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/posesi%C3%B3n> (01-06-2011)



Respecto al concepto de posesión Guillermo Cabanellas, argumenta: “posiblemente el concepto de posesión sea el más sutil y discutido del derecho privado. Sin pretensiones de terciar en problema quizás irresoluble, ya que las épocas y el derecho positivo influyen poderosamente en la cuestión cabe citar la opinión de diversos autores. Así para Planiol y Ripert se trata del ejercicio de un simple poder de hecho sobre una cosa que corresponde exteriormente al ejercicio de un derecho”.²

Etimológicamente, “la palabra posesión se deriva de la voz latina sedere, que significa estar sentado, o bien sentarse, y del prefijo latino pos, cuyo significado tiende a reformar la palabra, dándole el sentido establecido y que, posiblemente el prefijo pos viene de la palabra pot, que dentro de las raíces latina era muy usual al referirse al poder o al ejercicio del poder con la traducción potsun y potems”.³

1.2 Naturaleza jurídica de la posesión

La imprecisión de la definición y la necesidad de una detentación efectiva del bien o derecho, llevan a la mayor parte de la doctrina a considerar la posesión como un hecho con efectos jurídicos.

Si bien la posesión no es un derecho en sí, es necesaria una protección de la misma, de forma que un poseedor no se vea en la obligación de probar su título posesorio (el motivo por el cual posee lícitamente) cada vez que alguien intente interrumpir su posesión.

² Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 504.

³ Castan Tobeñas, Jose, *Derecho civil español, común y foral*, pág. 544.



No se ha determinado con claridad el origen de la posesión en cuanto al derecho romano, pues por consiguiente ha motivado el surgimiento de polémicas en cuanto a la naturaleza jurídica de la posesión, y como consecuencia se han estructurado varias posiciones.

Algunos tratadistas consideran a la posesión como un simple hecho de relación del hombre con las cosas. Otros la consideran como un derecho, puesto que la posesión es un interés jurídicamente tutelado, y reúne entonces las características esenciales de derecho subjetivo.

De acuerdo con la más reciente doctrina, se nos indica que la posesión, no es un simple hecho, no es sólo una relación material, sino que también es un derecho. Se afirma que también es un derecho, por las consecuencias jurídicas de la posesión, entre ellas: a) el derecho del poseedor a los frutos; b) El derecho del poseedor para el reintegro de los gastos causados; c) la responsabilidad del poseedor por los deterioros sufridos en la cosa.

Algunos autores aún discuten si la posesión se refiere a un derecho personal o a un derecho real; pero resulta mejor aceptada la doctrina que considera que la Posesión es un Derecho Real, por la inmediatividad del hombre con la cosa.

Existen dos teorías que se han elaborado para tratar de explicar el nacimiento de esta institución, la primera manifiesta que los fundos eran propiedad del Estado y éste se los dio a los particulares para la explotación, mediante el pago de un canon,

por lo cual pasaron a tener la calidad de tenedores de tierras y, por consiguiente no podían defenderse de las acciones reivindicatorias, resultaba necesario entonces la concesión de una defensa especial que les pudiera amparar contra las eventuales explotaciones; es el punto de partida de esta institución la tutela que les fue concedida a los poseedores.

La segunda teoría argumenta que el origen arranca de la cosa discutida que el magistrado romano hacia a uno de los litigantes, mientras que dilucidaba la cuestión referente a la propiedad de la misma, hasta que se determina fehacientemente quien es el propietario, el tenedor de la cosa tenía la calidad jurídica de poseedor.

Hay una teoría que le confiere a la posesión un doble carácter: "la verdad de todo es que la posesión puede llamarse un hecho o un derecho según se mire a los elementos de hecho o de derecho que esta integrada; pero cuando se considera en conjunto, en la disciplina a que la ley somete, en la protección que esta le otorga, la posesión asume el carácter de un verdadero y propio derecho"⁴

"Ripert y Boulager, entienden por posesión, el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa determinada, ya que se puede ser poseedor de cosas consideradas individualmente, que componen una universalidad en si misma. La posesión será en consecuencia el poder que una persona ejerce efectiva e independientemente sobre una cosa, con la finalidad de utilizarla económicamente".⁵

⁴ Castan Tobeñas, **Ob. Cit**; pág. 580.

⁵ [www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp\(02/04/2007\)](http://www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp(02/04/2007))

“La vieja disputa sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, se resuelve observando que la misma nace como relación de hecho (aprehensión, uso, o entrega) que al momento nacida se convierte en relación de derecho, en cuanto súbitamente es productora de efectos jurídicos, toda vez que el poseedor, como tal, es admitido a continuar poseyendo y es tutelado aun cuando no está asistido a continuar poseyendo y es tutelado aun cuando no está asistido de un título de adquisición de la posesión”.⁶

Mucho se discute en la doctrina, cual es la naturaleza del derecho de posesión, Savigny, perfiló la posesión dentro de los derechos de obligación, quien supuso que la protección a la posesión represente una defensa a la personalidad atacada. La opinión mas generalizada y aceptable es que: “la posesión es un derecho real de naturaleza particular en cuanto es objeto de una protección meramente provisional”⁷

1.2.1 Teoría subjetiva de Savigny

La naturaleza jurídica de la posesión, según la teoría subjetiva de Savigny, fue adoptada por el Código de Vélez. Para esta teoría la posesión tiene tres elementos: Corpus, Animus genérico, Animus dominis.

Savigny, “mantiene la doctrina subjetiva de la posesión, expresa que la posesión es una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual,

⁶ Castan Tobeñas, **Ob. Cit**, pág. 580.

⁷ **Ibid**, pág. 581.



inmediata de ejercer actos materiales de aprovechamiento con ánimo de dominio o de retención de la misma”.⁸

1.2.2 Teoría objetiva de Ihering

Mantuvo la teoría objetiva de la posesión, “al referirse al concepto posesión subdivide ésta en dos elementos esenciales de su concepción que son: a) el animus y b) el corpus.”⁹

La naturaleza jurídica de la posesión, según la teoría objetiva de Ihering, se basa en la crítica de la teoría de Savigny. Para este autor la prueba de la existencia del animus dominis es prácticamente imposible, por lo que es un elemento superfluo, lo que importa es el corpus; para esta teoría posesión y tenencia son una sola cosa, lo que se distingue es la posesión originaria y la posesión derivada.

En estas teoría la posesión es un derecho, ya que ésta tiene protección jurídica como todo derecho subjetivo (bien jurídicamente protegido) y dentro de la categoría de derechos, es un derecho real porque existe relación inmediata entre la cosa y el poseedor, quien va a tener derecho mientras dure el hecho de la posesión, es decir, su relación con la cosa. El hecho de ejercer la posesión genera derechos y el conjunto de éstos subsiste si la posesión es ejercida.

Funciones de la posesión: es el contenido de derechos reales como el usufructo, el dominio, etc. (se necesita tener la posesión sobre la cosa); además es un medio de

⁸ Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil II**, pág. 185.

⁹ *Ibid.*



adquirir derechos reales (por tradición, por usucapión, etc.) y da lugar a las acciones posesorias para defender la cosa poseída.

Los derechos reales que se ejercen a través de la posesión: son el usufructo, el uso y la prenda); en estos derechos hay un solo sujeto (usufructuario, usuario, acreedor prendario) que reconoce la propiedad en el nudo propietario (sujeto que da en usufructo, uso o prenda un bien, del cual sigue siendo dueño, pero limitado en sus derechos como tal a causa de dichos derechos reales). Por ejemplo: el usuario es poseedor porque no reconoce el derecho real de uso en otra persona, es decir, con respecto a ese derecho real, él es poseedor. El que no es usuario, pero se comporta como tal también es poseedor.

1.2.3 Teoría subjetiva de Saleilles

Es una teoría intermedia entre la teoría de Savigny y la teoría de Ihering, por ello se le denomina ecléctica, y señala: “el animus como la voluntad encaminada hacia la detención consistente en el propósito de realizar el corpus y al referirse al corpus lo señala como un elemento material posesorio y lo conforma un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo”.¹⁰

¹⁰ Ibid.

1.2.4 Criticas a las teorías subjetiva y objetiva

La teoría subjetiva coincidió, en general, con la tesis de los Glosadores, en cuanto a la necesidad del contacto material para la existencia del corpus, en cuanto a la necesidad de contacto material para la existencia del corpus posesorio, pero agregando que tal contacto no es indispensable, iniciándose así un proceso de progresivas actualizaciones del concepto.

Al respecto encontramos que Savigny afirma: “que la posesión tiene dos elementos: el corpus y el animus. El primero es el contacto físico con la cosa o la posibilidad de tenerla, mientras que el animus es la intención de conducirse como propietario, esto es el no reconocer la propiedad de otro”.¹¹

El Corpus (elemento físico objetivo) es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa (regalarla, venderla, prestarla, etc.) en cualquier momento (no necesita estar en contacto físico permanente con la cosa).

El Animus (elemento subjetivo) consiste en que la persona que posee la cosa se sienta dueño de ella, es decir que no reconozca en otra persona un mejor derecho sobre la cosa. Aunque no sea el dueño, mientras se comporte como tal, basta. Ej.: un ladrón, que actúa como si fuera dueño de lo que robó. El animus distingue la posesión de la tenencia; sin animus estamos ante un caso de tenencia. Ej.: tengo una cosa pero reconozco que me la prestaron.

¹¹ [www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp\(02/04/2007\)](http://www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp(02/04/2007))



"Ihering, descarta este último elemento (animus), dada su difícil probanza y la necesidad de ampliar el espectro de la protección posesoria y en cuanto al corpus lo flexibilizo al máximo afirmando que es poseedor quien conduce respecto de la cosa como haría un propietario, es decir, la usa o la disfruta".¹²

La teoría objetiva de Ihering, considera que la tesis de Savigny es subjetiva, porque el animus debe exteriorizarse, sino es imposible probar la voluntad del poseedor y para ello se usan los actos posesorios (Ej.: edificar, demoler, cultivar, etc.). Además ¿qué pasa si mañana el poseedor se siente tenedor?, es por esto que Ihering, considera que es una situación subjetiva, que debe ser controlada por el Estado.

Para Ihering, el Corpus es comportarse con la cosa como lo haría el dueño, el vínculo exterior se relaciona al dueño con la cosa, más un mínimo de voluntad en esa relación no es la posibilidad material de disponer de la cosa ya que a veces, el poseedor no tiene esa posibilidad física de disponer.

El animus no es exigido por ser subjetivo y variable, según la voluntad que tenga el poseedor y lo cambia por la norma legal cuya voluntad es objetiva e invariable; solamente con tener la cosa ya se es poseedor, salvo que la ley disponga lo contrario, es decir, siempre que esté amparado en la ley.

Con probar que existe el corpus, alcanza para ser poseedor y si alguien dice que esa persona no es poseedor, debe probar que una ley lo priva de acciones

¹² Ibid.



posesorias; hay que recordar aquí que Ihering, se refería al derecho romano en donde las acciones posesorias eran sólo para el poseedor, no para el tenedor. De todas formas en nuestro derecho los tenedores cuentan con interdictos y algunas acciones posesorias.

En resumen: Savigny nos dice que el poseedor tiene animus domini y el tenedor no. Ihering nos dice, en cambio, que lo diferenciador es lo que disponga la ley: hay posesión cuando la ley da protección posesoria.

La tesis correcta es la de Ihering, puede no tenerse la posibilidad física de disponer de la cosa, pero igualmente tener la posesión, ejemplo: aquél que alquila su libro no lo tiene físicamente pero sigue siendo el poseedor. El que se lo alquila sólo es tenedor, reconoce que hay otro que es el dueño. También puede no tener animus domini y ser poseedor, ejemplo: el usufructuario.

1.3 Elementos de la posesión

La antigua doctrina romana fijó dos elementos de la posesión: el uno, material corpus y el otro, espiritual el animus; se subraya que el corpus no es elemento exclusivamente material, porque el contacto material entre el sujeto y la cosa sólo produce efecto jurídico cuando es el resultado de un determinado querer voluntad.

Si no existiera en él cierto grado de voluntariedad, la relación material sería tan intrascendente como poner una cosa en manos de una persona que se halla dormida; las fuentes llaman a este fenómeno simple yuxtaposición local. Tampoco el

animus, es un elemento exclusivamente intencional; el pensamiento mientras permanece en la intimidad del sujeto, sin trascender al exterior, mediante un acto material, carece de relevancia jurídica.

El corpus, en la teoría de los glosadores se elaboró a partir de la concepción eminentemente materialista, según la cual la posesión es tenida por quien está en ella. Esta afirmación sirvió de base al principio general de que la adquisición de la posesión está condicionada al contacto material con la cosa: siendo mueble, es indispensable asir, agarrar la cosa con la mano; en cambio tratándose de inmuebles, es de rigor poner el pie en él, recorrerlo, no en toda su extensión, bastando pisarlo en algún lugar.

1.4 Clases de posesión

En el derecho romano se admiten tres clases de posesión: a) la de los meros detentadores, que no merecían la tutela de los interdictos; b) la natural, que ya disfrutaba dicha tutela; y c) la posesión civil que, además de la protección, estaba amparada por la acción publiciana y cuando se ejercía en concepto de dueño, servía de base firme para la Usucapion.

“En el derecho Justiniano tan solo se recogió la antítesis de Possessio naturales y posesión civil, que paso a nuestras partidas, donde tampoco se formularon con claridad sus respectivos conceptos”.¹³

¹³ Pug Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 357.

En la actualidad continúan las exposiciones de tratadistas sobre el número y terminología de las distintas especies de la posesión, creando entonces confusión en la doctrina, es por ello que estudiaremos las que por su importancia sobresalen y algunas de las que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

1.4.1 Posesión natural y posesión civil

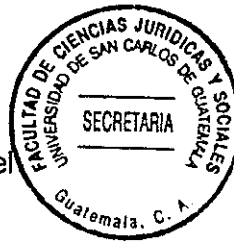
La posesión natural es el género y es toda detención y requiere únicamente del elemento corporal corpus para que se de la tenencia o disfrute, según se trate de cosa o derechos.

Hernández Gil, establece una distinción fundamental entre posesión natural y posesión civil, y argumenta: “En su contexto aparecen recogidos como requisitos característicos de la posesión del corpus y el animus. El Corpus aparece implicado, no solo en la tenencia de la cosa, sino también en la expresión del disfrute del derecho. El animus aparece en la intención, pero no se refiere a un ánimus domini, sino a un simple animus rem sibi habedlo o de ejercer el derecho de que se trate; este es el que caracteriza precisamente la posesión civil”.¹⁴

1.4.2 Posesión en concepto de dueño y posesión en concepto distinto del dueño

La posesión de los bienes y derechos, pueden tenerse en uno de los dos conceptos, o en el de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o

¹⁴ Ibid, pág. 358.



disfrutarlos, pero perteneciendo el dominio a otra persona, podemos mencionar el usufructo, el arrendamiento, el comodato, el uso, etc.

La posesión en concepto de dueño, tiene como efecto la protección interdictal y la plenaria de posesión. El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, por ende goza de las prerrogativas del propietario.

La posesión en concepto distinto del dueño, está protegida por los interdictos, pero no produce ningún otro efecto, ni puede servir de base para adquirir el dominio por usucapion dentro de las figuras que hemos citado, como ejemplo de la posesión en concepto distinta del dueño tenemos el arrendamiento, para indicar este concepto, que el arrendatario tiene la posesión de determinado inmueble, pero bajo determinadas circunstancias que en ningún momento le van a permitir adquirir, convertir la posesión en dominio propio.

1.4.3 Posesión mediata y la posesión inmediata

La doctrina germana distingue esta clasificación como posesión mediata (o posesión superior o principal), y la posesión inmediata (o sub posesión).

La posesión mediata es la que se tiene por mediación de la posesión de otro y presupone una relación jurídica entre el poseedor y el sub poseedor (usufructo, prenda, arrendamiento, etc.) que concede al poseedor mediato una pretensión de entrega contra el mediador.



La posesión inmediata es la que se tiene sin mediación posesoria, el Código Civil en su Artículo 613 reconoce esta clasificación (posesión temporal) el poseedor temporal en virtud de un derecho es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió tal derecho.

1.4.4 Posesión de buena fe

Esta es otra de las clasificaciones importantes de la posesión, es aquella en la que se desconoce la existencia o impedimento que anulan el acto, o sea cuando el poseedor que en su título o modo de poseer existe un vicio que lo invalida.

El Artículo 622 de nuestro Código Civil preceptúa: buena fe. "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio". Es decir que define la posesión de buena fe, desde el punto de vista de la legitimación para su adquisición.

Así también el Artículo 623 del mismo cuerpo legal se establece: la presunción de buena fe al indicar. "La buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente, o hasta que es citado en juicio." De tal manera que la buena fe se presume y por lo mismo, no es necesario declararla.



1.4.5 Posesión de mala fe

Es la que se ejerce por el que detiene o retiene lo que sabe que no le pertenece. El Código Civil en su Artículo 628 regula al poseedor de mala fe, indicando: “es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer, y también el que conoce los vicios de su título que impiden poseer con derecho”.

En la posesión de mala fe el poseedor está obligado a la devolución del bien que ha poseído y de sus frutos o el valor de estos estimado al tiempo que los percibió o los debió percibir, y al responder de la pérdida o deterioro de la cosa, sobrevenidos por su culpa o caso fortuito o fuerza mayor, salvo que pruebe que tal pérdida o deterioro se habría causado si la tuviere el propietario, Artículo 629 del Código Civil.

1.4.6 Posesión continua

Es la mantenida sin interrupción desde su inicio hasta ahora o al instante de una perturbación.

1.4.7 Posesión discontinua

Es la que ha dejado de correr por algún motivo reconocido por la ley. El Artículo 630 del Código Civil nos dice, que existe discontinuidad en la posesión cuando la cosa poseída se abandona o desampara por más de un año o antes cuando expresa o tácitamente se manifiesta la intención de no conservarla.



1.4.8 Posesión justa

La posesión justa o no viciosa, es la que se adquiere legítimamente sin vicios externos, debiendo entenderse por vicios la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de posesión.

1.4.9 Posesión injusta

La posesión injusta o viciosa, que es la que adquiere, ilegítimamente sin voluntad del anterior poseedor o en contra de ella, o con violencia, es decir, con alguno de aquellos vicios o defectos que puedan afectarla. El Artículo 631 del Código Civil, establece la posesión violenta, indica: “Es posesión violenta la que se adquiere por la fuerza o por medio de coacción moral o material contra el poseedor, contra la persona que lo representa o contra quien tiene la cosa a nombre de aquel”, es decir que nuestro ordenamiento jurídico protege la posesión justa en tanto que rechaza desde todo punto de vista la posesión violenta.

1.4.10 Posesión pública y posesión clandestina

El Artículo 632 del Código Civil, regula esta clasificación en una forma bien determinada, al preceptuar. Posesión pública y clandestina. “La posesión pública es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos; y clandestina, la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”.



1.4.11 Posesión exclusiva y coposición

La posesión exclusiva, es la que se tiene o se ejerce por una sola persona, sea esta individual o jurídica.

La coposición, se da cuando varias personas tienen la cosa o ejercitan el derecho pro indiviso, como si efectivamente les perteneciera. Así también el Artículo 638 del Código Civil, hace referencia a la coposición, cuando indica que: "una misma cosa no puede ser poseída por varias personas a la vez, de suerte que cada una pretenda poseerla toda, pero si pueden poseer una cosa en común, teniendo todas ellas la posesión indivisa".

1.4.12 Posesión registrada y posesión no registrada

Posesión registrada, es aquella en la que existe el título supletorio inscrito en el Registro General de la Propiedad, para poder inscribir la posesión de los inmuebles, es necesario entonces, la titulación supletoria ante el órgano jurisdiccional competente, tal como lo preceptúa el Artículo 633 del Código Civil, y el Artículo 620 del mismo cuerpo legal, da derecho al poseedor para solicitar su titulación supletoria a fin de ser inscrita en el Registro General de la Propiedad.

Posesión no registrada, se da cuando se posee de conformidad con los requisitos que son exigidos por la ley, y no se encuentra inscrita por carecer de título supletorio.

“Según la mayoría de la doctrina se puede diferenciar entre:

- a) Posesión regular: Es aquella en donde se encuentra el justo título y la buena fe.
- b) Posesión irregular: Es aquella donde faltan uno o los dos, es decir justo título y buena fe.
- c) Posesión legal: Es la que por ley se estipula por ejemplo la del heredero o en materia de vivienda de interés social.
- d) Posesión efectiva: Es la que declara el juez que lleva la sucesión para efectos de una posesión por parte de un delegatario de la herencia.
- e) Posesión definitiva: Esta es la sentencia adjudicación por el proceso de repartición.
- f) Posesión de buena fe: La buena fe de la que hablamos en la posesión es calificada y se prueba según las estipulaciones del código de derecho civil.
- g) Posesión presunta: Es aquella que se tiene por imperio de la ley, con independencia de la voluntad y el conocimiento del poseedor, pero solo se aplica a la vivienda de interés social, cuando el arrendatario de un bien inmueble deja de pagar el canon de arrendamiento por un año”.¹⁵

1.5 Ordenamientos jurídicos que defienden la figura de la posesión

La figura de la posesión, se encuentra protegida a través de diferentes ordenamientos jurídicos, los cuales se analizan según el punto de vista de cada uno de ellos.

¹⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/posesi%C3%B3n> (02-04-2007)



1.5.1 Desde el punto de vista constitucional.

Como todo ordenamiento jurídico el derecho de posesión, debe verse desde un punto de vista constitucional, y por ende estar protegido en la norma suprema, se regula en el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La Propiedad privada, indicando que: "se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana". Podríamos decir entonces que la Constitución Política de la República de Guatemala, no protege la figura de la posesión, porque el artículo señalado se refiere a la propiedad privada.

Al referirnos a la palabra propiedad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica, "Propiedad. Derecho o facultad de poseer alguien una cosa y poder disponer de ella dentro de los límites legales". Y al referirnos a la palabra posesión es acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro.

Por lo que el poseedor que haya adquirido de forma pacífica, pública y de buena fe un bien inmueble es también propietario, ya sea por el derecho que le asiste porque es el legítimo, o porque tiene la facultad, aptitud física o moral para hacerlo.

Pareciera ser que la palabra poseedor, y propietario son diferentes por cuanto que al referirnos a la primera el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indica "Poseedor, que posee de buena fe. El que ignora que sea vicioso su título o



modo de adquirir. En cuanto a la segunda indica “propietario, que tiene derecho de propiedad de una cosa, y especialmente sobre bienes inmuebles”.

De nuevo nos remite analizar que es la propiedad y la posesión, concluyendo a mi particular punto de vista, que lo que distingue una figura de la otra, es que en la propiedad ya no hay duda de quien posee, porque se deduce que el propietario es legítimo, en cuanto al poseedor cabe la duda de su posesión por cuanto si esta no esta inscrita todavía, no se puede disponer libremente de ella, por eso se dice que el derecho real por excelencia es la propiedad ya que en esta si se puede gravar en cuanto que en la posesión no se podría hacer por no estar inscrita en el registro.

1.5.2 Desde el punto de vista civil

Desde el punto de vista civil, encontramos protegida la posesión, a través de la figura de los interdictos, en el Decreto Ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil, a partir de los Artículos 249 al 268, figura que forma parte de los procesos que pueden tramitarse en juicio sumario.

El Artículo 249 preceptúa. “Los interdictos solo proceden respecto de bienes inmuebles y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad ni de posesión definitiva. En ellos no se resolverá cosa alguna sobre la propiedad”.

Como se puede observar, el código no proporciona un concepto preciso de lo que significan los interdictos, únicamente hace referencia a que proceden respecto de bienes inmuebles y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad ni



posesión definitiva; por lo que se estará desarrollando en otro capítulo más adelante lo relativo al concepto.

Es a través, del interdicto de amparo, de posesión o de tenencia, que el legislador protege la figura de la posesión, si bien los interdictos no afecta las cuestiones de propiedad ni de posesión definitiva, con ellos lo que se persigue es restituir las cosas al estado anterior al hecho que motivó la demanda, lo cual quiere decir que resulta un medio idóneo para proteger la posesión interina ya sea originaria o derivada contra aquel que la perturbe o despoje, de los bienes inmuebles o de los derechos reales, constituidos sobre los mismos.

Desde este punto de vista, la figura de la posesión se encuentra plenamente protegida en una norma que por su clasificación pertenece a la rama del derecho privado, lo cual se considera acertado.

1.5.3 Desde el punto de vista penal

El código penal, protege la misma figura con el delito de usurpación, regulado en el Artículo 256 el cual establece: Comete el delito de usurpación quien, con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícito, despojare o pretendiere despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo, o quien ilícitamente, con cualquier propósito, invada u ocupe un bien inmueble.



La permanencia en el inmueble constituye flagrancia en este delito. La policía, el Ministerio Público o el Juez, están obligados a impedir que los hechos punibles continúen causando consecuencias ulteriores, ordenándose o procediéndose según corresponda al inmediato desalojo.

El responsable de usurpación será sancionado con prisión de uno a tres años. Así mismo el Artículo 257 del Código Penal, regula usurpación agravada. La pena será de dos a seis años de prisión, cuando en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Que el hecho se lleve a cabo por más de cinco personas;
- b) Cuando el o los usurpadores se mantenga en el inmueble por más de tres días;
- c) Cuando a los poseedores o propietarios del inmueble, sus trabajadores, empleados o dependientes, se les vede el acceso al inmueble o fuesen expulsados del mismo por los usurpadores o tuvieren que abandonarlo por cualquier tipo de intimidación que estos ejercieren en su contra;
- d) Cuando el hecho se lleve a cabo mediante hostigamiento, desorden, violencia, engaño, abuso de confianza, clandestinidad o intimidación;
- e) Cuando se cause cualquier tipo de daño o perjuicio al inmueble, sus cultivos instalaciones, caminos de acceso o recursos naturales.

Las penas señaladas en ese Artículo o en el anterior, según el caso se aplicaran también a quienes instiguen, propongan, fuercen o induzcan a otros a cometer este delito o cooperen en su planificación, preparación o ejecución.



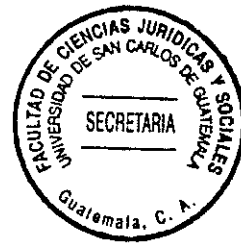
Es notorio que la figura de la posesión puede ser defendida también en esta vía y no se trata de eliminar la vía penal o la civil, considero que la figura de la usurpación merece un estudio aparte ya que se desconoce que esos delitos solo existen en el atrasado Código Penal guatemalteco; países modernos que otorgan plena vigencia de la propiedad privada y otros tipos de propiedad, no los contemplan en su legislación, aquí fue colocado precisamente para evitar el desborde de la presión sobre la tierra en 1994.

Desde este punto de vista, la figura se encuentra protegida en una norma que por su clasificación pertenece a la rama del derecho público, aunque en lo particular no estoy de acuerdo, con que a esta figura se le haya dado una trascendencia de este tipo, ya que el delito de Usurpación, tiene como bien jurídico tutelado la posesión; tomando en cuenta esta premisa y que los presupuestos para tipificar el delito no revisten de una conducta criminal delictuosa, ya que en otras legislaciones el delito se configura si hay violencia sobre las personas o si lo hay sobre las cosas.

Se considera de gran importancia analizar este punto, ya que es a través del delito de usurpación, que las personas defienden la posesión, lo es erróneo, pero no se culpa, ya que esto se debe a la laguna legal, que existe tanto en el ordenamiento Procesal Civil y Mercantil como en el Penal, puesto que al no haber una norma que remita u otra que admita, ambos se convierten en alternativas legales para la defensa de la misma.



Siendo los dos ordenamientos permitidos, lo que se le critica desde este punto de vista, es el procedimiento que se lleva a cabo, ya que al ingresarse la denuncia, o prevención policial, en la mayoría de los casos ya hay flagrancia, y sería la policía, el Ministerio Público o el juez, quienes están obligados a impedir que los hechos punibles continúen causando consecuencias ulteriores, ordenándose o procediéndose según corresponda al inmediato desalojo.



CAPÍTULO II

2. Los interdictos

Los interdictos protegen la posesión o tenencia de las cosas muebles, e inmuebles, tienen por objeto cosas materiales susceptibles de ser poseídas. Al respecto Guillermo Cabanellas, lo define en términos generales entredicho, prohibición; mandato de no hacer o de no decir, "en su principal y antiquísima acepción jurídica interdicto, en el derecho procesal es un juicio posesorio de índole sumaria, de trámite sencillo y breve, que no encierra la discusión del asunto y en otro juicio más amplio de fondo, definitivo".¹⁶

No obstante el carácter personal de las acciones posesorias y de los interdictos, la competencia se rige por la misma regla que corresponde a las acciones reales: la demanda tiene que entablarse ante el juez del lugar donde está situada la cosa litigiosa, de acuerdo al Artículo 18 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece: Será juez competente cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el del lugar donde estén situados los bienes.

2.1 Concepto de Interdicto

Interdicto (Del lat. Interdictum) m. entredicho. 2. Der. Juicio Posesorio, sumario o sumarísimo.

¹⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 504.

Respecto a su etimología y antecedentes, refiere Cabanellas “la palabra interdicto conservada desde el derecho romano, no significó primitivamente sino el decreto o mandato que mediante cierta fórmula pronunciaba el pretor, para que uno de los litigantes tuviera interinamente la posesión de la cosa litigiosa y evitar conflictos hasta juzgar con mayor conocimiento, con más pruebas acerca del derecho de posesión o de propiedad”.¹⁷

Un interdicto es un procedimiento judicial muy sumario y de tramitación sencilla, cuyo objetivo es atribuir la posesión de una cosa a una determinada persona física o jurídica frente a otra, de manera provisional. El interdicto también se puede plantear para el caso de que exista una reclamación por algún daño inminente, cuya urgencia habrá de quedar justificada.

2.2 Regulación legal

En Guatemala, encontramos regulada la figura de los interdictos, en el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus Artículos 249 al 268 los cuales son materia del juicio sumario, siendo estos:

1. Interdicto de amparo de posesión o de tenencia
2. Interdicto de despojo
3. Interdicto de apeo y deslinde
4. Interdicto de obra nueva o peligrosa

¹⁷ Ibid.



2.3 Clases de interdictos

Según los artículos citados, que regulan las clases de interdictos, éstos solo se podrán detentar para adquirir, retener o recobrar la posesión o la tenencia o para impedir una obra nueva.

Los interdictos en los cuales se contraviene la posesión tenencia sobre cosas muebles o inmuebles, se pueden clasificar en tres grupos:

- a) Remediar la privación: Interdicto de recobrar y 2) remediar turbación de la posesión o tenencia: Interdicto de retener, e interdicto de obra nueva.
- b) Interdictos que protegen los bienes del actor de un daño potencia, aunque serio e inminente, situación que podría derivarse del estado ruinoso de una cosa; ellos son la denuncia de daño temido y el requerimiento para ejecutar reparaciones urgentes. (interdicto de obra nueva Artículo 263 del Código Procesal Civil y Mercantil)

2.3.1 Interdicto de adquirir

Constituye el medio idóneo para quien carece de la posesión o la tenencia a la que tiene derecho, e intenta obtenerla judicialmente. Tiene legitimación activa quien presente título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia, probando así su derecho por lo cual, en este caso, se debate una cuestión de derecho y no de hecho. Es difícil pensar en supuestos donde puede ser aplicable este interdicto; si quien tiene derecho a la posesión o a la tenencia no encuentra ninguna oposición de



terceros, las tomara directamente, ya que nada le impide hacerlo. En el caso de haber oposición, si esta se funda en el carácter de dueño o usufructuario del oponente o parte de quien alega la posesión o la tenencia del bien, el interdicto no procede y la cuestión tendrá que ventilarse por juicio ordinario.

2.3.2 Interdicto de retener

El interdicto de retener constituye el medio eficaz para que el poseedor o tenedor de una cosa mueble o inmueble obtenga la cesación de actos materiales de terceros, que perturben dicha posesión o tenencia. La protección se brinda por el solo hecho de ser poseedor o tenedor.

La función del interdicto de retener consiste en restablecer el orden alterado por las vías de hecho ilícitas. Cualquier poseedor, aun vicioso y el simple tenedor, pueden promover este interdicto.

El legitimado pasivo es quien amenaza o perturba efectivamente al actor, en su posesión o tenencia, con actos materiales. La perturbación tiene que consistir en verdaderos actos posesorios actuales o inminentes que realice el demandado en cosa del actor, y ser efectuados con intención de desconocer posesión o tenencia.

Si los actos del tercero ocasionan molestias o perjuicios a persona del poseedor o tenedor, podrá él reclamar la cesación de las molestias o las indemnizaciones que correspondan, pero no iniciar el interdicto, que solo es procedente cuando la turbación implica una pretensión sobre la cosa misma.

Es decir que el acto de perturbación tiene que llevar la intención del demandado de adquirir la posesión o la tenencia, modificando la situación de hecho respecto del poseedor o tenedor actual. Tiene que afectar la relación real del accionante con la cosa, restringiéndola.

Como ejemplos de actos materiales de perturbación se citan la destrucción de cercos o alambrados, como paso previo al apoderamiento de la cosa; la introducción de maquinarias para demoler un edificio; la introducción de ganados, etcétera.

2.3.3 Interdicto de recobrar

Mediante este interdicto se entiende la restitución de la posesión o tenencia que se ejerce, respecto de un bien mueble o inmueble, del cual se ha sido total o parcialmente despojado con violencia o clandestinidad.

Basta la privación de una parte de la cosa para que el interdicto proceda; pero la privación, como tal, tiene que ser absoluta, impidiendo totalmente que el poseedor o tenedor continúe en el uso de todo o parte de la cosa.; si el demandado realiza actos posesorios sin impedir que el actor también lo haga simultáneamente, habrá turbación, pero no despojo.

El objeto de la litis es restablecer la situación de hecho anterior al despojo mediante el reintegro de la cosa al despojado. Se protege la posesión o tenencia actual y no la pasada o aquella a que se puede tener derecho en el futuro.



El despojo puede consumarse abusando de la confianza del anterior poseedor o tenedor; tal será el caso si el locador pide al locatario que le deje el inmueble por unos días para realizar una refacción y después se niega a restituírselo.

Este interdicto solo tiene por finalidad evitar que los interesados hagan justicia por mano propia e imponer que la restitución de la posesión o tenencia de la cosa se requiera judicialmente. Por ello, es ajeno al esclarecimiento de las relaciones de derecho que vinculen a las partes, relaciones que tienen que ventilarse ante el juez competente, y en la forma que corresponda, debiendo limitarse la prueba a la acreditación de la posesión del que lo intenta o a su ausencia y a la existencia de actos de violencia o clandestinidad que provocaron el despojo.

Corresponde señalar que la posesión no se puede probar mediante el pago de impuestos, tasas, ya que este solo acredita el animus domini, no así el corpus, que es esencial para considerar adquirida la posesión.

La sentencia que se dicte en este interdicto solo puede ordenar que se restituya la posesión o la tenencia al despojado o se desestime la pretensión. El juez no se pronuncia sobre el derecho a la posesión o a la tenencia, quedando facultado las partes para promover acción real.

La decisión no afecta los derechos sustanciales de las partes, pues se limita a mantener provisionalmente la posesión o tenencia despojada.



En el caso de que durante el transcurso del trámite de un interdicto de retener, se produjera el despojo del actor, la ley procesal permite proseguir la acción como interdicto de recobrar, evitando así la promoción de un nuevo juicio.

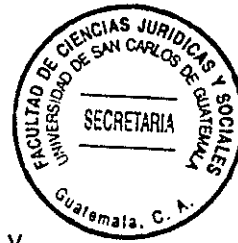
2.3.4 Interdicto de obra nueva

Conforme lo dispuesto en el Artículo 263 del Código Procesal Civil y Mercantil, este interdicto se tramita en juicio sumario, procede contra quien ejecuta obras nuevas en un inmueble, si estas afectan al poseedor o tenedor de un inmueble. Esta acción será inadmisibile si la obra estuviera concluida o próxima a su terminación.

Cuando la obra está terminada o próxima a su terminación, no es posible lograr que se destruya lo hecho mediante el trámite sumario de los interdictos. Es necesario un debate mas amplio, por ello se podría plantear un incidente de derecho, para que el juez tenga certeza acerca de la procedencia de la petición, apreciando las circunstancias del caso y los graves perjuicios que pueden ocasionarse y que quizá sea posible evitar, sin menoscabar el derecho del actor, mediante una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Para que proceda este interdicto es necesario:

- a) Una obra iniciada pero no terminada;
- b) Que la misma sea realizada en inmueble ajeno al del actor;
- c) Que de ella resulte perjuicio o menoscabo para la posesión o tenencia del actor.



No se requiere que la turbación sea actual, definitiva; basta el daño eventual y futuro. Tal puede ser la desvalorización causada por una obra realizada en violación a reglas urbanísticas municipales, a la que se une la minoración del goce urbanístico a que tiene derecho quien adquiere un inmueble en zona residencial.

Como todos los interdictos, este puede ser interpuesto por cualquier poseedor y aun por el mero tenedor. La demanda tiene que ser dirigida contra el dueño de la obra, que es el verdadero responsable, y solo en caso que este fuera desconocido, contra el director o encargado de ella; la legitimación pasiva de estos últimos se funda en la necesidad de evitar largas gestiones tendientes a averiguar el nombre y domicilio del dueño de la obra.

El juez al pronunciar la sentencia, si admitiera la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o, en su caso, destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vecino.

2.4 Aspectos generales sobre posesión y tenencia

A continuación se presentan algunos aspectos generales, sobre los términos posesión y tenencia.

2.4.1 Posesión

Etimológicamente: de acuerdo a una opinión muy difundida y defendida por prestigiosos estudiosos de la historia del derecho romano, la posesión derivaría de a pedibus y significaría estar sobre una cosa, estar establecido, hace referencia a ser amo, señor o jefe de una cosa.

La posesión significa tener, ocupar, detentar, disfrutar una cosa, no importando cual sea el título en cuya virtud se obtenga ese disfrute: tampoco importa que el poder ejercido sobre la cosa tenga su respaldo en un título; lo único que tiene trascendencia es la tenencia de hecho de la cosa.

Los elementos característicos del concepto científico de la posesión son tres:

- 1) la posesión importa una relación entre una persona y una cosa;
- 2) el poder que ejerce el hombre sobre la cosa es de dominación;
- 3) la dominación ejercida por el hombre es de hecho, sin hallarse condicionada a la posesión del título.

Lo singular del poder físico que entraña la posesión es que de él se deriva del sólo hecho de ejercitarlo, independientemente de la existencia verdadera del derecho mismo.

En definitiva es un poder que ejerce una persona sobre una cosa. y cuando ese poder se tiene en virtud de un derecho real, se habla de posesión legítima. Y



cuando ese poder se ejerce de hecho excluyendo la titularidad del derecho real sobre la cosa se habla de posesión ilegítima. Veamos ejemplos:

Posesión legítima: si el libro que tengo en la mano es mío (derecho real de dominio) o si lo tengo por algún otro derecho real. También puedo poseer algo aunque no físicamente, como por ejemplo un libro que presté, o alquilé, o que tiene mi representante en su poder.

Posesión ilegítima: si el libro no es mío pero lo uso como si lo fuera.

El Artículo 612 del Código Civil, establece: Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio.

Si hay corpus y animus domini (es decir, ánimo de tratar la cosa como si fuera mía) habrá posesión.

Si hay corpus y falta animus domini (es decir, tiene la cosa pero reconoce que el dueño es otra persona y no él), habrá tenencia.

Es poseedor aquel que se comporta como titular de un derecho real sobre esa cosa (sin importar que no tenga ese derecho realmente, ya que actuar como dueño de la cosa es una característica de la posesión).

Adquisición de cosa mueble por la posesión: Son los casos en que la posesión hace las veces de título de propiedad: el Artículo 616 del Código Civil, establece: Solo



pueden ser objeto de posesión los bienes corporales y los derechos que sean susceptibles de apropiación. La posesión de los derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la de las cosas corporales.

Así mismo el Artículo 617 del Código Civil, establece: La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída, puede producir el dominio por usucapión.

2.4.1.1 Dificultades que presenta el estudio de la posesión

La posesión es un tema controvertido en la búsqueda de una doctrina que abarque y explique satisfactoriamente los complejos aspectos del Instituto, en cuanto a su origen histórico, fundamento racional de su protección, terminología, estructuración teórica, elementos que la integran, objeto, efectos y a los modos de su adquisición o pérdida.

Así también existe confusión en el lenguaje como en el origen y significado etimológico de la palabra posesión por la forma confusa e inconexa a que se refieren las fuentes romanas al fenómeno posesorio.

2.4.2 Tenencia

Guillermo Cabanellas, define a la tenencia como: "la simple posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla ni adueñarse de ella".¹⁸

Al respecto Massineo manifiesta: "cuando alguien tenga el mero poder de hecho, no acompañado del ánimo o sea la intención de ejercer una actividad correspondiente al ejercicio de un derecho real, esto es, de atribuirse o de afirmar para sí el derecho real que se ejercita, sino por el contrario, tenga la intención de ejercer una situación preferente de otro respecto de la cosa, se perfila un fenómeno diverso de la posesión, que se llama detentación (tenencia)".¹⁹

2.4.2.1 Clasificación de tenencia

El termino tenencia, lo encontramos clasificado en dos formas, las cuales se describen a continuación.

2.4.2.1.1 Tenencia absoluta

Se caracteriza porque la tenencia no tiene vínculo con la posesión, ya que son cosas que no pueden poseerse por estar fuera del comercio. Ejemplos: Las cosas que son de dominio público del Estado y que los particulares las usan libremente como caminar por las calles, jugar en las plazas, bañarse en los ríos, etc.

¹⁸ *Ibid*, pág. 365.

¹⁹ Castan Tobeñas, Jose. *Derecho civil español, común y foral*. Pág. 580.

Sobre dichas cosas puede existir el uso especial adquirido a través de permisos o concesiones (permiso para usar un río para riego, para poner un kiosco en la vereda, una calesita en una plaza, concesión para explotar un servicio público, etc.). El sujeto que los usa es determinado.

2.4.2.1.2 Tenencia relativa

Se caracteriza porque la posesión es ejercida por otra persona, ésta tenencia puede ser interesada cuando el tenedor tiene interés en la tenencia de la cosa porque puede usar o gozar de ella, obteniendo un beneficio para sí, como por ejemplo, el locatario, o desinteresada cuando el tenedor no tiene interés en la tenencia, ya que no puede usar la cosa, como los que poseen en nombre de otro.

Al respecto el Artículo 614 del Código Civil, establece: no es poseedor quien ejerce el poder sobre la cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de la misma y la retiene en provecho de este en cumplimiento de las instrucciones que de él ha recibido.

Artículo 615, del Código Civil, establece: tampoco es poseedor el que tiene la cosa o disfruta del derecho por actos meramente facultativos o de simple tolerancia, concedidos o permitidos por el propietario.

2.5 Diferencia significativa entre posesión y tenencia

La diferencia más significativa entre posesión y tenencia es que poseedor tiene una posesión a título propio, no derivada de la cesión temporaria que le ha hecho un tercero por contrato por ejemplo, por ello puede adquirir el dominio por usucapión, lo que no puede hacer el tenedor, sus derechos están siempre regulados por un contrato que los liga al poseedor o al propietario.

En este mismo sentido Guillermo Cabanellas dice: “así pues la tenencia es la posesión sin derecho y sin ánimo dominical, y que requiere relación material directa entre tenedor y cosa; mientras en la posesión cabe tener uno mismo la cosa o que otro la tenga en nombre del poseedor”.²⁰

2.6. Distinción entre posesión y dominio.

Hay autores que sostienen que el origen y el fundamento de la propiedad se encuentran, justamente, en la ocupación; en los tiempo primitivos el usus era el fundamento mismo de la propiedad porque bastaba que una persona no dispusiese de una parcela de tierra que cultivar y con cuyos productos poder mantener a su familia para que pudiera cercar una fracción de tierra de modo a evitar la intrusión de terceros. En esos tiempos remotos, la propiedad no se había perfilado como una figura nítida y perfectamente regulada de modo que la posesión, con prescindencia de cualquier título, bastaba para el uso y goce de la cosa.

²⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 365.



Con la organización del derecho de propiedad, la precisa reglamentación de su defensa, la facilitación de la prueba del derecho por medio de los títulos, la institución de órganos especialmente destinados a la registración de todos los actos que tuvieran por objeto modificar, constituir, transferir o extinguir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, etc., la posesión ha perdido la trascendencia que tuvo en la antigüedad, pero aún así es imposible desconocer que sigue siendo de una utilidad innegable, especialmente en materia de muebles.

En nuestra materia la posesión continúa manteniendo la importancia que tuvo, porque siguen teniendo vigencia los principios originarios del derecho germánico y del francés. Así por ejemplo, la posesión de buena fe de cosas muebles crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ellas.

El Artículo 620 del Código Civil, establece: Para que la posesión produzca el dominio se necesita que este fundada en justo título, adquirida de buena fe, de manera continua, pública y pacífica y por el tiempo en la ley.

Los Artículos 621, 622 y 623 del Código Civil, confirman la regla, anterior, al establecer: Es justo título para la usucapión, el que siendo traslativo de dominio tiene alguna circunstancia que lo hace ineficaz para verificar por si solo la enajenación.

La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio. La buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente, o hasta que es citado en juicio.



Resulta entonces que la posesión constituye en propietario al adquirente, que posee justo título, adquiere de buena fe, de manera continua, pública y pacífica, por el tiempo señalado por la ley, el cual es diez años, según lo establece el Artículo 633 del Código Civil.

2.7 Confusiones corrientes entre dominio, posesión y tenencia

La posesión puede ser la expresión de propiedad, pero como figura autónoma, no puede ser confundida con ella. La posesión y el dominio son dos categorías diferentes, siendo lo normal que el propietario tenga el derecho a poseer y lo común es que, teniendo ese derecho tenga efectivamente la posesión de la cosa que le pertenece.

Técnicamente hablando, es forzoso reconocer que es distinto el *ius possidendi* del *ius possessionis*, aunque lo habitual es que ambos se encuentren reunidos en una misma persona. Puede ocurrir que el propietario de cosa carezca de la posesión, no obstante tener derecho a ella, situación que puede dar lugar a un doble fenómeno jurídico un poseedor no dueño frente a un dueño no poseedor.

Todas las ventajas de la propiedad (dominio), concebida como derecho real por excelencia, son susceptibles de goce, a plenitud, cuando ella va unida de la posesión.



Cuando el propietario es despojado de la cosa se disocian la propiedad y la posesión, para lo cual existe el medio para recuperar, en el caso la acción posesoria de procedimiento más rápido y fácil es a través del interdicto de amparo de posesión o de tenencia.

La diferencia está en que la propiedad confiere un poder de derecho sobre la cosa; la posesión un poder de hecho, pero ambos poderes, se manifiestan, no obstante su distinto carácter, de la misma e idéntica manera. La propiedad es el derecho; la posesión es el hecho.

La posesión de cosa existe cuando una persona por sí o por representante, lo tenga bajo su poder y con la intención de ejercer un derecho de propiedad, comportándose como dueño, aunque en realidad no lo sea.

El rasgo común que identifica a la posesión consiste en atribuirle el carácter de un poder de hecho sobre la cosa, independientemente del concepto en que ésta sea tenida como propia o como ajena. En virtud de la relación de hecho que genera la posesión, el poseedor puede disponer de la cosa, usarla y aprovecharla libremente.

La tenencia de una cosa existe cuando se tenga efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad.

Ejemplos:

- Poseer a nombre de otro, con derecho a tener la cosa (locatario), comodatario) o sin derecho (depositario, mandatario, etc.);
- Transmitir la propiedad de la cosa, y poseerla a nombre del adquirente.
- Poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla (usufructuario acabado el usufructo), o después de la sentencia que anula el título, o después de reconocer en otro el derecho a poseer.

2.8 Teorías clásicas que rigen los interdictos

Las normas civiles y procesales han dado origen a dos teorías clásicas en esta materia:

- a) Teoría dualista: según la cual acciones posesorias e interdictos son instituciones distintas.
- b) Teoría monista: que sostiene que los interdictos son la reglamentación procesal de las acciones posesorias.

Para la primera teoría, las acciones protegen la posesión anual, continua, ininterrumpida, no precaria y sin vicios de violencia o clandestinidad, y los interdictos amparan la posesión, que no reúne esas características e, incluso, la tenencia.

Según la segunda teoría, los interdictos solo pueden ser promovidos por quienes tienen la posesión jurídica, siempre que ella reúna los requisitos exigidos los cuales



encontramos en el Artículo 612 del código civil, que establece: Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, se inclino por la teoría monista, aunque recordemos que esta posesión se presume de buena fe, en este tipo de juicios no se entra a conocer sobre la posesión, ya que esta se tendrá que llevar a cabo en un juicio especial para tratarla, simplemente el derecho que le asiste a quien se presume poseedor del mismo.

Los interdictos y las acciones posesorias han sido instituidos a fin de evitar que los litigios se solucionen sin el auxilio del Estado, como un modo de prevenir la violencia y el intento de hacerse justicia por sí mismo. Son medidas en las cuales no se discute el derecho de posesión o a la tenencia, sino solamente la existencia de ellas, debiendo protegerse el estado de cosas existentes, hasta que la justicia se pronuncie en definitiva sobre la relación sustancial.





CAPÍTULO III

3. El delito y las penas

3.1 Definición de delito

La palabra delito deriva del verbo latino delinquiré, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Desde el punto de vista de derecho penal, actualmente la definición del delito tiene un carácter descriptivo y formal. Además, corresponde a una concepción dogmática, cuyas características esenciales sólo se obtienen de la ley.

De conformidad a lo anterior, en la mayoría de los ordenamientos herederos del sistema continental europeo, se acostumbra a definirlo como una acción típica, antijurídica y culpable, eventualmente punible.

Así también Jiménez de Asúa, advierte que se trata de una concepción dogmática y no meramente exégesis, define entonces el delito como "la acción u omisión culpable típicamente antijurídica penada por la ley e imputable a un sujeto responsable y sometida en ciertos casos a una condición externa de punibilidad".²¹

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, citado por Hernán Hurtado Aguilar. *derecho penal compendiado*. pág. 22



3.2 Teoría del delito

Esta es una construcción doctrinal, surgida a fines del siglo XIX. Comienza en Alemania, con los planteamientos de Von Litz, quien adopta este sistema para poder enseñar derecho penal a sus alumnos y luego se difunde por toda Europa en países tales como Italia, España, Portugal, Grecia.

Luego es acogida en América Latina por la influencia española, pero países como Corea y Japón no adoptan este sistema.

Es un instrumento conceptual útil para realizar una aplicación racional de la ley penal al caso concreto; se le atribuye una doble función por un lado, mediar entre la ley penal y el caso concreto, por otro lado, mediar entre la ley penal y los hechos materiales que son objeto de juicio.

Para Bacigalupo se trata de una teoría de la aplicación de la ley penal, ya que primero debemos verificar que una conducta humana acción se adecua a la descripción realizada por el tipo (tipicidad), luego que la misma no esté autorizada ni que goce de un permiso por el ordenamiento jurídico antijuricidad. Y por último, comprobar que el autor posee las condiciones personales para imputarle dicha conducta culpabilidad.

La Teoría del delito es creada por la Dogmática Alemana con el propósito de entregar seguridad jurídica para resolver un caso concreto y además establecer una pena justa y proporcionada; es un sistema por niveles que nos permite saber cuando un determinado hecho delito le podemos asociar una pena:

3.2.1 Elementos del delito

1. Acción (acciones y omisiones)
2. Tipicidad
3. Antijuricidad
4. Culpabilidad

El delito, en sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica tipificada por la ley; antijurídica, contraria a derecho; culpable y punible, supone una conducta infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

3.3 Delito penal y delito civil

Los actos considerados como delitos civiles y cuasidelitos civiles, pueden ser también delito penal, si se encuentran tipificados y sancionados por la ley penal. Un delito penal, no será, a la vez, delito civil, si no ha causado daño; como tampoco un delito civil será, a la vez, delito penal, si la conducta ilícita no está tipificada penalmente por ninguna ley.

3.4 Crimen y delito

Crimen y delito son términos equivalentes. Su diferencia radica en que delito es genérico, y por crimen se entiende un delito más grave o, en ciertos países, un delito ofensivo en contra de las personas. Tanto el delito como el crimen son categorías presentadas habitualmente como universales; sin embargo los delitos y los crímenes son definidos por los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en un territorio o en un intervalo de tiempo.

Ejemplo: el homicidio es considerado delito en todas las legislaciones, pero matar a otro es castigado como homicidio sólo bajo estrictas condiciones que no se mate en una guerra, que no se mate ejerciendo una profesión (médicos, enfermeros, policías, jueces.), o que no se mate en legítima defensa y seguridad.

3.5 Falta o contravención

Una falta, en derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito. El sistema de faltas y contravenciones ha dado origen a una sub rama del derecho penal llamado derecho contravencional, o derecho de faltas.

Las faltas cumplen con los mismos requisitos que un delito como lo son: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La única diferencia es que la propia ley

decide caracterizarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad.

Dado que, por definición, la gravedad de una falta es menor a la de un delito, las penas que se imponen por las mismas suelen ser menos graves que las de los delitos, y se intenta evitar las penas privativas de libertad en favor de otras, como las penas pecuniarias o las de privaciones de derechos. Uno de los casos característicos del sistema de faltas son las infracciones de tránsito.

3.6 Evolución histórica de la pena

A continuación se presenta antecedentes más relevantes en cuanto a la pena.

3.6.1 Antecedentes

Previo a realizar un análisis de los antecedentes históricos de la pena, es menester partir del hecho del pleno entendimiento de la pena, como consecuencia jurídica y fáctica del delito, por ello es entendida como una consecuencia o reacción institucional, entendiéndose como institucional los órganos jurisdiccional y/o administrativo al hablar de un sistema penitenciario, que se suscita ante la comisión de un hecho punible.

Evidenciando la aplicación de una pena o sanción penal, que deviene de la comisión o realización de un hecho tipificado como delito, ha de observarse que en el devenir de los tiempos, ante la ineludible proliferación de nuevas figuras típicas o bien la

evolución de las mismas, la sanción penal que se debía imponer irremediamente también era transformada, actualizada o reforzada.

A este respecto habrá de considerarse una evolución marcada de la misma y delimitada por características especiales que la encuadraban en facetas, atendiendo al fin de su creación y los objetivos que movían su aplicación.

Es decir, la aplicación de una sanción penal, sea cual fuere la modalidad de esta última, estaba condenada a atender requerimientos específicos de su tiempo de aplicación, matizando esta última de un carácter particular según el momento político, religioso, económico, etc.

Atendiendo al fin principal de la sanción penal y las características de cada etapa en el tiempo, se divide en cuatro fases, a saber, las cuales menciono a continuación.

3.6.1.1 Época de la venganza o fase vindicativa

A este respecto cabe mencionar como característica o sentimiento imperativo en esta fase histórica el sentimiento de venganza ante la vivencia personal de hecho refutado como delictivo, incorrecto o gravoso, tanto para quien lo sufre personalmente como por sus familiares.

En tanto, cabe hablar de la ubicación de dicha fase histórica en las poblaciones primitivas. La orientación del castigo o la imposición de una pena se inclinaban hacia la pena corporal, infligiendo dolor o muerte tal y como fuera causado por el agresor, a saber, el objeto principal de la sanción era el de la venganza.



En esta fase histórica de la sanción penal, encontramos algunas instituciones o normas que la caracterizaban, tales como: el talión, la compositio, abandono noxal, entre otras. La ley del talión, o el talión, es una de las más antiguas normas de sanción, a cuyo favor podemos decir que constituyó una de las primeras nociones de la proporcionalidad de la pena, la búsqueda de aquella proporcionalidad pretendía armonizar o establecer una relación de equivalencia entre la infracción realizada o delito cometido con la sanción que se aplicaría al agresor o infractor condenado.

Ahora bien, la compositio, no era más que la transacción que se propiciaba o era dable realizar entre el ofendido o víctima y su grupo, con el infractor o victimario, composición que se establecía sobre la base o ante, el derecho que le asistía al primero de cobrar un tipo de venganza.

Por aquella transacción se establecía el compromiso del infractor o victimario de otorgar o entregar un bien de mucho valor por supuesto, al ofendido, y éste último se comprometía a renunciar a su derecho de cobrar venganza, de allí que era más común observar este tipo de composiciones y su aplicación sobre las infracciones cometidas con un carácter más que todo, económico.

Por último, al hablar de un abandono noxal, se refiere a una entrega concreta que realizaba el grupo o familia de un infractor de éste, hacia el ofendido o la familia o grupo de este, con el único e irremediable propósito de que tomaran la venganza correspondiente.

3.6.1.2 Época o fase expiacioncita o de retribución

Imperativo resulta, al hablar de esta fase de la sanción penal en su devenir histórico, del carácter divino que se atribuía a la aplicación de aquella sanción.

En tanto, al referirse a la ubicación de esta fase, se centra en la época de la edad media, a la que también denominan algunos autores, época de la venganza divina.

De aquél carácter divino se desprende el carácter expiatorio de la sanción penal en esta época. Y cabe resaltar la evolución aparejada, de la pena a los tipos de alguna manera eran concebidos como figuras penales, el objetivo principal de aquella sanción se encontraba también en una explotación oficializada, acaecida en el recluso de quien se exigía un trabajo o actividad física.

En ésta época o fase de la sanción penal, el titular de la misma era la autoridad religiosa y política, encontrando un fuerte nexo o inseparabilidad entre ambas organizaciones, de cuyas inspiraciones surgieron ideas conscriptas de tratamiento de reclusos, entre las que podemos mencionar algunas, tales como:

Las galeras: que eran naves marítimas impulsadas por remos, estos a su vez eran movidos por los reos a cuyo esfuerzo físico se atribuía el castigo aparentemente merecido por aquel, dicha práctica llegaba a desembocar en la muerte del reo.

También se instalaron edificaciones de presidios, de tinte militar y que según las características y sometimientos específicos de los reos, podían ser de tres tipos:

- a) Militares, donde el castigo o sanción se llevaba a cabo a través de la imposición de trabajos como la construcción de fortificaciones, arsenales, pozos, calles, puentes y obras públicas.
- b) La deportación, que básicamente consistía en el traslado del recluso a lugares lejanos de su lugar de origen, donde era obligado a realizar trabajos y consecuentemente a ello, colonizaba nuevas tierras.
- c) Los establecimientos correccionales, que tenían como fin principal el enclaustramiento de mujeres y otros, para su consecuente explotación.

3.6.1.3 Fase del nacimiento de la pena de prisión o correccionalista

Esta época o momento histórico de la sanción penal, posee características modernas, -en relación con las otras fases- cuya ubicación temporal se encuentra en el siglo XVIII.

Siendo consecuentes con el óbice a que obedece esta clasificación, resulta imperativo hablar del fin principal de la imposición de la pena en esta época, constituyéndose en el castigo del reo por medio de un régimen penitenciario, término igualmente de moderno cuya implementación empieza con esta época, orientado a la corrección del recluso a través de la privación de su libertad.

Aquella sanción es atribuida, en su aplicación, al Estado, a quien la legislación comienza a atribuir la potestad de penar o imponer sanciones, a este respecto cabe mencionar como características especiales de ésta época y la implantación de castigos o sanciones penales, la instauración de las cárceles con la gracia de



pretender evitar penas corporales, con elementos como el aislamiento permanente, aunque con prohibición de trabajo forzado pero con pretensiones de corrección de la actitud del reo, características de regímenes británicos.

Por otro lado, en Norteamérica, se implementan acciones, variantes de las anteriores pero con características especiales como disciplina severa, castigos corporales por faltas cometidas dentro de las instalaciones carcelarias.

3.6.1.4 Fase socializante

En ésta fase se continúa atendiendo al fin principal de la imposición o de la sanción penal correspondiente. La ubicamos temporalmente en el siglo XIX, y su fin principal es ya la resocialización y reinserción del delincuente.

El medio utilizado en esta fase de la sanción penal para lograr su objetivo principal es la implantación de un adecuado tratamiento penitenciario, formulado con base científicas y sociales, observando procedimientos humanos y de observancia del respeto a la dignidad del recluso, para lo cual se atribuye al Estado nuevamente, la titularidad de la sanción, es decir, la legitimación de la imposición de las sanciones penales.

En tanto, al observarse aquella evolución crítica de la pena, se denota un revestimiento del afán resocializador de la pena, la búsqueda de la rehabilitación, que se persigue implantar durante el cumplimiento de la sanción penal, dentro de la



cual se establecen además, etapas para un mejor control y atención, según la pretensión de reinserción del individuo a la sociedad a la cual pertenece.

Aquel afán, romántico tal vez, conllevaba en la mente de sus precursores, la búsqueda de implantaciones de regímenes progresivos, rehabilitadores, abiertos o al aire y de prisiones abiertas.

3.7 Escuelas penales

En la literatura jurídico penal suele identificarse muchas corrientes de pensamiento como escuelas pero en realidad solo existen la clásica y la positiva porque solo ellas reúnen las tres condiciones de una verdadera escuela, como lo son sistematización total de la materia jurídico penal, una específica visión del mundo y de la vida, y un método propio.

3.7.1 Escuela clásica

Sus principales pensadores Francisco Carrara, Romagnosi, Hegel, Rossi, y Carmignani. Libre albedrío, la justificación penal es el libre albedrío. Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraria lo hace a su libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

Idea de la sanción penal, como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el

método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre. Pena proporcional al delito, la pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la ley, Carrara habla tanto de moderación de las penas, como de su humanización y seguridad.

Carrara, conocido como el Maestro de Pisa. En su Programa del Corso di Diritto Criminale (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza picos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.

Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en italiano, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley. Así se expresaba Jiménez de Asúa haciendo referencia al autor italiano. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar en la misma línea a Montesquieu, Marat y Voltaire.

Beccaria parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época, el contrato social, de Rousseau, como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

La crítica surgida del libro de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como derecho penal liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, principio de legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc.

3.7.2 Escuela positiva

Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo.

Sus principales pensadores Cesar Lombroso, Enrique Ferri, y Rafael Garofalo. Para ellos la idea de la pena, es una necesidad social, como hecho que atenta contra la sociedad, el derecho penal lo reconoce. Su justificación se basa en que el ser humano es responsable en lo penal de vivir en sociedad.

Para Lombroso el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embriofetal, Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como delinciente nato al 'uomo delinquente' de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

Con el estado peligroso sin delito se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual; esta escuela no se preocupa tanto la clasificación de delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.

Sustitutivos penales. Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas; los positivistas consideran ineficaces a las penas, y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, otros.

3.8 La pena

Etimológicamente al término pena se le han atribuido varios significados en la historia del derecho penal, así se dice que la misma se deriva del vocablo *Pondus*, quiere decir peso, otros consideran que se deriva del sánscrito *Punya*, que significa pureza o virtud (valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través del sufrimiento por el delito cometido); algunos otros creen que se origina del griego *Ponos*, que significa trabajo o fatiga; y por último se considera que proviene de la palabra latina *Poenā*, significa castigo o suplico.

En cuanto a su significado la pena tiene diversas formas de conceptualización, desde su concepción como un mero castigo que se impone al delincuente, hasta su concepción como un tratamiento para reeducarlo, pasando por la prevención especial y general contra el delito. Al respecto Eugenio Cuelo Calón, expresa: “el

sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos principales antagónicos; el de la expiación o retribución, que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido, y el de la prevención, que aspira, como su nombre lo indica, a prevenir la comisión de nuevos delitos".²²

"La pena es el mal que, de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infringen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito"²³.

"La pena es el mal que el juez infringe al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social respecto al acto y al autor"²⁴.

"Pena es la consecuencia jurídica del delito que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la culpabilidad de agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo".²⁵

La pena "Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado al responsable de un ilícito penal"²⁶

²² Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal, parte general y parte especial**, pág. 581

²³ De León Velasco, Héctor Aníbal, De Mata Vela, José Francisco, **Derecho penal guatemalteco**, pág. 259

²⁴ **Ibid**

²⁵ **Ibid**, pág. 260

²⁶ **Ibid**.



Como conclusión de lo anterior se puede decir lo siguiente sobre la definición de De León Velasco y De Mata Vela, es bastante completa y en forma clara recoge puntos importantes para entender la pena en sí, primero señala que la pena es consecuencia jurídica del delito, pues si no existe delito indiscutiblemente no existe pena; eminentemente jurídica y establecida en ley.

Este aspecto es importante pues sería ilegal que se le aplicase a algún condenado penas que no sean las que están establecidas en nuestro ordenamiento penal en su parte especial, sólo así ésta puede ser contemplada como instrumento de justicia; señala que la pena priva o restringe bienes jurídicos como son: la libertad, la vida etc.; hace referencia a que la pena solo puede ser impuesta por órganos jurisdiccionales competentes, ya que el Estado es el único ente soberano que tiene facultad de castigar.

Como lo menciona el tratadista Díaz, "la pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres". Es necesario comprender que la pena es más que un castigo, tiende a tener otros fines de los cuales depende que se mantenga el estado de derecho.

Los derechos de las personas pueden verse perturbados por acciones ilícitas y antijurídicas realizadas por otras; así, el derecho del arrendador a percibir el importe del alquiler por parte del arrendatario puede verse perturbado por la falta de pago de éste; el derecho del trabajador a percibir el importe de su salario puede verse lesionado por incumplimiento de esta obligación que pesa sobre el patrono; el derecho del asegurado de percibir el importe de un seguro de incendios, quedaría



lesionado si no fuera indemnizado por la compañía aseguradora; el que ha sido víctima de un robo se sentiría defraudado si la organización del Estado no persiguiera al delincuente y le aplicase un castigo.

Cuando los derechos de una persona se sienten lesionados, el Estado presta su protección y se origina un proceso.

En ese orden de ideas, la pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Por ello, el derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

El derecho penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua).

3.8.1 Efectos

La pena produce una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad que se suponen positivos para ésta, y que según la teoría relativa de la pena, serían los objetivos en los que se fundamentaría la aplicación coactiva de la

pena. Así, tanto la teoría retributiva de la pena (o teoría absoluta de la pena), como la teoría relativa antes mencionada coinciden en que la pena, tanto en su vertiente coactiva como en su vertiente coercitiva tiene, o han de tener los siguientes efectos:

- Prevención general: dirigida al conjunto de la sociedad.
- Prevención especial: dirigida al sujeto que ya ha sido penado.

Por otro lado, la teoría retributiva habla del efecto retributivo de la pena (en un sentido similar a venganza), mientras que la teoría relativa menciona la necesidad de que la pena suponga una reinserción del penado en la sociedad.

3.8.2 Características

Las características que se desarrollan a continuación son las que distinguen a la pena desde un punto de criminal.

3.8.2.1 Personal

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplica a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a

terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una pena a algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por la imposición de una pena.

3.8.2.2 Proporciónada

Con relación a esta características. De León Velasco y De Mata Vela señalan que la pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia condenatoria".²⁷

Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima.

²⁷ Ibid, pág. 269



La proporcionalidad de la pena debe tener en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

3.8.2.3 Determinada

En cuanto a esta característica se considera que la pena debe de estar determinada en la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

3.8.2.5 Flexible

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, en el artículo 65 del Código penal se establece que "el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y una máximo señalado por la ley, para cada delito".

Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación para reparar un error judicial, "la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación"²⁸

3.8.2.6 Pronta e ineludible

Para cumplir con las finalidades de la pena, es necesario que la justicia sea pronta e ineludible. Caffarena, en su discurso sobre los principios de moral política, afirma taxativamente que: "la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimulada a todos los culpables"²⁹.

Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano.

De todo lo anterior, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

²⁸ *Ibid*, pág. 270

²⁹ Mapelli Caffarena, Borja, *Consecuencias jurídicas del delito*, pág. 49



3.8.2.7 Individualizada

Partiendo del principio constitucional de que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona transgreda la ley exige que deba de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

"La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización".³⁰

Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado.

3.9 Clasificación de la pena

En la doctrina existen una serie de clasificaciones con respecto de la pena y atendiendo a lo escrito por el Licenciado José Francisco de Mata Vela y Aníbal de León Velasco.

³⁰ Ibid, pág. 52



3.9.1 Atendiendo al fin que se proponen alcanzar

Las penas pueden ser:

3.9.1.1 Intimidatorias

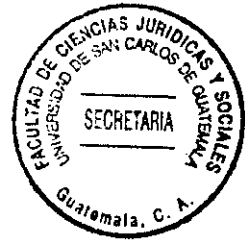
Son aquellas que producen en el sujeto al cual se imponen una intimidación en virtud de aplicarse a sus bienes jurídicos. Como los son libertad, el patrimonio, la vida. Estas penas influyen directamente sobre el ánimo del delincuente con el fin de que no vuelva a delinquir en la colectividad en lo que se denomina como la conminación o amenaza penal.

3.9.1.2 Correccionales o reformatorias

Teniendo presente que según la corriente moderna, toda pena debe ir dirigida a obtener la rehabilitación, la reforma y la reeducación del delincuente, para que pueda ser devuelto a la sociedad como ser útil a la misma.

3.9.1.3 Eliminatorias

Son aquellas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. La cadena perpetua, y la pena de muerte, son consideradas penas eliminatorias, con las cuales la corriente moderna, como ya se ha explicado anteriormente en relación a los fines del derecho penal moderno, no se encuentra en congruencia con los principios y los postulados del mismo.



3.9.2 Atendiendo a la materia

Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que privan o restringen las penas pueden ser:

3.9.2.1 La pena capital

Consiste en la eliminación física del delincuente atendiendo a la gravedad del delito cometido y a la peligrosidad criminal del delincuente. Cuello Calón, considera que si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

Con respecto a la pena capital, existen tres corrientes, la teoría abolicionista, que propugna la abolición de la pena de muerte y la que no, y propugna porque se mantenga la imposición de la pena capital o como dice de León Velasco y de Mata Vela, mal llamada pena de muerte porque de lo que se priva al condenado es de la vida.

Existe una tercer corriente que es la teoría ecléctica que sostiene que la pena de muerte no debe desaparecer, pero únicamente debe aplicarse a casos especiales en los cuales se está ante un delito gravísimo que exista plena prueba para condenar y que sea humanamente cierta la culpabilidad del condenado, que se ejecute de manera que no se haga sufrir tanto al paciente como al pueblo en general, es decir que no se aplique en presencia del pueblo.



Lo anterior es muy relativo, puesto que en la actualidad el derecho penal guatemalteco, ha llegado a tal extremo que la sociedad misma, impulsada por algunos sectores, propugnan y tratan de lograr a través de cualquier medio que se aplique, tal es el caso de los linchamientos.

3.9.2.2 La pena privativa de libertad

Consiste en la privación de la libertad del condenado, limitándole su derecho de locomoción al ubicar al condenado en un centro penitenciario, una cárcel o centro de detención por un tiempo determinado.

3.9.2.3 Pena restrictiva de libertad

En esta clase de penas, al condenado se le restringe en su libertad al determinársele un lugar específico para su cumplimiento, como es el caso de su residencia, es el típico caso del arresto domiciliario, contemplado en la legislación guatemalteca.

3.9.2.4 Pena restrictiva de derechos

A través de esta pena al condenado se le restringe en sus derechos civiles o bien sus derechos políticos o ambos. Los derechos individuales civiles o políticos que suspenden se encuentran contemplados en la legislación en la parte general.

3.9.2.5 Pena pecuniaria

Es la que siempre va dirigida en contra del patrimonio del condenado ya sea porque se le imponga una multa (pago de una cantidad determinada de dinero) y el comiso (consiste en la pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos del delito) así como la confiscación de bienes (consistente en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado).

3.9.3 Atendiendo a la importancia de las penas

Atendiendo a su importancia, o daño causado, las penas se dividen en:

3.9.3.1 Penas principales

Son aquellas que tienen independencia propia, es decir, que pueden imponerse en forma individual sin que dependan de otra pena. Esta clasificación doctrinaria, es aceptada por la legislación cuando establece entre las penas principales la de muerte, la de prisión de arresto de multa.

3.9.3.2 Penas accesorias:

Son aquellas sanciones que no gozan de independencia, es decir, que siempre deben acompañar a una pena principal, estas penas no tienen autonomía necesariamente deben anexarse a una principal, entre ellas están: inhabilitación

absoluta, especial, comiso, expulsión de extranjeros del territorio nacional pago de costos y gastos procesales.

3.10 Aplicación de las penas

Conforme el código penal guatemalteco, la aplicación de las penas dependerá de la participación que tuvo el imputado sindicado en el hecho ilícito cometido es así como se gradúa de la siguiente manera:

En el caso de los autores del delito consumado, es decir, cuando concurren todos los elementos de su tipificación, debe imponérsele la pena correspondiente al delito.

En el caso del autor de tentativa y al cómplice del delito consumado: se establece al autor de tentativa y al cómplice de delito consumado. La pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, pero rebajada en una tercera parte.

En el caso de los cómplices de tentativa, se les impone la pena que la ley señala para los autores del delito consumado pero rebajada en dos terceras partes.

En el caso de la fijación de la pena, esta tiene un carácter flexible o abierto, es decir, que dé el margen a los juzgadores de imponer la pena, dentro de un máximo y un mínimo señalado en la ley para cada delito, tomando en consideración una serie de circunstancias. Tanto agravantes como atenuantes que se suscitaron dentro de la comisión del delito y dado también a las características del imputado.



Lo relativo a la aplicación de las penas se encuentra regulado en el Artículo 62 al 68 del código penal vigente y con relación a los principios garantísticos es de estimar que tal normativa, en cuanto a algunos pasajes respecto a la fijación de la pena fundamentalmente. Es inconstitucional en virtud de que el juez o el tribunal que determinan la pena en la sentencia deben tomar en consideración en cuanto al tipo máximo o mínimo respecto a la mayor o menor peligrosidad del imputado.

Los antecedentes personales de este y de la víctima, el móvil del delito la extensión e intensidad del daño causado y la circunstancias atenuantes o bien agravantes que concurran en la comisión del hecho delictivo.

Sin embargo se establece que se esta juzgando al imputado y el grado de peligrosidad de este y no la lesión que hubiere causado al bien jurídico tutelado respectivo lo cual trasciende a criterios respecto a que debe prevalecer en el juzgamiento los principios de rehabilitación resocialización; por consiguiente por esa inadecuación que existe entre la ley sustantiva y adjetiva y el abismo en cuanto a los sistemas reformarse la ley al respecto.

Es conveniente considerar que el Código penal, establece una clasificación de la pena al dividirla taxativamente en:

3.10.1 Penas principales

Estas constituyen el fundamento de la fase de ejecución no solamente la fijación de la pena sino la ejecución de la misma. Las principales como su nombre lo indica son

las de mayor gravedad las más graves y se encuentran contenidas en el Artículo 43, 44, 45 y 52 del Código Penal entre las cuales encontramos la pena de muerte, prisión, arresto y multa.

3.10.2 Penas accesorias

Estas penas se imponen en determinados casos junto con la pena principal tienen menor gravedad o relevancia. Son las que se encuentran contenidas en el Artículo 56, 57, 60, y 61 del Código Penal, las cuales son:

1. Inhabilitación absoluta
2. Inhabilitación relativa
3. El comiso
4. Pago de costos y gastos procesales
5. Publicación de sentencia

En cuanto a la aplicación, es decir, la determinación de la pena, es conveniente citar preceptos sustantivos y adjetivos. En cuanto a los preceptos sustantivos esta se encuentra determinada en el contenido de los artículos del 62 al 68 del Código Penal, en materia procesal es conveniente establecer los siguientes aspectos:

La aplicación o determinación de la pena puede estar a cargo del juez de primera instancia para casos excepcionales como por ejemplo. Cuando se aplica el procedimiento abreviado tal como lo establece el Artículo 464 del código procesal penal al indicar: "Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una

pena no mayor a cinco años de privación de libertad o de una pena no privativa de libertad o aun en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título concretando su requerimiento ante el Juez de primera instancia en el procedimiento intermedio...” el Artículo 465 indica: El juez gira al imputado y dictara la resolución que corresponda sin más trámite. Podrá absolver a condenar pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público. Se aplicaran en lo pertinente las reglas de la sentencia...”.

Referente a la sentencia que implica no solo establecer la responsabilidad penal del imputado sino la pena a imponer el Artículo 383 del Código Procesal Penal establece: “Deliberación Inmediata después de clausurado el debate los jueces que hayan intervenido en el pasaran a deliberar en sesión secreta a lo cual solo podrá asistir el secretario”.

La aplicación de medidas de seguridad que no constituyen una pena pero que son facultades que tiene el juez en el caso de que las circunstancias así lo ameriten, y que conlleva la aplicación en lugar de pena de una medida de seguridad y conforme a lo anterior, las medidas que se puedan decretar son las siguientes:

1. Internamiento en establecimiento psiquiátrico
2. Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo.
3. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial
4. Libertad vigilada
5. Prohibición de residir en lugar determinado
6. Prohibición de concurrir a determinados lugares



7. Caución de buena conducta.

Como se podrá determinar la imposición de estas y otras medidas de seguridad. Conlleva que el Estado fortalezca una política criminal definida sin embargo en la realidad se presume que estas medidas tienen poca positividad toda vez que se carece de instituciones estatales que se acerquen de ejecutar tales medidas.





CAPÍTULO IV

4. Análisis doctrinario y legal de los Artículos 256 y 257 del Código Penal

4.1 Antecedentes del delito de usurpación en Guatemala

Se sabe muy poco sobre este delito, y "el antecedente más antiguo, se encuentra en la legislación. El Fuero Juzgo, Ley II, Título I, Libro VIII, tenía previsto el hecho de quien echa a otro omne por fuerza de lo suio, antes que el juicio sea dado, pierda toda la demanda, Moguer que haya buena razón".³¹

Sin embargo en la legislación española, se castigaba el apoderamiento de cosa mueble o inmueble, ya se tenía regulada la usurpación como el despojo violento de la posesión de una finca castigándose también en el mismo la perturbación de la posesión de fincas, alhajas, derechos, acciones, etc. Así también fue penada la usurpación violenta.

El Código Penal de 1936 también regulo el hecho. La legislación mexicana denomina a este delito despojo de inmuebles, pero alguna doctrina también le llama robo de inmuebles.

³¹ De León Velasco, Héctor Aníbal, De Mata Vela, José Francisco, Derecho penal guatemalteco, pág. 495.



4.2 Definición

Guillermo Cabanellas, nos proporciona una definición al respecto de usurpación “arrogación de personalidad, título, calidad facultades o circunstancias de que se carece”.³²

4.3 Clases de usurpación

En la doctrina encontramos una serie de delitos de usurpación, los contemplados como delitos contra el patrimonio, tales como: usurpación de bienes inmuebles, de derechos de posesión, de derechos de posesión, de Aguas y los otros que encajan dentro de los delitos de falsedad personal, como la usurpación de funciones.

El Artículo 335 del Código Penal establece: “Quien, sin título o causa legítima, ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario, atribuyéndose carácter oficial, será sancionado con prisión de uno a tres años”.

El Artículo 336 del Código Penal, establece: “usurpación de calidad: Quien se arrogare título académico o ejerciere actos que competen a profesionales, sin tener título o habilitación especial, será sancionado con multa de quinientos a tres mil quetzales. Si de resultas de ilegal ejercicio, se derivare perjuicio a tercero, la sanción señalada en el párrafo que antecede, se elevara a una tercera parte”.

En la doctrina encontramos también otra clasificación del delito de usurpación como: usurpación de atribuciones, usurpación de distintivos.

³² Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 316.

Es sin duda la usurpación contenida dentro de los delitos contra el patrimonio, la que más nos interesa, por ser la que motiva la presente investigación y la cual se describe a continuación.

4.3.1 Usurpación de bienes inmuebles

Guillermo Cabanellas, en su diccionario enciclopédico de derecho usual, define la usurpación en lo inmobiliario como: "la usurpación equivale a lo que el robo con respecto a las cosas muebles; pero frente a la conciencia del apoderamiento y de la violencia, se alza en la usurpación que no cabe llevarse la cosa, como hace el ladrón, sino quedarse en ella, haciéndose pasar como dueño e iniciando una posesión viciosa; pero que puede conducir a la usucapión, por la prescripción extraordinaria sin justo título ni buena fe".³³

También el goce injusto o fraudulento de alguna cosa, título o derecho del que uno se ha apoderado con mala fe, violencia, engaño o artificio, en perjuicio público o de un particular. En tanto que la usurpación de inmuebles es:

- a) Despojar a otro, por violencia, engaño o abuso de confianza, de la posesión o tenencia de un inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre;
- b) Apoderarse de todo o parte de un inmueble destruyendo o alterando los términos o límites del mismo.

³³ *Ibid.*

c) Turbar, mediante violencia o amenazas, la posesión de un inmueble.

4.3.1.1 Elementos

- A) Objeto material: debe ser un inmueble o derecho sobre el mismo. La ocupación de un bien inmueble, ocupar significa: “tomar posesión, apoderarse de una cosa”. Todo acto que origine para el legítimo poseedor del inmueble, la pérdida o perturbación de su posesión material, constituye esta ocupación; pues el derecho aquí lesionado es la posesión. La usurpación de un derecho real significa: “La apropiación con violencia o intimidación de un derecho real.
- B) La cosa ocupada es el derecho real usurpado, ha de ser pertenencia ajena.
- C) La acción delictiva ha de constituir en el despojo o la pretensión con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícito.

4.4 Análisis del Artículo 256 del Código Penal

El Artículo 256 del Código Penal, establece: “Comete el delito de usurpación quien, con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícito, despojare o pretendiere despojar a otro la posesión o tenencia de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo o quien, ilícitamente, con cualquier propósito, invada u ocupe un bien inmueble.

La permanencia en el inmueble constituye flagrancia en este delito. La policía, el Ministerio Público o el Juez, están obligados a impedir que los hechos punibles

continúen causando consecuencias ulteriores, ordenándose o procediéndose según corresponda al inmediato desalojo.

El responsable de usurpación será sancionado con prisión de uno a tres años”.

Conforme la literalidad del Artículo que tipifica este delito, encontramos que el ámbito en el que la usurpación puede operar es, en los bienes inmuebles, así como en los derechos reales sobre los mismos.

Por su parte Soler sostiene que como requisitos indispensables para que se configure la usurpación propia, debe haber una posesión o tenencia de un derecho real de uso, usufructo, habitación o servidumbre, la que es violada o transgredida, conducta que es la castigada por la norma penal.

Ballestra argumenta que, lo que interesa para que pueda actuarse la tutela del delito que nos ocupa, es que el sujeto pasivo esté realmente en el ejercicio de la posesión de un inmueble, ya sea en si misma o ejerciendo un derecho. Al decir ejerciendo un derecho, se refiere a que no es necesaria su presencia física, sino que simplemente esté en uso el relacionado derecho, como se da en el caso de las servidumbres.

Los comentarios doctrinarios anteriores coinciden con los elementos descritos por los autores nacionales De Mata Vela y De León Velasco, quienes opinan: “el objeto material del delito debe ser un inmueble, o un derecho real sobre el mismo, y la

acción delictiva debe consistir en el despojo o la pretensión de despojar con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícito”³⁴.

Groizard, opina que: “el derecho turbado es el de posesión. De aquí, que todo acto que implique la pérdida para alguno de la posesión material de un inmueble debe tenerse para los efectos de la ley, por ocupación. El dolo concreto es aquí constituido por el mal propósito de adquirir los inmuebles que otro está en posesión pacífica”.³⁵

4.4.1 Bien jurídico tutelado

Ahora bien, el bien jurídico tutelado es el patrimonio, pero la norma específica sobre la posesión o la tenencia. Para determinar con claridad sobre que ejerce su protección el derecho penal en este delito, se toma en cuenta lo siguiente: “el bien jurídico tutelado por el derecho, viene a ser la posesión, y no así la propiedad la que corresponde a un componente extra penal”³⁶

Se resume que el bien que se ve afectado de manera directa es el de la posesión ya que al tomarse el inmueble de manera abrupta se violenta el derecho de posesión, por lo que para entender de mejor manera esta institución se procederá a analizar.

³⁴ **Ibid.** pág. 495.

³⁵ González de la Vega, Francisco, **Derecho penal mexicano**, pág. 290

³⁶ www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp (02/04/2007)

4.4.2 Elementos del delito de usurpación

Doctrinariamente se ha llamado a estos elementos: medios comisivos para la configuración de un delito, en el caso de la usurpación son los siguientes:

4.4.2.1 Violencia

La que debe ser entendida como el empleo de una energía física absoluta o relativa, positiva o negativa, o la modificación de una cosa, contrastante con los derechos ajenos sobre la misma o que produzca impedimento para el ejercicio o el goce de otros derechos, por parte de quien esté legitimado.

Sin embargo la anterior definición solamente sirve de orientación para entender el significado genérico de violencia, esto se debe a que existen varios tipos de violencia y especialmente atinentes al delito de usurpación, se pueden dar los siguientes:

- Violencia física.
- Violencia moral.
- Violencia sobre las cosas.
- Violencia por temor o por intimidación.
- Violencia por narcosis.

Todos los anteriores tipos de violencia, tienen la finalidad de ejercer una presión sobre el sujeto pasivo del delito en estudio (usurpación) y obtener de él una



declaración de voluntad viciada y conveniente a los intereses de aquellos que ejercen la violencia, o bien obligar al mismo sujeto pasivo a mantener una conducta distinta, mediante la violencia a las cosas.

4.4.2.2 El engaño

Del engaño tenemos varias definiciones que pueden colaborar a aclarar el verdadero sentido del término y ello contribuirá a establecer los efectos del mismo al aparecer configurando el delito de usurpación.

Para los tratadistas Pellerano y Carlos I. Rubianes el engaño es el conjunto de elementos formales y esenciales que debe tener una acción, para que sea susceptible de producir una relación causal entre una acción engañosa, falsa o mentirosa y la entrega del inmueble, que en este caso constituye el elemento material del delito de usurpación.

El Engaño para la Real Academia Española es la “falta de verdad en lo que se dice, hace cree, piensa o discurre”.

Enfocando el engaño hacia el delito de usurpación Ballestra dice que sólo hay usurpación mediante engaño cuando el ocupante de un inmueble es inducido a error y por obra de ello, quede privado materialmente de la posesión o tenencia, aunque, en nada se perjudique su derecho sobre el bien.

El engaño, como elemento configurador del delito de usurpación, procede cuando el dominio, la posesión, la tenencia del inmueble se ha mudado a otra persona, a raíz de un hecho o acto jurídico que contiene el engaño mismo y a raíz de dicho hecho o acto, se ha entregado el inmueble o trasladado el derecho.

Cuando una persona cede o traslada sus derechos reales sobre determinado bien en base a un documento falso, ha quedado configurado el engaño, éste es a su vez, la clara y evidente manifestación de un dolo en la mente del delincuente, pues, al elaborar, preparar, presentar y ejecutar el hecho; el delincuente pretende adquirir un derecho real, al que en condiciones legítimas, no tendría derecho, o bien lesionar el patrimonio del sujeto pasivo en este delito, mediante la elaboración y ejecución del documento o del hecho o acto jurídico que contiene el engaño.

4.4.2.3 El abuso de confianza

Ossorio en su obra establece que, "es el hecho de usar de un poder de una facultad, o de un derecho o de una situación o de una cosa más allá de lo lícito".³⁷ En este caso no hubo ni violencia ni engaño alguno, ya que el sujeto pasivo del delito, el legítimo tenedor o el propietario voluntariamente ha consentido en que ingrese una persona, sin embargo este elemento sólo se perfecciona en los casos en que el propietario no está presente, como en el caso de los trabajadores en reparaciones locativas.

³⁷ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*.



El abuso queda perfecto cuando se hace evidente la intención del usurpador de permanecer y apropiarse del inmueble en cuestión abusando con ello de la confianza que le ha sido dada por el propietario. Ahora si éste está presente cuando el usurpador se niega a salir, se tipifica el delito de allanamiento de morada (Artículo 206 Código Penal).

Como se puede establecer, lo fundamental para calificar el delito de usurpación se limita a la forma en cómo ingresa el usurpador al inmueble y al momento en que se manifiesta su intención de conservarlo como propio.

4.4.2.4 La clandestinidad

Ossorio, sostiene que la clandestinidad radica en la manera encubierta, oculta o secreta con que se realiza un acto, ya que esta palabra proviene de lo subrepticio, es decir, aquello que se hace ocultamente o a escondidas, respectivamente.

Últimamente, este elemento ha sido duramente criticado, ya que se sostiene que la sola clandestinidad como adjetivo de la conducta del agente no perfecciona ni agrava el delito, sino que, la clandestinidad solamente puede ser usada por el agente para ingresar al inmueble, pero una vez descubierto deberá acudir a la violencia o al engaño para despojar.

Sin embargo, los defensores de este elemento argumentan que si puede colaborar a configurar el delito, ya que esta figura se da cuando aun temporalmente no se ejercen sobre el bien ningún tipo de dominación ni siquiera desde el punto de vista



externo (inmueble abandonado por viaje del dueño y renuncia del guardián), entonces la persona que ingrese con ánimo delictivo lo hará en forma clandestina, pues ha ingresado sin justo título ni autorización a un inmueble que no es de propiedad, y al cual no tiene derecho alguno para ingresar.

Finalmente, este elemento adjetivo de delito puede enmarcarse dentro de las figuras agravantes que tiene el Código circunstancia agravante, despoblado. Los legisladores nacionales mediante las reformas al Código Penal contenidas en el Decreto 33-96, lastimosamente retiraron del texto legal, las circunstancias descritas anteriormente, ya que ellas como ya se dijo, ayudaban a configurar el delito.

Al parecer la motivación fue que, algunas de esas circunstancias como el engaño, el abuso de confianza, la clandestinidad generaban confusión con las circunstancias agravantes que tenía, dicha corrección no debió hacerse ya que establece que no se apreciarán como circunstancias agravantes, las que por sí mismas constituyen un delito especialmente previsto por la ley, ni las que ésta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito.

El Artículo 256 del Código Penal, solo que sin la citada reforma rezaba de la siguiente manera: (Usurpación). Comete usurpación quien, mediante violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinamente con fines de apoderamiento o de aprovechamiento ilícito, despojare o pretendiere despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real constituido sobre el mismo, ya sea invadiendo el inmueble, manteniéndose en el, o expulsando a sus ocupantes.



El responsable de usurpación será sancionado con prisión de seis meses a tres años. No obstante que el Artículo que actualmente se encuentra vigente, no contiene los elementos que lo configuraban, se procedió a incluirlos, por ser los que la doctrina reconoce como constitutivos del mismo.

4.5 Análisis del Artículo 257 del Código Penal

El Artículo 257 del Código Penal, establece: la pena será de dos a seis años de prisión, cuando en alguno de los supuestos a que se refiere el Artículo anterior, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Que el hecho se lleve a cabo por más de cinco personas;
- b) Cuando el o los usurpadores se mantengan en el inmueble por más de tres días;
- c) Cuando a los poseedores o propietarios del inmueble, sus trabajadores, empleados o dependientes, se les vede el acceso al inmueble o fuesen expulsados del mismo por los usurpadores o tuvieren que abandonarlo por cualquier tipo de intimidación que estos ejercieren en su contra;
- d) Cuando el hecho se lleve a cabo mediante hostigamiento, desorden, violencia, engaño, abuso de confianza, clandestinidad o intimidación;
- e) Cuando se causare cualquier tipo de daño o perjuicio al inmueble, sus cultivos instalaciones, caminos de acceso o recursos naturales.

Las penas señaladas en ese Artículo o en el anterior, según el caso se aplicaran también a quienes instiguen, propongan, fuercen o induzcan a otros a cometer este delito o cooperen en su planificación, preparación o ejecución.

4.6 Fase administrativa del delito de usurpación, ante el Ministerio Público

Como se expuso en el primer capítulo de esta investigación una vez ha ingresado la denuncia, o prevención policial, al Ministerio Público, por el delito de usurpación, se da inicio a una fase administrativa, en la cual el Ministerio Público, sin plazo alguno recaba sus medios de investigación, procediendo de la siguiente manera:

1. Citación a las partes, con el objetivo que el agraviado proceda a ratificar su denuncia, ya que en muchas ocasiones, esta carece de información que no proporciona en un inicio, debe acreditar la propiedad de bien inmueble usurpado así mismo se le pregunta si está de acuerdo con intentar alguna conciliación.

2. De estar de acuerdo la parte agraviada con intentar una conciliación, se cita a la parte sindicada, para una junta conciliatoria o de encaramiento, haciéndosele saber el delito que está cometiendo y que si persiste en mantenerse en el lugar, se tendrá que acudir a la fuerza pública, por lo que en esta parte suceden tres situaciones:

- 2.1 La parte sindicada acepta la junta conciliatoria y desocupa pasivamente el lugar, el agraviado toma nuevamente posesión de su propiedad.



- 2.2 La parte sindicada no acepta la junta conciliatoria y se rehúsa a salir del inmueble.
- 2.3 La parte sindicada no comparece a la audiencia, y no justifica su incomparecencia.

En el supuesto uno, si acepta la junta conciliatoria, el caso se desestima solicitando por ende el archivo de la denuncia.

En el supuesto dos el cual es más común, en virtud que la parte sindicada no acepto llegar a ningún arreglo pacífico, el ente investigador se ve en la obligación de poner en control jurisdiccional, el caso, esto quiere decir que será un Juez de Primera Instancia de Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, a quien se le dé intervención.

En el supuesto dos punto tres, de no acudir a la junta conciliatoria, sin justificar la incomparecencia se puede solicitar el auxilio de la fuerza pública, tal como lo establece el Artículo 173 del Código Procesal Penal.

3. El siguiente paso consiste en tener más elementos que se puedan incorporar como inspección ocular del área, esto se realiza mediante un acta que redacta el Auxiliar Fiscal a cargo del caso, apoyado de técnicos en escena del crimen, quienes realizan el croquis de ubicación del terreno, fotografías y video.
4. Se incorporan planos elaborados por Ingeniero Civil, para determinar las colindancias del inmueble.



5. Se procede a tomar la declaración testimonial del agraviado, la cual debe hacerse acto seguido en el que no se llegó a ningún arreglo con el sindicato, dicha declaración apoya la petición que formulara el Ministerio Público, en cuanto a la orden de desalojo, que se solicite al juez contralor.

6. Una vez obtenida la orden por parte del juez contralor, se procede a ejecutarla, con apoyo de la Policía Nacional Civil, y Ministerio Público, quien tendrá que redactar acta, haciendo constar la posesión del dueño respectivo.

7. Se presenta aviso al Juez contralor sobre la diligencia practicada, en el sentido de hacer de su conocimiento, que se llevo a cabo el desalojo, o bien si se presentaron anomalías, se deben informar; si la orden se otorgo sin esta condición, el ente investigador no está en la obligación de dar aviso, misma situación sucede cuando se autoriza un allanamiento.

Lo anterior muestra una idea de todas las diligencias que conlleva el caso, y tiempo invertido por parte del ente investigador, se podría decir entonces que la lucha valió la pena, porque, la parte agraviada consiguió su propósito, usando esta vía, lo cual implica economía procesal para las partes, mas no para el Estado, careciendo de celeridad procesal, puesto que es una fase administrativa y no está sujeta a plazo alguno.

Una vez se ha llevado el caso, hasta esa etapa, y se ha conseguido el desalojo, es de esperarse que el caso no continúe y se presente una desestimación por no poder proceder, tal como lo establece el Artículo 310 del Código Procesal Penal, ya que la



parte agraviada se da por satisfecha en sus pretensiones y se aparta del proceso, a través de un desistimiento.

El problema que aquí se plantea, y donde nace la inquietud por llevar a cabo la presente investigación, consiste en la utilización inadecuada que se le da al Ministerio Público, al querer solventar un conflicto de ésta naturaleza, que está protegido también en otro ordenamiento jurídico. Encontramos el delito de usurpación versus el interdicto de amparo de posesión o tenencia, ambos tienen como común denominador la protección de posesión o tenencia de la tierra.

Por otra parte, el Artículo 24 del Código Procesal Penal, establece. La clasificación de la acción penal en:

1. Acción pública,
2. Acción pública dependiente de instancia particular o que requiere autorización estatal,
3. Acción privada.

El Artículo 24 Bis del Código Procesal Penal, establece. Acción Pública. Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este código.



Los delitos de Acción Pública, no tienen clasificación, pero por lógica entendemos que son todos aquellos, que no están incluidos en los delitos de acción privada y en los delitos de acción pública dependiente de instancia particular, por lo que la lista es extensa.

El Artículo 24 Ter, regula. Acciones Públicas dependientes de instancia particular y el Artículo 24 Quáter, regula. Acción Privada, ambos del Código Procesal Penal. El delito de usurpación, es de acción pública, lo que quiere decir que el Ministerio Público, tiene que ejercer la acción penal, situación que en la actualidad no se da, porque como se ha señalado, en la mayoría de los casos primero se agota la fase administrativa.

Habiéndose aclarado cual es la clasificación legal del delito de usurpación y en el supuesto que se cuente con los elementos de investigación, señalados en la fase administrativa, el Ministerio Público, solicita la orden de aprehensión del usurpador.

Como se podrá notar no se cumple lo señalado en el Artículo 259 del Código Procesal Penal, que preceptúa la aprehensión, en caso de flagrancia, siendo el delito de usurpación un delito de flagrancia. En la práctica la Policía Nacional Civil, no aprehende en flagrancia, por este delito, siempre se agota la fase administrativa.

El agraviado casi siempre satisface sus pretensiones al obtener nuevamente su propiedad, siendo éste el único fin a perseguir, razones por las cuales se desnaturaliza la función del Ministerio Público, si bien el ente investigador debe



aplicar el criterio de objetividad regulado en el Artículo 108 del Código Procesal Penal, el cual establece.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público adecuara sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Es por ello que se pretende demostrar, el mal uso que se da a la ley, y que no se aplica el principio de subsidiariedad o ultima ratio, es por ello, se dice que en este caso merece preeminencia el derecho civil, frente al derecho penal, en el interdicto de amparo de posesión o tenencia, frente al delito de usurpación.

Se considera que lo correcto es aplicar el Artículo 26 del Código Procesal Penal, y no concluir con una desestimación, puesto que no se está sancionando la conducta del sindicado, con la desestimación se deja una ventana abierta, a la posibilidad que el mismo hecho vuelva a ocurrir, ya que la desestimación no cierra el proceso, por no ser un acto conclusivo, pero es una ventaja para el agraviado, porque de darse nuevos hechos, como volver a ser despojado del bien inmueble, puede reabrirse el caso, y nuevamente el ente investigador tendría que auxiliar al agraviado.

El delito de usurpación, protege como bien jurídico tutelado el patrimonio, por lo que al habersele integrado dentro de los delitos de acción pública, se considera que tiene una preferencia no merecida, ya que no es un delito de impacto social, y no se considera que la seguridad ciudadana y el interés público estén gravemente afectados.



4.6 Conversión de los delitos de acción pública en acción privada

El Artículo 26. Del Código Procesal Penal, regula la conversión y establece que: “las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social”, en los casos siguientes:

3) en cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, ha pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente.

Lo anterior quiere decir, que si se persigue el delito de usurpación agravada, por ser éste un delito de acción pública, la parte agraviada aunque desista de la persecución penal, porque ha conseguido el desalojo, faculta al Ministerio Público a continuar con el caso, hasta que se aplique la sanción que se prevé para ese tipo de delito; vemos en la actualidad que tal situación no se lleva a cabo, y que los jueces otorgan al ente investigador desestimaciones por no poder proceder, aunque cabe recordar la desestimación no cierra en definitiva el proceso.

Lo correcto y lo que se recomienda es que el Ministerio Público, proceda en atención a lo que establece el Artículo 26 del Código Procesal Penal, otorgando la anuencia a la parte agraviada, para solicitar la conversión, del delito de ejercicio publico a una acción privada, para que así la parte agraviada pueda desistir y en ese sentido solicitar sobreseimiento, por ser un acto conclusivo.



Es conveniente mencionar que tal situación se da de manera diferente en el delito de alteración de linderos, regulado en el Artículo 258 del Código Penal, puesto que la parte agraviada, puede desistir, sin mayor complicación, por ser un delito de acción pública dependiente de instancia particular, pero como se indicara anteriormente el delito de usurpación es un delito de acción pública, no depende del acuerdo de la instancia particular.

Se considera apropiado que dentro de las reformas al código procesal penal, que puedan darse en un futuro se incluya al delito de usurpación dentro de los delitos que forman parte de la acción pública dependiente de instancia particular, esto por considerarse que no es un delito de impacto social, y el interés público no está gravemente afectado o amenazado.

4.8 Necesidad de reformar los Artículos 256 y 257 del Código Penal

Se desconoce que el delito de usurpación sólo existe en el atrasado Código Penal guatemalteco. Países modernos que otorgan plena vigencia de la propiedad privada y otros tipos de propiedad, no los contemplan en su legislación. Aquí fue colocado precisamente para evitar el desborde de la presión sobre la tierra en 1994.

Es necesario aclarar que esos enunciados jurídicos ampliaron las causas de su tipificación, imputando la invasión u ocupación del inmueble sin importar el propósito y la manera de realizarlo: Si es con fines de apoderamiento o no; si se utiliza la violencia o no. El anterior Código Penal establecía de seis meses a tres años de

cárcel cuando se utilizara la violencia con fines de apropiación, y sólo multa cuando fueran ocupaciones impropias sin uso de violencia. Con la denominada usurpación agravada se estipulan sanciones con pena privativa de libertad, de dos a seis años.

Además se agrega al delito un párrafo sobre la flagrancia, procediéndose al inmediato desalojo, eso significa que la simple permanencia en el inmueble es flagrancia y aparentemente determina un ánimo de permanencia que nunca es comprobado. La denominación de estos delitos limita el derecho de defensa y oculta los verdaderos propósitos. Esto sucede por ejemplo con los reclamos de mozos colonos o trabajadores agrícolas.

Los delitos de usurpación y usurpación agravada están solapando la violación del derecho de generaciones de comunidades campesinas, que desde hace más de cien años fueron obligadas a realizar trabajo gratuito para levantar las fincas de café y condenadas a vivir en condiciones de explotación por el resto de sus vidas; mientras otros han gozado de la opulencia y recibido todo el apoyo del Estado para mantener y aumentar sus privilegios.

Los derechos laborales existen desde mediados de la década de los cuarenta. Para muchos empleadores, parece que éstos no existieran. Esa amnesia para cumplir la ley ha tenido el propósito de tenerlos dependientes de la finca. Fue el mecanismo que se utilizó alrededor de la figura de mozo-colono para no cumplir con las mínimas garantías establecidas en el Código de Trabajo.

Hoy el mozo-colono ya no le es funcional al sistema de finca. La gente le estorba y le afecta que los trabajadores reclamen sus prestaciones laborales a cambio de tierra o capital. Al derecho de reclamo y resistencia se le está llamando invasión.

Es cierto que las ocupaciones de tierra también son medios de presión para reclamar propiedades de dudosa proveniencia o con presunta sobre titulación; de igual manera pueden ser medidas desesperadas cuando se contrasta el hambre y la pobreza frente a grandes extensiones de tierra abandonadas y ociosas.

Entonces no es cualquier casita ni tiendita, la que está en riesgo. Lo que está en cuestión es un modelo socioeconómico, que es obsoleto para proporcionar bienestar para las grandes mayorías, y un modelo de Estado patrimonialista, que no garantiza el establecimiento del bien común, la dignidad humana y el derecho a la vida y a la alimentación. Todo lo anterior hay que discutirlo, únicamente con verdades será posible llegar a acuerdos con visión de nación y de país.

4.8.1 La Inconstitucionalidad del segundo párrafo del Artículo 256 del Código Penal

La supremacía constitucional necesaria para la conservación del ordenamiento jurídico se encuentra contenida en el Artículo 175 al establecer que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución y que las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales, son nulas ipso jure.

Analizado desde este punto de vista, se puede observar que el segundo párrafo del Artículo 256 del Código Penal, resulta inconstitucional, al establecer que “La permanencia en el inmueble constituye flagrancia en este delito. La Policía, el Ministerio Público o el Juez, están obligados a impedir que los hechos punibles continúen causando consecuencias ulteriores, ordenándose o procediéndose según corresponda al inmediato desalojo”.

Dicho párrafo contraria la norma suprema, toda vez el desalojo se debe realizar, a tenor de lo contemplado en el mencionado precepto legal, y debe ser de manera inmediata, por encontrarse el supuesto usurpador violentando el derecho de posesión del posible dueño del inmueble, entendiéndose también poseedor o tenedor del mismo, para garantizarle a este último la protección de su derecho de posesión o tenencia a la propiedad privada.

Se comete una acción inconstitucional, por parte de las autoridades de: Policía Nacional Civil, Fiscales del Ministerio Público y Juez del Organismo Judicial, ya que el inmediato desalojo del supuesto usurpador de las tierras usurpadas, constituye una flagrante violación a las garantías constitucionales del derecho a la defensa y al debido proceso reguladas en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez no se han dado las etapas correspondientes del proceso, no se ha recibido prueba, y mucho menos se ha citado, oído y vencido en juicio al supuesto infractor para que se desaloje el inmueble invadido.

El Juez al ordenar el inmediato desalojo le está violando el derecho de defensa y debido proceso al supuesto usurpador, siendo lo correcto citar al supuesto



usurpador, para determinar si esta persona posee algún título o documento legítimo para ocupar el inmueble ya que como es común en nuestro país, se dan casos de estafas por parte de personas inescrupulosas que prometen en venta lo que no es de su propiedad, estafando a personas que de buena fe adquieren dichos bienes y que posteriormente son desalojados de los mismos y lo que es peor son detenidos y consignados a los tribunales de justicia, sin haber sido citados y escuchados del por que de su permanencia en el inmueble.

No obstante lo imperativo de este precepto el cual favorece a la clase pudiente ya que son estos los que frecuentemente son afectados por estos ilícitos penales, es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de esas normas por parte de un ente especializado y facultado constitucionalmente para el efecto y la propia ley fundamental le da esa tarea a la Corte de Constitucionalidad, tal y como lo prescribe el Artículo 268, el cual señala que la función esencial de la Corte de Constitucionalidad es la defensa del orden constitucional.

En este orden de ideas, podemos apuntar que para mantener el orden constitucional de un Estado, se necesita de un órgano con función de legislador negativo que excluya del ordenamiento jurídico aquellas normas que contravengan la constitución, en cumplimiento de lo dispuesto por la normativa que contiene el principio de supremacía constitucional.

Como quedó apuntado con anterioridad para ejercer un control de constitucionalidad de las leyes es necesario que el ordenamiento jurídico de un Estado esté dotado de



una Constitución total o parcialmente rígida y, que en tal virtud, ella misma establezca los procedimientos necesarios para mantener ese orden.

En Guatemala existen dos formas de control de constitucionalidad de las leyes, siendo éstos los contemplados en los Artículos 266 y 267 de la Constitución.

La primera de las normas mencionadas se refiere a la inconstitucionalidad de las leyes para casos concretos, siendo éste un sistema difuso del control de la constitucionalidad, pues se permite a los jueces ordinarios hacer la declaración de que una norma aplicable al caso concreto adolece de inconstitucionalidad, aplicación que tendrá únicamente efectos inter partes.

Este Artículo establece que: "En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto."

En segundo término el Artículo que se refiere a la inconstitucionalidad de las leyes de carácter general por medio de un sistema concentrado del control de la constitucionalidad de las leyes, al facultar solamente a un órgano para hacer la declaración en tal sentido y cuyos efectos, si procede tal declaratoria, serán erga omnes, es decir frente a todos. Este Artículo prescribe que: "Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio



parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad."

El sustento de una inconstitucionalidad radica en que las leyes, reglamentos o disposiciones que sean de observancia general contengan un vicio que puede ser parcial o total, de inconstitucionalidad. Pero, ¿cómo delimitamos la inconstitucionalidad de una norma?. La respuesta es sencilla: que la norma atacada contradiga, viole, vulnere o tergiverse alguna de las disposiciones que la Constitución establece:

A diferencia del amparo, cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio, en la inconstitucionalidad de las leyes se analiza y confronta la norma impugnada con los Artículos de la Constitución que se consideran vulnerados, por ello, la Constitución es la norma parámetro con la que se puede establecer la inconstitucionalidad de una ley.



CAPÍTULO V

5. Obstáculos al ejercicio de la persecución penal y la última ratio

5.1 Introducción

Los obstáculos a la persecución penal son impedimentos que, sin referirse a la existencia del delito o a la responsabilidad del imputado, tienen como efecto postergar el ejercicio de la acción penal en el proceso de que se trata o impedirlo definitivamente.

Como obstáculos a la persecución penal el Código Procesal enumera la cuestión prejudicial, el antejuicio y las excepciones. Dentro de éstas se distinguen las de incompetencia, la de falta de acción y la de extinción de la persecución penal o pretensión civil.

En nuestro Código, en el capítulo II, título I del libro segundo, se utiliza el nombre de obstáculos a ciertas acciones que efectivamente pueden obstaculizar el trámite del procedimiento. "En realidad no son obstáculos a la persecución sino a la acción porque puede ser plantadas en cualquier momento del proceso antes que se dicte la sentencia.

El Código Procesal Penal, en el Artículo 292, al referirse a su forma de planteamiento, pues se indica que puede ser planeado por cualquiera de las partes y

oralmente en el debate. La acción penal puede verse obstaculizada por el planteamiento de acciones o excepciones.³⁸

5.2 La cuestión prejudicial

Existe prejudicialidad cuando la solicitud del proceso penal depende de la solución de otro proceso. Dentro de la prejudicialidad se distingue:

5.2.1 Prejudicialidad civil

Son cuestiones que surgen del proceso y que deben ser resueltas por el tribunal, ya que de esa resolución depende la existencia de un delito; por ejemplo, determinar la filiación para agravar un delito de homicidio³⁹

5.2.2 Prejudicialidad penal

Se dará cuando la solución del proceso, dependa de otro proceso penal no acumulable. Por ejemplo: Juan denuncia a Pedro por la comisión de un homicidio y Pedro interpone una querrela contra Juan por calumnia. La querrela no podrá resolverse hasta que no se determine si la denuncia es cierta o falsa.

³⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal, De León Polanco, Héctor Aníbal, **Aproximación al derecho procesal penal guatemalteco**, pág. 130.

³⁹ Vivas Ussher, Gustavo, **Manual de derecho procesal penal**, pág. 399.

5.2.3 Prejudicialidad por otras vías

Estaremos ante una cuestión prejudicial no penal cuando la existencia o inexistencia del delito dependa de una resolución que el juez penal no tenga competencia material para resolver. Por ejemplo, para condenar por quiebra fraudulenta (Artículo 348 del Código Penal), es necesario que un juez de orden civil, haya declarado como tal la quiebra (Artículo 389 del Código Procesal Civil y Mercantil, lo mismo sucede en el caso del delito de negación de asistencia económica, artículo 242 del Código penal, es necesario la sentencia firme o convenio.

La cuestión prejudicial puede ser planteada por cualquiera de las partes, durante el procedimiento preparatorio, y en la etapa intermedia, en ambas fases, la solicitud se presenta por escrito fundado ante el juez contralor, sin embargo durante el debate se presentara oralmente, (Artículo 292 del Código procesal penal).

5.2.3.1 Cuestión prejudicial a solicitud de la defensa del sindicado

Actualmente con las últimas reformas al Código Procesal Penal, la solicitud se presenta de forma oral, en audiencia unilateral, de conformidad con el Artículo 109 anteriormente el trámite era de acuerdo a lo estipulado en los Artículos 135 y 140 de la Ley del Organismo Judicial, con la actual reforma el procedimiento es de acuerdo al Artículo 150 bis, del Código Procesal Penal, y se desarrolla de la manera siguiente:

- El Juez contralor, convoca a las partes a una audiencia oral, en la cual otorga la palabra en primer lugar a la defensa del sindicado, el Ministerio Público en esta audiencia tiene una actitud pasiva; acto seguido el Juez, abre el incidente en atención al Artículo 150 bis, del Código Procesal Penal.

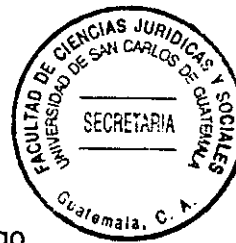


- Llegada la fecha de la audiencia, el Juez otorga la palabra al Ministerio Público, para que se pronuncie al respecto y ofrezca sus medios de prueba, una vez es analizada por el Juez, concluye declarando con lugar o sin lugar la cuestión prejudicial, de ser declarada sin lugar la parte que tenga interés directo, podrá plantear el recurso de apelación, de conformidad con el Artículo 404, numeral 12 del Código Procesal Penal.
- Si se declara con lugar la cuestión prejudicial; el trámite del proceso se paraliza, en tanto no se haya resuelto el obstáculo.
- Si se declara sin lugar la cuestión prejudicial, y no se formulo apelación, el trámite del proceso continúa.

5.2.3.2 Cuestión prejudicial a solicitud del Ministerio Público

El uso de la cuestión prejudicial, no es exclusivo de una parte, puesto que el Ministerio Público, puede presentar la solicitud, de conformidad con el Artículo 291 del Código Procesal Penal, el cual establece:

“En los casos en los que la persecución penal dependa exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, el Ministerio Público la promoverá y proseguirá citando a todos los interesados. Si el Ministerio Público, no está legitimado para impulsar la cuestión, notificara a la persona interesada requiriendo la noticia sobre la promoción del proceso y su desarrollo”.



El trámite es el mismo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 150 bis, del Código Procesal Penal.

5.3 El antejuicio

Según Francisco Fonseca Penados, el derecho de antejuicio es: “el privilegio que la ley concede a algunos funcionarios para no ser enjuiciados criminalmente sin que antes una autoridad, denuncia, declare que ha lugar a formación de causa”⁴⁰

El antejuicio es otorgado por la Constitución y las leyes de la República a ciertas personas, en función del cargo que ocupan o por aspirar electoralmente a los mismos; es una garantía para que las personas que ejercen ciertos cargos públicos de especial relevancia, puedan desempeñar adecuadamente su trabajo, sin ser molestadas o desprestigiadas por denuncias o querellas sin fundamento.

En el caso de los candidatos de elección popular se busca asegurar la libre elección y evitar el uso del proceso penal como arma electoral; el derecho de antejuicio cesa en el momento que la persona deja de ocupar el cargo o ser candidato.

El Artículo 293 del Código Procesal Penal, señala que “cuando aparezcan indicios que una persona con derecho a antejuicio pueda ser imputada por la comisión de algún hecho delictivo, el juez contralor o el tribunal solicitarán el antejuicio, de oficio o a petición del Ministerio Público, al órgano competente para su resolución. Dicha

⁴⁰ Francisco Fonseca Penados, *Derecho de antejuicio*, pág. 10



solicitud incluirá un informe de las razones que justifican el pedido así como las actuaciones originales en que se base”.

Contra el titular de este derecho, no se podrán realizar actos que impliquen persecución penal, salvo los indispensables para fundar la solicitud y los que estén en peligro de perderse (por ejemplo, realizar una autopsia o reconocer unos documentos). Finalizados estos actos, se archivará conforme al Artículo 310 (desestimación).

En el caso de que el órgano competente autorice la persecución penal, el proceso continuará. Si no se da la autorización, el proceso permanecerá archivado hasta el momento en el cual la persona deje de gozar de éste derecho.

El archivo del proceso para el imputado con derecho a antejuicio, no interrumpe la persecución en contra de los coimputados sin ese privilegio.

Cuando la persona imputada sea un diplomático extranjero o persona con similares prerrogativas y la autorización para proceder dependa de la conformidad de otro gobierno u organismo, se seguirá también lo dispuesto en el Artículo 293 del Código Procesal Penal.

5.4 Excepciones

El Código Procesal Penal, en su Artículo 294, especifica cuales son las excepciones que se pueden oponer a lo largo del procedimiento; éstas podrán ser asumidas de oficio por el juez o tribunal, siempre que la cuestión no requiera de instancia del

excepciones no interpuestas durante el procedimiento preparatorio se podrán plantear durante el intermedio.

5.4.1 La incompetencia

La competencia decía Couture, es: "la medida de jurisdicción asignada a un órgano del poder judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos en los cuales es llamado a conocer, en razón de la materia, cantidad y lugar."⁴¹

La competencia es la determinación precisa del tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en un asunto concreto. Los criterios de competencia son:

5.4.1.1 Competencia material

Dentro de la competencia material se distingue:

5.4.1.2 Competencia objetiva

La competencia objetiva es la distribución que hace el legislador en función del objeto del proceso, entre los distintos tipos de órganos jurisdiccionales integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en primera o única instancia.

⁴¹ Abal Oliu, Alejandro, *Derecho procesal*, pág. 244.



Dentro de este ámbito, se distingue en el fuero común, los juzgados de primera instancia y los tribunales de sentencia son los encargados de conocer todos los delitos y los jueces de paz las faltas (Artículos. 44, 47 y 48 Código Procesal Penal).

Asimismo, la ley había previsto la creación de juzgados y tribunales para conocer los delitos de narcoactividad y medio ambiente. Sin embargo, estas materias han sido otorgadas a todos los juzgados y tribunales comunes, con lo que ya no se plantean problemas de competencia en éste ámbito.

Los delitos y faltas esencialmente militares se regulan por el Código Militar y son competencia de los juzgados militares (Artículos 546). Sin embargo, tras la reforma del Artículo 546, los delitos y faltas comunes cometidos por militares y los delitos militares conexos son conocidos por los juzgados y tribunales de fuero común.

5.4.1.3 Competencia funcional

La competencia funcional es la que determina que órgano jurisdiccional debe conocer cada fase del proceso. Así el juez de primera instancia será competente durante el procedimiento preparatorio e intermedio, el tribunal de sentencia durante la fase del juicio oral, la sala de apelaciones y la Corte Suprema de Justicia para los distintos recursos y el juez de ejecución para la ejecución de la pena.

5.4.1.4 Competencia territorial

La competencia territorial determina cual de los distintos órganos jurisdiccionales del mismo rango que hay en el país conoce el proceso. En derecho penal, el fuero que determina la competencia es el del lugar de comisión del delito. La Corte Suprema de Justicia es la encargada de distribuir la competencia territorial.

5.4.1.5 Competencia por conexión

En algunos casos, distintos delitos de acción pública deben ser conocidos en una misma causa. Los criterios de conexión son desarrollados en el Artículo 55 del Código Procesal Penal. Si la competencia material o territorial determina que los delitos conexos deban ser conocidos por distintos juzgados, se aplicarán las normas señaladas en el Artículo 54 para determinar cuál de ellos será el competente.

El fiscal, al igual que cualquiera de las partes, puede promover una cuestión de competencia por inhibitoria o por declinatoria (Artículo 56 Código Procesal Penal), cuando entiende que el juez o tribunal que conoce el asunto, no es el competente.

La cuestión por inhibitoria se planteará ante el juez o tribunal que se considera competente.

La cuestión por declinatoria se tramitará ante el juez o tribunal que está conociendo el procedimiento y al cual se considera incompetente.

El uso de una de las vías impide el abandono para recurrir a otra vía, así como el empleo de ambas vías sucesivas o simultáneamente. Una vez interpuesta la cuestión de competencia material se podrá declarar en cualquier momento del proceso, aún de oficio.

Las actuaciones practicadas con inobservancia de las reglas de competencia material no tendrán validez, excepto las que sean imposibles de repetir, salvo cuando un juez competente superior hubiere actuado en una causa atribuida a un inferior.

La cuestión de competencia territorial no podrá plantearse una vez iniciado el debate. La declinatoria o la inhibitoria se tramitarán por la vía de incidentes Artículo 150 bis, del Código Procesal Penal, por lo que el planteamiento de la cuestión no suspende el procedimiento preparatorio ni el intermedio, pero sí el debate y las decisiones finales.

La cuestión de competencia debe ser resuelta antes que cualquier otra (Artículos 296 del Código Procesal Penal). Se planteará por escrito y se indicarán los medios de prueba que fundan la pretensión.

En el escrito se hará constar que no se ha usado el otro medio de promoción de la cuestión (Artículo 56). Si se declara la incompetencia, el juez remitirá las actuaciones al que considere pertinente, poniendo a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de la realización de los actos urgentes que no admitan dilación.



5.5 La ultima ratio

La ultima ratio, es el nombre que se usa para designar el papel que debe cumplir el derecho penal, ser la escala final en la solución de conflictos, es decir, que la justicia criminal sólo debe actuar en aquellos casos que no hayan podido ser solucionados por las instancias civiles, laborales, mercantiles, administrativas, etc.

Esta es la definición aportada por la Universidad Remington, Facultad de Psicología, Psicología Jurídica, precisamente por estar considerado el derecho penal, en una escala final merece especial atención el derecho civil, por la preeminencia que éste tiene en relación a la defensa y protección de la posesión.

5.5.1 Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad penal, o última ratio, establece que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del derecho penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.

De esta manera, el derecho penal es utilizado como último recurso, exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos mediante el derecho civil, el derecho administrativo sancionatorio.

El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto deba ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema.

Este principio tiene sus raíces teóricas en la doctrina social de la Iglesia católica, pero en su aplicación se ha independizado en gran parte de ella y es empleado en el derecho para justificar la falta de su regulación, es así como encontramos las siguientes modalidades.

5.5.1.1 El principio de subsidiariedad en la doctrina social de la iglesia

Según la doctrina social de la Iglesia, es el principio en virtud del cual el Estado ejecuta una labor orientada al bien común cuando advierte que los particulares no la realizan adecuadamente, sea por imposibilidad sea por cualquier otra razón.

La subsidiariedad, dicta que la autoridad debe resolver los asuntos en las instancias más cercanas a los interesados. Por tanto, la autoridad central asume su función subsidiaria cuando participa en aquellas cuestiones que, por diferentes razones, no puedan resolverse eficientemente en el ámbito local o más inmediato.

El principio de subsidiariedad es aplicable en los campos del gobierno, la ciencia política, la cibernética y la gestión de toda índole.



La subsidiariedad es, idealmente o en principio, una de las características del federalismo.

5.5.1.2 El principio de subsidiariedad en derecho

El principio de subsidiariedad en derecho, es un principio jurídico que puede plantearse en situaciones jurídicas en las que se dan dos alternativas, de manera que a una de ellas sólo se podrá acudir en defecto de la otra.

Se contrapone al principio de solidaridad, en virtud del cual no se establece un orden de prelación de alternativas, sino que se deja a disposición de un determinado actuante.

El principio de subsidiariedad se manifiesta en campos tan dispares como el derecho civil, el penal o el constitucional.

5.5.1.3 Responsabilidad civil

Entre los tipos de responsabilidad civil, se puede establecer una división teórica entre responsabilidad principal y responsabilidad subsidiaria. El responsable subsidiario sólo tendrá que responder del deber impuesto al responsable principal si éste no lo cumple, no lo puede cumplir, o sencillamente, no existe.

De esta manera, primero habrá de actuarse contra aquel sujeto que cargue con la responsabilidad principal, y sólo si éste falla, actuar contra el responsable



subsidiario, que habrá de responder por el total, sin perjuicio de que más tarde pueda repetir la obligación contra el principal. En ningún caso, puede darse el sentido opuesto, es decir, que el acreedor no puede tratar de saldar la deuda acudiendo primero contra el responsable subsidiario.

5.5.1.4 Subsidiariedad sancionatoria

La subsidiariedad también se manifiesta en la determinación de la propia pena o sanción, de forma que no podrá acudir a sanciones graves si es suficiente con la imposición de sanciones más leves.

De esta manera, la lógica penal establece que existe una vinculación entre la gravedad de la pena y su grado de subsidiariedad. Así, inspirándose también en el principio de necesidad, se establece que la pena más grave será subsidiaria, es decir, sólo podrá darse en casos en los que la alternativa menos grave no baste.

5.6 Principio de subsidiariedad en las fuentes del derecho

El principio de subsidiariedad también se manifiesta en las propias fuentes del derecho. De esta manera, las fuentes tienen una ordenación jerárquica, y las inferiores son aplicadas subsidiariamente, es decir, en defecto de las fuentes jerárquicamente superiores.

En el ordenamiento guatemalteco, por ejemplo, el sistema de fuentes viene establecido en el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial. Se mencionan, por



este orden, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La costumbre sólo será fuente aplicable en ausencia de ley, y los principios sólo en ausencia de la costumbre.

5.7 Aplicación del principio de subsidiariedad en el delito de usurpación

Derivado de la gran importancia que tiene el principio de Subsidiariedad o Última Ratio, como se le conoce usualmente, y el poco conocimiento que se tiene sobre el mismo, es que nace el interés por desarrollar un capítulo especial a esta figura por considerarse un parámetro fundamental, en la toma de decisiones cuando existe controversia, entre figuras como la posesión o tenencia de bienes inmuebles, al ser estas protegidas por ordenamientos jurídicos que son de distinta naturaleza, nos referimos al derecho civil, y derecho penal.

El derecho civil, pertenece a la rama del derecho privado, por ser una rama del derecho que regula relaciones entre particulares, en las que no se ve afectado el Estado.

El derecho penal, pertenece a la rama del derecho público, por considerarse una rama del derecho que protege bienes jurídicos tutelados, protegidos a través de figuras delictivas, las cuales al ser transgredidas conllevan una pena o sanción, es por ello que el derecho penal, debe ser de última ratio, en la escala de valores, y debe actuar solo en aquellos casos que no hayan podido ser solucionados por las instancias civiles, laborales, mercantiles, administrativas, etc.



En atención al análisis referido, nace el desarrollo de la presente investigación, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, la figura de la posesión y tenencia, es protegida por dos ramas del derecho, distintas, como es el derecho civil y derecho penal, tal como se expuso en el capítulo primero.

Se considera que al aplicarse el principio de subsidiariedad en el delito de usurpación, debe dársele preeminencia al derecho civil, en el interdicto de amparo de posesión o tenencia, frente al derecho penal en el delito de usurpación, toda vez que como se expuso, de acuerdo al principio de subsidiariedad o última ratio, el derecho penal debe actuar si el caso no puede ser solucionado en una instancia civil.

Siendo el caso que esta figura es protegida en el derecho civil, merece preeminencia, además de que se considera la vía adecuada, que aunque es un poco mas tardada y lucrativa, puesto que la persona que sea despojada de un bien inmueble, poseedor o tenedor, debe pagar los servicios de abogado para exigir sus derechos y alegar sus pretensiones a través de una demanda, en juicio sumario.

Por otra parte de no respetarse esta preeminencia, y en concreto el principio de subsidiariedad o última ratio, se vulneran garantías constitucionales, toda vez que se ha expuesto en el capítulo cuatro de esta investigación, que el segundo párrafo del Artículo 256 del código penal, adolece de inconstitucionalidad, por considerarse que de acatar la norma penal, en este tipo de delito, no permite al sindicado ejercitar su legítima defensa, y violenta el debido proceso.



El delito de Usurpación, tiene como bien jurídico tutelado la posesión y tenencia de un bien inmueble, así como la invasión u ocupación ilícita de un inmueble, por lo que se considera que previo a iniciar persecución penal por este delito, debiera de gestionarse en la misma forma que se llevan a cabo el delito de negación de asistencia económica, regulado en el Artículo 242 del Código Penal.

En dicho delito, previo a ser certificado al Ministerio Público, para su investigación, inicia con un juicio ejecutivo en la vía de apremio, el cual le otorga la oportunidad al demandado de poder cancelar las pensiones alimenticias atrasadas, que son reclamadas, las cuales al no hacerse efectivas, ni tener bienes que embargar que alcancen a cubrir el monto demandado, y de no cancelar lo reclamado, se procede a certificar lo conducente.

Como vemos con el anterior ejemplo, se respeta el debido proceso, y se le da preeminencia al derecho civil, frente al derecho penal, tomando en consideración el principio de subsidiariedad o última ratio. Por lo que en el caso que nos ocupa, se sugiere la reforma al Artículo 256 del Código Penal, debiendo considerarse como requisito haber agotado la vía civil, y que el juez en atención a la solicitud de la parte agraviada, certifique al Ministerio Público, de considerarse que se ha cometido el delito de usurpación.

5.8 Principios limitadores del derecho penal

Los principios limitadores del derecho penal son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de derecho, siendo estos algunos:

5.8.1 Principio de intervención mínima

Según el principio de intervención mínima, el derecho penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves.

El derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario del derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria).

El dogmático Silva Sánchez afirma que: "El Derecho penal debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales".⁴²

⁴² http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_limitadores_del_derecho_penal(16/08/2010)

5.8.2 Legalidad formal

Establece que una ley penal válida es solamente aquella emitida por los órganos autorizados por la constitución para construir legislación penal. Es el principio de legalidad creado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach bajo la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*: no hay delito ni pena sin ley previa.

5.8.3 Irretroactividad

Por este principio deben entenderse que la ley penal rige para el futuro, debe ser previa a la comisión del hecho, y los hechos cometidos antes de la vigencia de la ley no pueden ser perseguidos por ésta. La ley penal es retroactiva solamente cuando es más benigna.

Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala, establece, en su Artículo 33, que la Ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal.

5.8.4 Máxima taxatividad legal e interpretativa

Este principio exige de los legisladores el mayor esfuerzo en precisión de redacción. En falta a este principio, el juez tiene dos opciones: (1) declara la inconstitucionalidad de la ley, o (2) la interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo.

5.8.5 Principio pro derechos humanos

Lo que no le haga daño a nadie, no puede ser castigado por la ley. En todo delito debe haber un bien jurídico lesionado.

5.8.6 Humanidad

Todo castigo o pena debe estar libre de crueldades innecesarias. Esto incluye la tortura, los tratos crueles y degradantes.

5.8.7 Trascendencia mínima

La pena no debe recaer en nadie más que la persona imputable. Los demás, especialmente su familia, no tienen que sufrir ni todo ni parte del castigo. Aun así, siempre hay una trascendencia, pero esta debe ser la mínima, por ejemplo, el reo ya no puede trabajar y por ende el sustento económico de la familia se arruina).

5.8.8 Doble punición

En principio, Non bis in idem, no puede juzgarse a una persona dos veces por el mismo hecho. Por tanto, en derecho penal, a una persona no puede imponérsele dos penas con la misma finalidad; sin perjuicio de la concurrencia de responsabilidad civil o administrativa.



CONCLUSIONES

1. Aunque la figura de la posesión y tenencia, esté protegida en dos órdenes legales diferentes, hay un objetivo en común, amparar la posesión y tenencia de un bien inmueble; cuando las personas optan por dilucidar el conflicto en la vía civil, se mantiene el estado de derecho y se hace estricto cumplimiento de las leyes en nuestro país.
2. La constante lucha de las personas por la defensa y protección que merece la figura de la posesión las han llevado a buscar un mecanismo de defensa que aunque no sea el adecuado, buscan una solución pronta. El conflicto se genera por encontrarse en peligro la posesión o tenencia de un bien inmueble, pretendiendo así un desalojo inmediato, en estos casos tanto en la vía penal como en la civil se puede ordenar el desalojo; solo que del lado penal se sanciona a la persona con prisión lo cual no sucede en la vía civil.
3. Si se aplica una ley, como es el Código Penal sin la sanción para la persona que comete el delito de usurpación se está utilizando únicamente al Ministerio Público y al sistema de justicia para solucionar conflictos de naturaleza civil, con lo cual se desnaturaliza la función que cada uno tiene.
4. De no ser reformado el Artículo 256 del Código Penal, las personas pueden solventar los conflictos de posesión o tenencia de tierras, mediante la denuncia por el delito de usurpación, por lo que no basta solamente la



aplicación del principio de la última ratio toda vez que la misma ley permite esta situación, lo que genera a la vez laguna de ley necesaria de solventar.

5. El segundo párrafo del Artículo 256 del Código Penal adolece de inconstitucionalidad al otorgarle facultades a la Policía, al Ministerio Público y al Juez, para que los mismos ordenen o procedan al inmediato al desalojo, contraviniendo de esta manera el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

RECOMENDACIONES



1. Los ciudadanos guatemaltecos, que tengan conflictos sobre posesión o tenencia de sus tierras, deben hacer uso del interdicto de amparo de posesión o de tenencia y no presentar denuncia por el delito de usurpación, ya que el derecho penal debe ser el último recurso a utilizar, de esta forma se garantiza la justicia en el país.
2. El delito de usurpación debe ser investigado por el Ministerio Público, solo en aquellos casos certificados por un juez que haya conocido previamente en juicio sumario de interdicto de amparo de posesión o de tenencia; ya que en muchos de estos casos lo único que se pretende es el desalojo, por lo que sería innecesario una investigación que pretenda ese fin y no perseguir al delinciente.
3. Los operadores de justicia, jueces, fiscales y abogados litigantes, lleven a la practica la aplicación del principio de última ratio, debiendo tener presente, que el derecho penal es completamente distinto al derecho civil, punto por punto.
4. Es importante que el Procurador de los Derechos Humanos, de Guatemala, proponga reformas al Código Penal, ante el Organismo Legislativo, ya que existen otros delitos con el mismo conflicto, que al reformar el Artículo 256 se exija certificación que haga un juez de orden civil, tal como sucede con el delito de negación de asistencia económica.



5. El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, debe declarar ante la Corte de Constitucionalidad, por medio de memorial argumentando los motivos por los cuales se considera inconstitucional el segundo párrafo del Artículo 256 del Código Penal, porque se comprobó mediante esta investigación que el mismo contraviene el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



BIBLIOGRAFIA

- ABAL OLIU, Alejandro. **Derecho procesal**. Tomo I, 2ª. Edición. Fcu. Montevideo. (s.f.).
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo II Volumen 1º. Guatemala, Centro América, (s.e.) 2003.
- ARAZI, Roland. **Derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Ed. Astrea. 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala, Guatemala: Ed. Magna Terra Editores., 1995.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L Buenos Aires, Argentina: Ed. del Puerto S.R.L., 1997.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio. **Relaciones entre el derecho penal, y el derecho procesal penal, en doctrina penal**. Buenos Aires, Argentina Ed. Desalma., 1,987.
- CASTAN TOBEÑAS, José, **Derecho civil español, común y foral**. 12ª. edición Madrid, Ed. Reus, S. A. Madrid. 1976.
- CAUHAPE CAZAUX, Eduardo González. **Apuntes del derecho penal guatemalteco**. Guatemala. (s.e.) 2003.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. 4t.; 1vols.; 7ª. ed.; Barcelona España: Ed. Bosch S.A. Barcelona España. (s.f.).
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal bosche**. Barcelona, España. Ed. Casa Editorial, S.A., (s.f.).
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala. (s.e.) 2003.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, DE LEÓN POLANCO, Héctor Aníbal. **Aproximación al derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala, Ed. Superiores S.A., 2010.
- ESCRICHE, Don Joaquín. Tomo I. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Madrid. (s.e.) 1873.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón, teoría del galantismo penal**. Madrid, España: Ed. Trota., 1995.
- FONSECA PENEDO, Francisco. **El derecho de antejuicio**. Tipografía nacional, Guatemala, 1979.



GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Buenos Aires.: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1993.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1981.

<http://es.wikipedia.org/wiki/posesi%C3%B3n> (01/06/2011)

MAIER, Julio. **Derecho procesal argentino**. 2t.; 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Diego, S.A.; 2001.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto., 1996.

MALDONADO, Antonio. **El derecho de defensa en Guatemala**. El derecho de defensa en Guatemala. (s.l.i) (s.e) 2004.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Consecuencias jurídicas del delito**. Madrid, España Ed. Civitas: Ediciones. SL. 2005.

MORENO CATENA, Víctor. **Introducción al derecho procesal**. 2a. Ed.; Madrid, España: Ed. Colex., 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 6a. ed., Buenos Aires, Argentina; Ed. Heliasta, S. R. L.; 1978.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II, derechos reales, 3ra. Ed.; Ed. Pirámide. Madrid, 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael .**Teoría general de los derechos reales**. Volumen 2, México. (s.e.) 1947.

SANCHEZ, Silva.

http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_limitadores_del_derecho_penal(16/08/10)

VIVAS USSHER, Gustavo. **Manual de derecho procesal penal**. Volumen II. Ed. Alveroni. Córdoba, Argentina.

www.amag.edu.de/webestafetuz/index.asp (02-06-2007)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Decreto 1-86, Asamblea nacional constituyente, 1986.



Código Civil, Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Congreso de la República de Guatemala, 1963.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92, reformado por Decreto 79-97 del Congreso de la República. 1992.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1,989.