

## EL DELITO DE OTORGAMIENTO ILEGITIMO DE DERECHOS SOBRE INMUEBLES

**Alberto Meneses Gómez**

### **I. Introducción**

El pasado 21 de mayo del 2015, se promulgó la Ley No. 30327 denominada Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, en la cual se incluyó la creación de un nuevo delito para el caso del otorgamiento de derechos sobre inmuebles a personas que en realidad no se encuentran habilitadas para ello, el cual se encuentra ubicado dentro del capítulo de los delitos cometidos por funcionarios públicos – delitos contra la administración pública del Código Penal.

Este nuevo delito se sustentó en que existían invasiones ilegales en diversas áreas de seguridad (áreas de ductos de hidrocarburos o líneas de transmisión), lo que ponía en riesgo las instalaciones y la propia seguridad de los invasores. Adicionalmente, se mencionó que se había verificado que estas personas obtenían indebidamente autorizaciones de construcción o certificados de posesión, generando que a pesar de la preexistencia de los derechos de vía, la infraestructura de servicios públicos deba ser reubicada generando costos no previstos en el proyecto de inversión, y la suspensión indefinida de la ejecución de obras y de los servicios públicos vinculados a cada proyecto.

Si bien, el sustento del proyecto de ley solo menciona algunos casos en lo que se venía otorgando derechos sobre inmuebles, también lo es que a nivel nacional existe gran cantidad de estos casos que no solo afectan la propiedad estatal sino también la privada, perjudicando de este modo a los legítimos propietarios y en algunos casos posesionarios, motivo por el cual en el presente documento procederemos a analizar este nuevo delito.

### **II. Análisis legal:**

El nuevo delito contiene la siguiente redacción:

*Artículo 376-B.- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles*

*El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

Antes de ingresar al análisis de este nuevo delito es necesario precisar que este tiene

la característica de ser un tipo penal en blanco, por cuanto remite a una normativa extrapenal (normas administrativas) para poder completar el contenido del mismo. Vale decir, para poder aplicar este tipo penal es indispensable remitirse a la normativa sobre el otorgamiento de derechos de posesión y sobre titulación de bienes estatales y privados, a efectos de poder determinar si se cumplió o no con los requisitos que esta normativa contempla, y así poder determinar en caso no se hubiera cumplido si este acto fue producido por un funcionario en violación de sus atribuciones u obligaciones.

Cabe precisar que el solo hecho de omitir la verificación de un requisito para otorgar un derecho de posesión o título de propiedad puede determinarse como una infracción administrativa, sancionable en esta vía; motivo por el cual, para poder establecer la comisión de este nuevo delito se requiere de la valoración de la conducta desplegada por el funcionario a efectos de poder establecer si ésta puso en un claro y efectivo riesgo el bien jurídico protegido.

### ***1. Bien jurídico protegido***

El bien jurídico protegido en este tipo penal es el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública, específicamente el ejercicio de funciones bajo el principio de legalidad y la protección del patrimonio público<sup>1</sup>.

Desde ese contexto, también se tutela el patrimonio público y privado, entendido este como los bienes del Estado y/o de un particular sobre el cual se ejerce las facultades del derecho de propiedad y/o posesión.

### ***2. Sujeto activo***

El tipo penal establece como el sujeto activo de su comisión al funcionario público.

En palabras de Fidel Rojas funcionario público es ocupar un status espacial que comparta privilegios y obligaciones distintos al status del servidor o empleado público. Todo funcionario público tiene “deber de garante” para con la sociedad y el Estado, es decir, está en el imperioso deber de cumplir sus funciones evitando la comisión u omisión de resultados lesivos contra la administración pública y los intereses ciudadanos. Agrega que se ha anexado el adjetivo “público” a la palabra

---

<sup>1</sup> “Para el derecho penal la administración pública como objeto genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad; b) observancia de los deberes del cargo o empleo; c) regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; d) prestigio y dignidad de la función; e) probidad de sus agentes; f) protección del patrimonio público; g) imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, etc. Esta singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección le confieren a la administración pública, en tanto bien jurídico – penal, su carácter supraindividual o difuso, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico “correcto funcionamiento de la administración público” se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto público”. Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la administración pública. Grijley. 2003. Página 10.

“funcionario” para poner de manifiesto la naturaleza y calidad especial del sujeto que interesa al derecho público y, dentro de él, al derecho penal, para los efectos de la tutela al bien jurídico “administración pública”<sup>2</sup>.

Para establecer quién tiene esta calidad debe verificarse el artículo 425° del Código Penal<sup>3</sup> que determina a que personas se les considera como funcionarios públicos, de lo cual se puede establecer que la tienen los Alcaldes, Gobernadores, Gerentes Municipales, Jueces de Paz, integrantes de la Policía Nacional del Perú, entre otros.

Debe considerarse que en esta clase de delitos, a nivel doctrinario y jurisprudencial mayoritariamente se ha asumido la unidad del título de imputación, es decir, los autores en su calidad de funcionarios públicos (intraneus) y los particulares (extraneus) que participaron en la comisión del delito son responsables por la comisión del mismo.

### **3. Sujeto pasivo**

Se determina de forma genérica al propio Estado, por cuanto es el titular del bien jurídico protegido; sin embargo, debe considerarse que la víctima afectada de forma directa con la comisión de este delito también puede ser un particular, al que se le haya afecta su derecho de posesión y/o propiedad.

### **4. Tipo objetivo**

La conducta típica base de este delito consiste en otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emitir títulos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles de dominio Estatal (dominio público – dominio privado) o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

---

<sup>2</sup> Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la administración pública. Grijley. 2003. Página 102.

<sup>3</sup> Art. 425.- Son funcionarios o servidores públicos:

Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.

De acuerdo con ello se describen dos conductas típicas:

- Otorgar ilegítimamente derechos de posesión sobre bienes de dominio Estatal (dominio público – privado Estatal) o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.
- Emitir títulos de propiedad sobre bienes de dominio Estatal (dominio público – privado Estatal) o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente

Debe considerarse que esta norma establece que las conductas típicas pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles del Estado, por el contrario, para el caso de bienes privados solo puede aplicarse para bienes inmuebles. Hecha la esta precisión procederemos a analizar cada conducta típica:

a) **Otorgar** ilegítimamente derechos de posesión sobre bienes de dominio Estatal (dominio público – privado) o bienes inmuebles de propiedad privada sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

Es de público conocimiento que los invasores o usurpadores de terrenos estatales y/o privados pretenden legitimar su posesión con la obtención y posterior presentación de constancias o certificados de posesión emitidos en muchos casos por Jueces de Paz, Gobernadores, Teniente Gobernadores, Alcaldes Distritales o Provinciales, Presidentes de Juntas de Riego – Asociaciones de Vivienda, entre otros.

Podemos definir a la constancia de posesión como el instrumento emitido por una autoridad competente en un procedimiento administrativo, en el cual se ha acreditado de manera fehaciente (con documentos, testigos, publicaciones e inspecciones inopinadas) que una persona viene poseyendo un bien inmueble de manera continua, pacífica y pública durante un periodo de tiempo, debiendo mencionarse de manera referencial la forma como posee<sup>4</sup>.

Debe tenerse claro que las únicas autoridades legitimadas para emitir constancias o certificados (mal denominado) de posesión son: i) los Jueces de Paz en delegación de una función notarial, conforme al numeral 5 del artículo 17 de la Ley No. 29824; y ii) los Alcaldes en representación de las Municipalidades Distritales o Provinciales (pudiendo ser delegada esta facultad en algún Gerente de Desarrollo Urbano de las mismas) solo para el supuesto del otorgamiento de la factibilidad de servicios básicos, siendo regulado en los artículos 27, 28, 29 y 30 del Decreto Supremo No. 017-2006-VIVIENDA.

En el caso de los Jueces de Paz, la emisión de este documento lo realiza en el ejercicio de la función notarial, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley No. 29824, sin establecer un procedimiento específico para dicho fin. Es por ello que consideramos que este no es en estricto una constancia de posesión, por cuanto el Juez de Paz solo se limita a realizar una función notarial que es la de dar fe de un

---

<sup>4</sup> Consideramos que a nivel administrativo no puede valorarse si una persona posee un bien como propietario, puesto que este reconocimiento debe de realizarse dentro de un proceso judicial.

determinado hecho en un determinado tiempo, espacio y lugar, con lo cual no se estaría otorgando derecho de posesión alguno y generando por ello atípica la conducta del juez.

Vale decir, el Juez constata que una persona está poseyendo un bien en un determinado espacio, tiempo y lugar no pudiendo dar fe de la posesión que se habría efectuado en años anteriores, puesto que con ello se desnaturalizaría la facultad que se le ha otorgado, la propia función notarial que ejerce.

En cuanto a los Alcaldes u otro funcionario de las Municipalidades distritales o provinciales, la Ley No. 28687 les faculta a emitir constancias o certificados de posesión solo para la factibilidad de servicios básicos del bien<sup>5</sup>. Si bien es cierto, este documento solo debiera servir para poder obtener los servicios básicos de luz y agua; también lo es que viene siendo utilizado para acreditar la posesión del bien y posteriormente adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, legitimando en muchos casos a invasores o usurpadores de terrenos estatales y/o privados.

El solo hecho que se señale que la constancia o certificado no constituye reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad del titular del inmueble, no implica de modo alguno que no pueda ser utilizado para acreditar la posesión sobre el mismo, generando su valoración a nivel judicial.

Debe dejarse en claro que la emisión de una constancia de posesión tiene como finalidad el reconocimiento que una persona posee un determinado bien, sin que ello implique el otorgamiento del derecho de posesión, puesto que dichas autoridades no tienen la facultad necesaria para disponer de terrenos del Estado y/o de particulares. Es decir, este documento no constituye título que legitime la posesión a futuro, limitándose a ser solo un medio de prueba.

Es por ello que consideramos que en este caso la conducta realizada por los indicados funcionarios no sería típica, no pudiendo señalarse la comisión de este nuevo delito, por cuanto no se otorga derecho de posesión con la emisión de una constancia de posesión sino solo se reconoce la misma.

De otro lado, debe considerarse que el otorgamiento de derechos de posesión también

---

<sup>5</sup> Esta norma indica el procedimiento a seguir en los artículos 27 al 30, el mismo que es muy simple y limitado para acreditar que una persona venga poseyendo un bien legítimamente durante un periodo de tiempo, estableciendo la presentación de solo un plano de ubicación y un acta de verificación de la posesión emitida por la Municipalidad o Acta policial de posesión suscrita por todos los colindantes.

Cabe precisar que esta norma determina que solo se denegará el documento cuando el inmueble se ubique en áreas zonificadas para usos de equipamiento educativo, reservados para la defensa nacional, en las zonas arqueológicas o que constituyen patrimonio cultural de la Nación; en áreas naturales protegidas o zonas reservadas, así como aquellas calificadas por el Instituto Nacional de Defensa Civil como zona de riesgo.

se encuentra regulado en el Decreto Legislativo No. 1089 – Régimen temporal y extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, su reglamento y normas conexas, mediante el cual se disponen varios procedimientos que tienen como punto de inicio el reconocimiento de la posesión que una persona viene realizando sobre un bien para luego otorgarle el título de propiedad del mismo.

De igual forma, debe considerarse que la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su reglamento – Ley No. 29151, permiten que se entreguen bienes estatales en arrendamiento, cesión en uso, entre otras figuras, en las cuales también se ejerce posesión, por lo que estos procedimientos también podrían ser verificados para determinar la comisión de este nuevo delito.

Cabe precisar que en noviembre del 2010, se promulgó la Ley No. 29618 – Ley que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal, pretendiendo desincentivar las invasiones y el tráfico de terrenos que se producen en terrenos de su propiedad.

En estricta aplicación de esta ley concordada con la citada conducta típica, ningún Juez o funcionario podría otorgar o reconocer la posesión que una persona ejerce sobre bienes de dominio privado del Estado, dado que ésta no habría sido efectiva al existir la presunción a favor del Estado. Sin embargo, un criterio de este tipo sería erróneo y contrario a todo nuestro ordenamiento jurídico, vulnerando derechos fundamentales de cualquier persona<sup>6</sup>.

Consideramos que la posesión no se puede presumir, al ser es un hecho concreto, conforme a lo dispuesto por el artículo 896° del Código Civil que señala que la posesión es el ejercicio de hecho, lo cual se encuentra concuerda con la definición que realiza el Dr. Pozo Sánchez sobre la posesión, como un hecho, como un acto concreto, como el ejercicio fáctico de un sujeto sobre un bien, de cualesquiera de las facultades de libre aprovechamiento que el ordenamiento concede al propietario (usar o disfrutar) con el fin de satisfacer un interés propio<sup>7</sup>.

Por tanto, la posesión al ser un hecho concreto no puede presumirse válidamente, la posesión no se presume se ejerce de manera concreta. En este sentido, es factible legalmente que se otorgue derechos de posesión sobre bienes de dominio privado del Estado siempre y cuando se cumplan los requisitos que se requieren para dicho fin, por lo que esta ley no podría concordarse para aplicar el delito objeto de comentario.

Nótese que para no aplicar la indicada ley se tendrá que recurrir al Poder Judicial por contravenir el derecho de propiedad, ya que, a nivel administrativo, no se tiene la

---

<sup>6</sup> Mis comentarios a mayor detalle sobre esta ley puede verse en “La aplicación temporal de la Ley No. 29618 respecto de los procesos de prescripción adquisitiva sobre bienes privados del Estado”, en Actualidad Jurídica. Tomo No. 224. Julio 2012. Pág. 108 – 115

<sup>7</sup> Pozo Sánchez, Julio. La defensa extrajudicial por parte del Estado. En: Defensa de la posesión. Instituto Pacífico. Marzo 2015. Página 137.

facultad de realizar control difuso.

b) **Emitir** título de propiedad sobre bienes de dominio Estatal (dominio público –privado) o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

Esta conducta típica va dirigida a los funcionarios de la Superintendencia de Bienes Estatales, COFOPRI y Gobiernos Regionales, los cuales tienen la facultad de emitir títulos de propiedad de bienes de dominio público y sobre bienes inmuebles de propiedad privada, todo ello en el marco de los procedimientos de la Ley No. 29157, su reglamento y una serie de Directivas emitidas por la Superintendencia de Bienes Estatales, las cuales deberán ser analizadas en su conjunto. Del mismo modo, se encuentra el marco normativo de los procesos de formalización de la propiedad rural dispuesto por el Decreto Legislativo No. 1089 y demás normas conexas.

Esta norma es consecuencia de los múltiples actos de corrupción que se han visto a nivel nacional, donde Gobiernos Regionales – COFOPRI (antes el PETT) titulaban la propiedad de bienes de dominio público y de propiedad privada, indiscriminadamente sin que los beneficiarios hayan cumplido con los requisitos necesarios regulados en las citadas normas.

Bajo este contexto, podría darse el supuesto que si luego de culminado todo el proceso de formalización con su debida inscripción registral, se verifica que un documento que se presentó fue falso, por tanto inexistente, se podría indicar que no se habría cumplido con un requisito y que se habría cometido este delito, tema discutible por cuanto los funcionarios si bien deben analizar los documentos no son peritos especializados para determinar alguna falsificación o adulteración. Es por ello que este delito debe ser aplicado de forma muy minuciosa para efectos de evitar sancionar a justos por pecadores, verificándose si el funcionario puso con su conducta en un claro y efectivo riesgo el bien jurídico protegido.

El **tipo agravante** se produce cuando el acto se otorga a persona que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles de dominio público o privado, o inmuebles de propiedad privada. Especificándose que el agravante para el Estado solo será en los casos de bienes inmuebles de dominio público o privado.

Lo que se pretende sancionar es la legitimación y/o convalidación que se le da a un ocupante o usurpador de bienes inmuebles, lo cual vulnera el legítimo derecho de posesión o propiedad de los legítimos propietarios o poseedores de los mismos.

### ***5. Tipo Subjetivo***

Se debe considerar que este tipo penal solo podría ser cometido mediante una conducta netamente dolosa.

### ***6. Consumación del delito***

En el caso del otorgamiento de la constancia o certificado de posesión, debe tenerse claro que no se requiere de un perjuicio efectivo al Estado o a terceros para consumarse el delito, bastando que se haya emitido el documento sin cumplirse los

requisitos para dicho fin. De igual manera, en el caso de la emisión del título de propiedad, se entenderá consumado cuando se haya emitido el título sin que sea necesario que ocupe el bien.

Por ello, el inicio y/o trámite del procedimiento para otorgar derechos de posesión y/o el título de propiedad no constituye delito alguno, sino simplemente actos preparatorios o en su caso una tentativa, debiendo analizarse en cada caso concreto.

#### **7. Pena:**

Se determina como sanción penal del tipo básico una pena *privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años*.

Para el tipo agravado se sanciona con una *pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años*. Entendemos que esto se establece debido a que con el reconocimiento de la posesión u otorgamiento de un título de propiedad se legitima y/o convalida las usurpaciones u ocupaciones irregulares que han realizado determinadas personas sobre un bien, despojando de este modo al legítimo propietario y/o poseedor del mismo, vulnerándose lo dispuesto por el artículo 70 de la Constitución Política.

### **III. A modo de conclusión**

Consideramos que la dación de este nuevo delito es una forma más por parte del Estado de atacar a las usurpaciones o invasiones de terrenos y afectaciones al derecho de propiedad estatal y privada, conforme a la línea jurídica que ha venido teniendo en los últimos años.

Es necesario considerar que las acciones típicas de este nuevo delito se encontraban inmersas de una u otra manera en el artículo 376° del Código Penal – Delito de abuso de autoridad, por lo que puede entenderse que se han extraído para especificarlas y resaltarlas con la finalidad de evitar confusiones o erróneas interpretaciones al momento de que sean aplicadas, así como para mostrar la voluntad del Estado de luchar contra este tipo de actos delictivos, tema cuestionable desde el principio de que el derecho penal es de ultima ratio.