

El desalojo preventivo y ministración provisional en el Código Procesal Penal

Acerca del criterio de la “probabilidad prevalente” y su procedencia en diligencias preliminares

Eviction prevention and interim administration in the criminal procedure code

On the criterion of “prevailing probability” and its applicability in preliminary proceedings

Iván Gómez Carrasco*

Resumen: En el presente artículo, el autor aborda la figura procesal del desalojo preventivo y ministración provisional, que es invocado ante la presunta comisión del delito de usurpación (en la modalidad de actos de despojo), con la finalidad de que el juez de la investigación preparatoria reponga al afectado de la posesión de que ha sido objeto. Es una medida de carácter real cuyos efectos se orientan, de forma anticipada, a evitar que la situación en la que se encuentra la parte vulnerada se prolongue mientras dure el proceso.

Abstract: In this article, the author deals with the procedural figure of eviction preventive and provisional administration, which is invoked before the alleged commission of the crime of usurpation, in the modality of acts of dispossession, with the purpose that the Judge of the Preparatory Investigation replaces the affected the possession of which he has been the object. It is a measure of a real character whose effects are oriented, in advance, to avoid the situation in which the violated party finds himself prolonged during the duration of the process.

Palabras clave: Derecho Procesal Penal / Desalojo preventivo / Ministración provisional

Keywords: Criminal Procedural Law / Eviction prevention / Provisional administration

Recibido: 19/08/2022

Aprobado: 22/08/2022



MARCO NORMATIVO

- Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N° 957.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado al Estudio Angulo Portocarrero & Abogados S.C.R.L. Con estudio de maestría en Ciencias Penales, concluidos, en la Unidad de Posgrado de la citada casa de estudios.

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal del 2004 (o NCPP), en el rubro relativo a las medidas de coerción procesal (Sección III), regula, tanto a las de carácter personal como real; por ende, claramente se puede apreciar, que su propuesta programática se inclina a salvaguardar y/o asegurar, tanto la pretensión penal como la civil.

Así, sobre esta última, en el texto adjetivo, se encuentra una disposición encargada de proteger (de manera anticipada), a la parte agraviada, cuando esta ha sido vulnerada por la presunta comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación¹ (previsto y sancionado en el artículo 202 del Código Penal de 1991), cuyo bien jurídico tutelado, es la posesión (sobre un bien inmueble). Nos estamos refiriendo, al desalojo preventivo; *nomen iuris* normado en el artículo 311 del NCPP, que alberga, a su vez, a la ministración provisional.

Tenemos entonces que, ante la supuesta ocurrencia del citado injusto penal, la norma procesal es expresa, al facultar al juez de la investigación preparatoria, previa solicitud (por la parte legitimada), de ordenar el desalojo preventivo y entregar la ministración provisional del bien al perjudicado. Estamos, ante una respuesta del Estado, en el que se busca reestablecer la posesión del sujeto pasivo que fue privado de su derecho por el acto dañoso.

Sin embargo, la orden de desocupación y la devolución de la dirección del bien, no es automática u opera con la simple solicitud de retomar la posesión; por cuanto, como toda medida cautelar, ha de cumplirse con los presupuestos elementales, que han de ser evaluados de forma escrupulosa, porque, puede darse el caso que, se repone el derecho de posesión en quien no recaía dicha condición en el momento de ocurrido el acto luctuoso.

«Ante la supuesta ocurrencia del citado injusto penal, la norma procesal es expresa, al facultar al juez de la investigación preparatoria, previa solicitud (por la parte legitimada), de ordenar el desalojo preventivo y entregar la ministración provisional del bien al perjudicado».

Por ejemplo, es el caso de los denominados invasores o traficantes de terrenos. Estas personas, quienes van de un lugar a otro (muy recurrente en nuestro país, sobre todo, en zonas costeras del sector norte como del sur), para afincarse en terrenos eriazos, formar una asociación (o cualquier otra para

1 Debiendo precisar, que esta medida es invocada, cuando se está ante actos de despojo (previa violencia o amenaza), de la posesión; ya que, es la única figura delictiva en el que (el afectado), no detenta el bien por haberla perdido por la conducta desplegada. En cambio, la situación es distinta, cuando se está frente a las otras formas (de usurpación), como la turbación de la posesión o alteración de linderos, en donde la posesión se ve quebrantada en cuanto a su pacificidad.

dotarse de legitimidad), levantar un dizque “proyecto inmobiliario”; del tal forma que, puedan captar dinero de incautas personas a quienes se les promete el llamado “terreno propio”, sin tener en cuenta que, posteriormente, un tercero hace su aparición y eleva su protesta al enterarse de la ocupación de su bien, en el que se pretende materializar el “plan habitacional”, por tanto, este tercero decide accionar para mantener la intangibilidad de su predio.

Esto conlleva, pues, a que los “nuevos” ocupantes (que no han tenido, anticipadamente, una posesión pacífica ni pública y menos son propietarios), se consideren afectados y opten por denunciar ante la Fiscalía (o Policía Nacional del Perú), por el delito de usurpación y, de manera coetánea, instar al juez (por principio dispositivo), invocando el 311 NCPP, en la sub etapa de diligencias preliminares, para que se les devuelva la posesión del bien y así poder continuar con sus propósitos mientras dure el proceso.

Es por eso que, si bien la norma, busca tutelar el derecho de posesión del que fuera conculcado, tan bien es cierto que, se exige el cumplimiento de dos condiciones. La primera, la existencia de motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito; mientras que la segunda, el derecho del agraviado esté suficientemente acreditado.

A simple vista, estos dos requisitos, a consideración del suscrito, están incorrectamente delineados, o, mejor dicho, la técnica legislativa no ha sido la adecuada, por dos razones fundamentales.

La primera, porque resulta prematuro que con la sola interposición de la denuncia y el consecuente inicio de las diligencias preliminares, podamos estar dando por cometido el delito en sentido

estricto; puesto que, no se puede determinar fehacientemente la ilicitud con solo tener a la vista la versión (formal) de la supuesta víctima y menos, con lo que aporta documentariamente en ese estadio. La segunda, en sede cautelar, no puede hablarse de acreditación como tal, dado que ello implicaría dar por probado una determinada proposición práctica, como es, el ejercicio fáctico sobre un bien.

Decimos esto, porque, qué sucedería si ese derecho a la posesión (que dice tener), presenta cuestionamientos (por ejemplo, que se sustente en documentos apócrifos, o que venga siendo controvertido a través de demandas de interdictos). ¿Estaremos hablando de afectación al poder fáctico sobre la cosa? Definitivamente que no.

En términos sencillos, lo que pretendo señalar, es que se debe ser cuidadoso al momento de evaluar este tipo de solicitudes, porque podría estar dándose legitimidad al derecho a quien no le corresponde, mutándose la situación jurídica de quien verdaderamente sería víctima, para estar en la otra orilla como inculcado.

Ahora bien, conviene señalar, que esta figura cautelar ha sido materia de desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el que se propone el concepto de la “probabilidad prevalente” que irradia al desalojo preventivo (y la ministración provisional). Solo que, este juicio creado, en nuestra modestia opinión, no puede resistirse en la etapa preliminar del proceso penal o, con los primeros recaudos; situación distinta se estaría, si el pedido se incoa, en el marco de la investigación formalizada en donde lo recabado, adquiere un grado de madurez revelación de la comisión del evento ilícito y, colateralmente del derecho de posesión transgredido.

En ese engranaje de ideas, el presente trabajo busca dar algunos modestos alcances acerca de este discernimiento (probabilidad prevalente) que nos plantea la Corte Suprema, en los casos de desalojo preventivo y ministración provisional. Razón por la cual, vamos partiendo, de un marco general de lo que comporta esta medida, para después conceptualizarla. Luego, hablaremos de su evolución normativa, para, finalmente, aterrizar en el examen de su descripción en el NCPP.

Seguidamente, nos detendremos en desmenuzar lo que nos quiso decir la Corte con el término de probabilidad prevalente y someter a evaluación, si resulta atendible, su empleo en las diligencias sumariales o en la investigación formalizada, teniéndose en cuenta el desarrollo (por la progresividad), que pueden llegar a tener las indagaciones. Finalmente, arribaremos en nuestras conclusiones.

I. EL DESALOJO PREVENTIVO Y MINISTRACIÓN PROVISIONAL

1. Generalidades

Para Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigoso, el desalojo preventivo se erige como una de las denominadas medidas de carácter tuitivo. A diferencia de las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia o aquellas como el secuestro, que buscan asegurar medios de prueba, las medidas de carácter tuitivo son medidas reales que cumplen su finalidad por sí mismas, es decir, no están orientadas a garantizar o asegurar el cumplimiento de lo decidido en el

«Estas medidas cumplen la función de guardar, amparar o defender al agraviado o, eventualmente, a terceros que pudieran verse perjudicados con la duración del proceso o con la permanencia del estado antijurídico generado por el delito».

proceso o sentencia, sino, que por sí mismas evitan una situación desfavorable o propician un mejoramiento de la situación del agraviado. Estas medidas cumplen la función de guardar, amparar o defender al agraviado o, eventualmente, a terceros que pudieran verse perjudicados con la duración del proceso o con la permanencia del estado antijurídico generado por el delito².

Concordamos con lo manifestado por los aludidos autores, pues, es evidente el papel que cumple en el proceso, el desalojo preventivo (y la ministración provisional), precisamente, por su ámbito de acción. En otras palabras, atendiendo a lo glosado en el párrafo precedente, si la idea es revertir la situación desfavorable, que ha soportado la persona, a quien se ha vulnerado su derecho (la posesión), esta figura se erige como la idónea para el mejoramiento del estatus del afectado, de una forma oportuna y, no esperar hasta la

2 Citado por Rojas López, Freddy en: *Código Procesal Penal Comentado*. Tomo II, artículos 114 al 320. Libro Segundo. La actividad procesal. Gaceta Jurídica. Lima, 2020. p. 1011.

finalización del proceso, en donde lo que se va a decretar es la responsabilidad o no del usurpador y no quien tiene, digamos, el mejor derecho a la posesión.

Por eso, esto último es importante, porque será un juez penal el que, de manera anticipada, se pronunciará, no solo si existe base para decir que estamos frente a actos usurpatorios, sino también que la posesión ha sido alterada.

Siendo así, como veremos más adelante y, solamente tratándose de la comisión del delito de usurpación, el Estado ordena el desalojo preventivo contra el presunto usurpador y entrega provisionalmente la ministración del bien a quien se le ha vulnerado su derecho a la posesión.

2. Concepto

En palabras de César San Martín Castro, (el desalojo preventivo), se trata de una medida de carácter urgente destinada a restituir la posesión que indebidamente ha sido usurpada al legítimo poseedor o propietario-poseedor de un bien inmueble. El presupuesto para su dictación es que exista un *fumus* y que se encuentra debidamente acreditado el derecho del agraviado. Aquí no se hace referencia al peligro de reiteración, sino a las consecuencias de mantener una situación hasta el momento de declarar definitivamente, por sentencia firme, que es delictiva³.

Por su parte, Tomás Aladino Gálvez Villegas expone que esta medida constituye

una medida de coerción de carácter tuitivo, que se dicta en protección del agraviado en los delitos de usurpación. Su finalidad es evitar la continuación o permanencia del estado antijurídico creado por el hecho delictivo; esto es, evitar la permanencia del agente del delito en el inmueble usurpado. Con ello, busca, a la vez, disminuir el daño que la acción delictiva causa al agraviado⁴.

«En palabras de César San Martín Castro, (el desalojo preventivo), se trata de una medida de carácter urgente destinada a restituir la posesión que indebidamente ha sido usurpada al legítimo poseedor o propietario-poseedor de un bien inmueble».

Atendiendo a lo señalado por los citados juristas, por nuestra parte, podemos considerar a esta medida cautelar (de carácter real) como aquella que busca reponer el estado de cosas anterior al acto usurpatorio (de despojo), por parte del sujeto activo en desmedro del derecho de posesión del agraviado, actuando no con el propósito de asegurar el pronunciamiento final, sino de recuperar inmediatamente el bien a quien tiene el derecho

3 San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

4 Gálvez Villegas, T. & Delgado, W. (2015). *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.

de posesión. De allí resulta, pues, que el juez deberá analizar los presupuestos materiales para declarar su procedencia o no.

3. Evolución normativa

La protección por parte del Estado, ante actos que tiendan a afectar el derecho de posesión, (usurpación en su modalidad de despojo), ha tenido, no solo, una protección en el ámbito civil (con la defensa posesoria que ha de ejercer la persona que recibe el ataque de terceros, claro dentro de un periodo concreto), sino para la justicia penal; puesto que el antecedente histórico de esta medida cautelar lo ubicamos en el Decreto Legislativo N° 312⁵, que regulaba en su artículo 1 lo siguiente: “Cuando el poseedor no ejercite el derecho que le confiere el artículo 920 del Código Civil y se inicie conforme al Decreto Legislativo N° 124, el proceso penal sumario, por el delito de usurpación, puede solicitar el agraviado que el juez instructor practique la inspección ocular correspondiente, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas más el término de la distancia, bajo responsabilidad. En dicha diligencia las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente.

Si el juez instructor estima que hay motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, ordenará la desocupación en el término

de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado”.

Aquí algunos comentarios. El primer párrafo de este decreto es sumamente claro, al decirnos que, si el agraviado, no opta por articular la vía de hecho (que contempla la norma civil), y se inclina por la penal (a través del proceso penal sumario), ha de solicitar al juez la práctica de la inspección ocular. Diligencia que era de ineludible cumplimiento (como lo es en la actualidad), bajo responsabilidad. Aunado a ello, esta norma facultaba a las partes, la posibilidad de actuar pruebas en dicho momento. O sea, que el juez pueda tener a la vista las instrumentales que pudieran alcanzarle tanto agraviado como denunciado (s).

En el segundo párrafo, se habla propiamente del desalojo y la ministración provisional, pedido que ha de ser impulsado por el agraviado dentro del año anterior a la apertura de instrucción (lo cual quiere decir, en el seno de las diligencias o primeras actuaciones). Sin embargo, también puede entenderse que el juez llega a decretar esta medida, luego de la ejecución de la inspección y teniendo a la mano las pruebas (como dice el decreto), que las partes le presenten, del cual se pueda desprender el motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito y, que el derecho del agraviado se encuentre probado.

Seis años después, se promulga el Decreto Legislativo N° 653⁶, en el que se aprueba la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, específicamente, para

5 Publicado el 12 de noviembre de 1984.

6 Publicado el 30 de julio de 1991.

predios rústicos. Esta ley, tutela los actos usurpatorios en este sector, como podemos observar en el artículo 11, que dice lo siguiente: “En caso de invasión o usurpación de tierras rústicas, el juez instructor, por el solo mérito de la denuncia debidamente recaudada con instrumento fehacientemente probatorio del derecho del denunciante, realizará una inspección ocular en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibida la misma más el término de la distancia. En dicha diligencia, los denunciantes podrán ofrecer las pruebas que se estimen convenientes, las que se actuarán en el acto.

Dentro del segundo día posterior a la diligencia mencionada, el juez instructor, en base a la constatación efectuada, ordenará la desocupación del predio en el término de 24 horas, ministrando posesión al denunciante, situación que se mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente.

En caso de incumplimiento de dicho mandato, el juez instructor solicitará el auxilio de la fuerza pública, la que prestará bajo responsabilidad, el apoyo correspondiente dentro del término de 46 horas de solicitada y se procederá al lanzamiento respectivo.

El juez, bajo responsabilidad, no admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación. La apelación no interrumpe su ejecución”.

Nuevamente, es menester efectuar algunas acotaciones a este dispositivo legal, en parangón con los términos del Decreto N° 312. En el primer párrafo, ya no se

hace referencia (tampoco la descarta), a la posibilidad del perjudicado para repeler el ataque del infractor, sino, directamente someter la discusión al proceso penal (vía sumaria). En el segundo (párrafo), se prevé la actuación del juez en el que, luego de la inspección ocular, se ordenará el desalojo del predio, empero, aquí nos dice este artículo que, de dictarse la medida, la situación queda a expensas del proceso, es decir, hasta la decisión final.

En lo atinente al tercer párrafo, el juez recurre al auxilio de las fuerzas orden, en caso el invitado a desalojar se niegue o resista. Por último, se nos habla de la interposición recurso de apelación que incoa sobre quien pesa esta medida, empero, esta no interrumpe en ejecución, quiere esto decir, que estamos ante una apelación sin efecto suspendido. Recurso que no establecía el D.L. N° 312.

Así pues, luego de una radiografía a estas dos normativas, podemos decir, siguiendo a San Martín Castro, que los Decretos Legislativos N° 312 y N° 653 han incorporado una medida cautelar específica: la recuperación cautelar del bien usurpado. Está limitada a los delitos de usurpación de bienes, urbanos el primero y rústicos el segundo. Como tal, constituye una medida con efectos innovativos y anticipativos, por cuanto satisfacen provisionalmente un efecto, esta vez de carácter civil, a que hacen referencia –como elemento general de la reparación civil– los artículos 93, inciso 1, y 94 del Código Penal⁷.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del NCPP en el año 2004 (y el nuevo

7 San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.

modelo o forma de entender el proceso), en lo relativo a las medidas de coerción, de una forma independiente o estructurada, regula al desalojo preventivo en el artículo 311, siendo este dispositivo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076⁸, que es la que actualmente viene surtiendo sus efectos en todo el territorio nacional.

4. Examen de su regulación en el NCPP

Como ya se ha anunciado anteriormente, el artículo, materia de estudio, es la contenida en el 311, el cual se encuentra conformada por cinco incisos, en donde rápidamente nos podemos percatar del trámite procedimental que ha de seguir tanto el fiscal o la parte agraviada, cuando se esté ante casos de la presunta comisión del delito de usurpación (en actos de despojo para ser más precisos).

El núcleo central de este artículo es la prevista en el inciso 1, por cuanto aquí se concentran los presupuestos de toda medida cautelar, ya sea de carácter personal como real, nos referimos al *fumus delicti comissi*, así como al *periculum in mora*, cuyas definiciones, han sido ampliamente expuestas en la doctrina como por la jurisprudencia.

Esto es así, porque ya sea que el fiscal o el agraviado demanden, el juez deberá ordenar el desalojo preventivo por un plazo de veinticuatro horas (que es el plazo que también tiene para pronunciarse), devolviéndole la ministración de la posesión,

siempre y cuando, exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del o la demandante (agraviado o víctima), se encuentre acreditado. Estas dos condiciones conforman el primer presupuesto, mientras que el segundo, se funda en el daño que pueda irrogar el procedimiento a quien no detenta la posesión del bien inmueble, producto del hecho punible.

En cuanto al inciso 2, se sabe que, cuando se está ante el presunto ilícito por usurpación, las personas (consideradas afectadas), suelen recurrir de forma inmediata a la comisaría del sector, teniendo la obligación de dar cuenta, en el acto, al representante del Ministerio Público; en el que, como apunta la norma, efectuará inmediatamente una inspección en el inmueble, de tal forma que, al término, el agraviado pueda recabar copia(s) certificada(s) de las actuaciones policiales como de la inspección del fiscal. Aquí es conveniente hacer una anotación.

En la práctica, cuando la Policía toma conocimiento de la *notitia criminis*, suelen constituirse al lugar de los hechos y levantar las llamadas actas policiales, en donde, prácticamente, se consignan lo que los intervinientes (víctima y presunto usurpador), le manifiestan, incluso a su conveniencia. Empero, el sentido de este tipo de documentos (actas policiales), es otro, que es, la de registrar lo que se ve *in situ*, de cada punto o detalle que se visualice en el lugar. Muy aparte son las observaciones que se puedan dejar constancia.

8 Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, de fecha 19 de agosto de 2013.

Hasta aquí, la pregunta que nos asalta a la vista es la siguiente: ¿En qué momento se realiza la inspección fiscal? Pues, cuando han pasado varios días o semanas se va perdiendo conexidad, es decir, la inspección ha de ser efectuada por el fiscal, pero con apoyo de la Policía, como brazo operativo, pero ello en muchas ocasiones no suele ocurrir.

Para tal efecto, si el hecho que se denuncia acaece hoy, la diligencia de inspección no debería ser tan lejana. No obstante, habría que consultar si con estos documentos oficiales existe motivo razonable para decir que estamos ante la comisión del delito de usurpación (o que se tendría por acreditado el derecho de posesión); siendo nuestra contestación o respuesta negativa de forma categórica.

Por ello, en el inciso tres (3) del artículo 311, que fuera modificada por el artículo 3 de la Ley N° 30076, se dice que la solicitud de desalojo preventivo, puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria; demanda en el que se debe adjuntar los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido.

Pues bien, este apartado nos revela el momento procesal del pedido ante el Juzgado de Investigación Preparatoria. Antes de su modificatoria la demanda debía presentarse en cualquier estado de la investigación preparatoria, empero, ahora se hace la distinción en las dos subetapas, es decir, en diligencias preliminares e investigación formalizada. Y aquí viene la discusión, ya sea con o sin el cambio.

En efecto, el debate se centra en si el agraviado puede acudir al Juzgado de Investigación Preparatoria para demandar el

desalojo preventivo o no. Antes del pronunciamiento debemos sentar nuestras bases, las cuales se ubican como reglas o preceptos generales de la Sección III (medidas de coerción procesal), en el inciso 1 del artículo 255 del NCPP.

Allí se hace referencia a la legitimación (y variabilidad) de toda medida, siendo taxativa al expresar que el actor civil está habilitado (al igual que la fiscalía), para poder peticionar el embargo como la ministración provisional de posesión; ergo, en la investigación preparatoria propiamente dicha. Y, ¿este sujeto procesal (el agraviado), cuándo adquiere dicha condición? Pues, cuando la investigación se formaliza (y se comunica al juez de garantías).

Este artículo general, que debe conectarse con lo que señala el artículo 338 del NCPP, en cuyo inciso 4 prevé que cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada, o la imposición de medidas coercitivas (como el desalojo y ministración provisional), estará obligado a formalizar la investigación.

Como quiere que fuera, el precepto general es la que concede al actor civil, mas no al agraviado, la potestad de requerir el desalojo y ministración provisional. El artículo 311 hoy en día genera una suerte de carta libre para el agraviado, con el propósito de que, en diligencias preliminares, pueda instar al juzgado para planear su demanda civil por desalojo.

A todo ello y, a título personal, sostenemos que este inciso va contra lo que dictamina el artículo 253 y siguientes del NCPP, los cuales marcan el camino en sede cautelar que ha de trasuntar los sujetos procesales.

Si la norma vigente habilita al agraviado articular la demanda civil, luego de haber comunicado el hecho a la Policía (y seguidamente al fiscal), pueden presentarse casos (o que ya se estén presentando) de personas, cuyo *modus operandi* es la de ser traficantes o invasores de terrenos, para recién en ese momento, materializar actos posesorios, para así acreditar su “derecho”, en desmedro de quien sí es el titular o detentador de la cosa, quien resulta ser el denunciado por usurpador. Si este es el escenario y de intervenir las autoridades, la Policía como el Ministerio Público, ya se sabría a quién se le entregaría la ministración provisional.

Frente a ello, en nuestra humilde opinión, el actor civil (que, para la investigación formalizada, su derecho ha debido adoptar forma), debe ser el llamado a pedir el desalojo y, consecuentemente, la ministración provisional del bien. Solo así los elementos de convicción que vinculen la conducta del imputado con el hecho y el derecho de posesión, que se anexará a la demanda, va a coger un grado de robustez.

En todo caso, lo que pueda hacer (el agraviado), mientras el momento procesal llegue, sería solicitar a la Fiscalía que intervenga ante el juez de investigación preparatoria; claro está, habría que pensar, si con los primeros recaudos, se está ante material suficiente, para decir que estamos ante tal o cual ilícito penal de usurpación, así como que recae la calidad de posesionario.

Prosiguiendo con la revisión de los incisos del artículo 311, se tiene el cuarto (4), que va dirigido al juzgado que, sin audiencia (*inaudita altera pars*), y, en el plazo de veinticuatro horas (ya no cuarenta y ocho), resuelve el pedido. Contra

el auto evacuado y notificado al imputado procede la interposición de recurso de apelación, la misma que suspende la ejecución.

Debemos hacer mención que muchas veces este plazo termina siendo referencial en la *praxis* judicial; más bien, lo que habría que pensar es si hasta que se dicte el auto, la situación de despojo se mantiene o se ha revertido, deviniendo la medida, en esta última situación, en infructuosa.

“A nuestra consideración, este artículo 311 del NCPP se contrapone a los artículos que habilitan la participación de la parte legitimada y, en el oportuno estadio del proceso. El legislador ha intentado salvar la participación del agraviado, al establecer que puede instar la demanda en las diligencias preliminares, lo cual es un flaco favor que se le hace al sistema, porque, como volvemos a reiterar, no necesariamente el tener el rótulo de agraviado, quiere decir que estemos ante un poseedor”.

Por último, tenemos el inciso quinto (5), que viene a constituir el trámite en sede recursal, *ex post* de apelar el auto que

declara procedente el desalojo preventivo y la ministración provisional, dándole el plazo de veinticuatro horas (que no se viene cumpliendo), al *a quo*, para que eleve el incidente.

Ya en segunda instancia, la Sala deberá seguir las reglas de la apelación de autos, artículo 420 del NCPP, es decir, correr traslado del medio impugnatorio a las demás partes para su absolución. Luego de ello, el plazo que se tiene antes de la notificación del decreto que señala día y hora para la audiencia, para que las partes puedan presentar prueba documental o pedir que se agreguen a los autos algún acto de investigación. Finalmente, la audiencia y los tres días que tiene para el pronunciamiento, que deberá ser puesta de conocimiento a su inferior en grado para la ejecución, empero, si no se está conforme con el auto de vista, el apelante puede ir ante la Corte Suprema, mediante recurso extraordinario de casación (inciso 4 del artículo 427 del NCPP).

En ese orden de ideas, a nuestra consideración, este artículo 311 del NCPP se contrapone a los artículos que habilitan la participación de la parte legitimada y, en el oportuno estadio del proceso. El legislador ha intentado salvar la participación del agraviado, al establecer que puede instar la demanda en las diligencias preliminares, lo cual es un flaco favor que se le hace al sistema, porque, como volvemos a reiterar, no necesariamente el tener el rótulo de agraviado, quiere decir que estemos ante un poseedor. Esto es así porque podemos estar cargándole un título a quien no tiene ni debe tenerlo; por tanto, la norma es sabia al indicar que es el actor civil el llamado a recurrir al juez para la demanda de desalojo y ministración provisional, y ello se da cuando logra constituirse como tal y, porque hablamos de la

imposición de esta medida, en el contexto de una formalización de la investigación. O, en su caso, mientras tanto, el fiscal puede entablar perfectamente la demanda ante el juez de investigación preparatoria, al concentrar las dos pretensiones.

II. NOTAS ACERCA DE LA “PROBABILIDAD PREVALENTE” Y SU VIABILIDAD EN DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. La Corte Suprema y el criterio de la probabilidad prevalente. Comentarios

En lo concerniente a esta medida, se cuenta con jurisprudencias (contadas, por cierto), de la Suprema Corte que, en línea de uniformizar criterios, se ha pronunciado sobre los alcances del desalojo preventivo y la ministración provisional. Para muestra un botón: Se tiene la **Casación N° 1686-2019-Junín**, expedido por la Sala Penal Permanente, el 7 de julio de 2021. El caso, de forma resumida, es el siguiente:

Recurso de casación excepcional que interpuso la parte agraviada, contra el Auto de Vista, evacuada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín, que confirmó la resolución del Juzgado de Investigación Preparatoria de la precitada Corte que declaró improcedente la solicitud de desalojo preventivo y ministración provisional.

La Sala Suprema fija el motivo casacional y, desde una mirada estrictamente de derecho, delimita su campo de acción, en tres ítems: i) explicar los alcances de la medida de coerción real de desalojo, ii) **el estándar de prueba exigido para su concesión**; y, iii) la posibilidad de valorar el

nuevo material probatorio incorporado durante el procedimiento incidental.

De allí que, luego de argüir las consideraciones sobre el papel que cumplen las medidas de coerción en el proceso penal (abordando tópicos relativos a los principios que la gobiernan, su finalidad, naturaleza y presupuestos), dedica unas importantes líneas, al desalojo preventivo y ministración provisional como medida de coerción real o patrimonial; siendo el sumo de este apartado, **el estándar de prueba** para su procedencia.

Se parte, en primer término, de dar luces, sobre la medida prevista en el artículo 311 del NCPP, para que, en su **fundamento jurídico N° 9**, señale lo siguiente: “(...) que la condición de esta medida anticipativa se refiere al respaldo en medios de investigación que contiene desde un umbral de prueba de cargo suficiente, es decir, de probabilidad prevalente –que los actos de aportación de hecho disponibles respalden con consistencia la imputación y sean más fuertes que los medios de investigación que puedan apoyar la hipótesis defensiva–”. Y, citando a Michelle Taruffo, refiere sobre el criterio de la probabilidad prevalente, lo siguiente:

(...) implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad (...) puede definirse como el estándar del grado mínimo necesario de confirmación probatoria, necesaria para que en un enunciado pueda ser considerado “verdadero”. Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación

positiva prevalente, no solo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino, también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50 % (...). En otros términos, el juez puede asumir como “verdadera”, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis correlativa.

Para concluir, la Corte, en el siguiente **fundamento jurídico**, que los medios de investigación aportados por los sujetos legitimados (fiscal y agraviado) deberán incidir en acreditar, con un grado elevado de probabilidad –sin llegar a ostentar el carácter de certeza plena exigido para la remisión de una resolución final– la confirmación positiva prevalente de la materialidad de los actos de despojo y del derecho posesionario que se alega y que sustenta el juicio de imputación.

La Sala, ya entrando a resolver el fondo del asunto, declara infundado este medio impugnatorio, pues, de los actuados que postularon los agraviados, no permitía vislumbrar con el grado de probabilidad prevalente exigido, tanto el derecho posesionario ni los actos de despojo.

Dentro de este marco, es inevitable que comentemos sobre la utilización y empleo del criterio de la probabilidad prevalente. A saber.

Por nuestra parte, no disentimos de este juicio de la probabilidad prevalente de la Corte, sin embargo, consideramos que su aplicación para la medida de desalojo preventivo y ministración provisional, no es apropiada; porque no se podría dar por sentado que los medios de investigación

han de contener un umbral de “prueba de cargo suficiente”.

Aquí o en el estadio cautelar, no se puede hablar propiamente de prueba (y mucho menos, decir que tal o cual enunciado podría asumirse como suficiente o verdadero), sino de elementos o datos objetivos de los que se puede extraer, en grado de verosimilitud, entre, la conexión entre el hecho delictivo y la conducta del inculpado.

El término al que recurre nuestra máxima instancia de justicia en el país pretende dotarle de un **plus**, al primer presupuesto, como es la apariencia del buen derecho, que se contrae a los elementos que pueda contener la demanda de desalojo.

Aparte de lo manifestado, tal y como está diseñado el artículo 311 del NCPP, en el que se habilita la demanda de desalojo preventivo en las diligencias preliminares, en donde, con mucha más razón, no puede hablarse de “consistencia o mediana solidez en la imputación”. Empero, sobre el particular, explicaremos en el párrafo siguiente.

2. Las diligencias preliminares, ¿es el espacio para el constructo de la probabilidad prevalente?

Antes de responder a la pregunta formulada, es necesario sentar las bases de la posición, para lo cual debemos partir del continente de la subetapa de diligencias preliminares, esto es, la investigación preparatoria.

Considerada como la primera etapa del proceso, resaltando como protagonista principal –por ser el director de la misma– el Ministerio Público, quien no actúa solo, sino junto con su órgano de apoyo o brazo operativo (como es la

“Por nuestra parte, no disintimos de este juicio de la probabilidad prevalente de la Corte, sin embargo, consideramos que su aplicación para la medida de desalojo preventivo y ministración provisional, no es apropiada; porque no se podría dar por sentado que los medios de investigación han de contener un umbral de ‘prueba de cargo suficiente’”.

Policía Nacional del Perú a través de sus distintas direcciones) ni bien toma conocimiento de la *notitia criminis*, y así ejerce los actos investigativos tendientes a la edificación de una acusación (o sobreseimiento). Motivando, el ingreso a la segunda fase (intermedia), y ulteriormente al juzgamiento, en el que (desde su teoría del caso) deberá convencer al juez penal (unipersonal o colegiado).

En cierto modo, no se llega de manera instantánea al estadio de una acusación o por el hecho de transcurrirse la etapa investigativa, sino que, en su seno, se realiza un trabajo acucioso, que se explica en la práctica de varias diligencias; los mismos que van a abonar a la formación de la tesis fiscal. Es por eso que en esta etapa se pueden distinguir dos subetapas con propósitos –metodológicamente hablando– bien acentuada, como son: las **diligencias preliminares** y la investigación preparatoria propiamente dicha.

Las diligencias preliminares (se encuentran previstas en el artículo 330 y siguientes del NCPP), para el profesor Christian Salas Beteta, “se da una vez que el fiscal toma conocimiento de la comisión de un hecho que reviste características de delito, inicia los actos de investigación, requiriendo la intervención policial o realizando por sí mismo las diligencias preliminares, con la finalidad inmediata de cumplir con los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si los hechos ocurrieron y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados y asegurarlos debidamente. El fiscal puede constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y los medios especializados para examinar la escena de los hechos e impedir su alteración”⁹.

Vale decir, que esta subfase parte desde que se conoce el hecho criminal, pero lo que ha de resaltarse es que se inicia, en mérito a una sospecha simple (acogiendo el nivel de exigencia que propugna la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433¹⁰ en su fundamento **vigésimo tercero**). Será entonces, que en el andar y en función de lo que se vaya acopiando (declaraciones, levantamiento y contrastación de información, requerimiento de documentación, pericias, etc.) y en el plazo que marca la norma, el panorama indagador del Ministerio Público deberá ir aclarándose poco a poco y tomando cuerpo.

Planteado así el escenario de las diligencias preliminares, en donde no puede hablarse propiamente de una imputación contra una persona, sino de una mera sindicación, será la oportunidad para invocar una medida de desalojo preventivo (y el consecuente juicio de probabilidad prevalente), teniéndose en cuenta que, en el caso de los delitos de usurpación, ni bien acaece el evento, los presuntos agraviados se apersonan ante la autoridad para comunicar lo sucedido, empero, como ya hemos expresado, no siempre sucede que el agraviado resulta ser el verdadero perjudicado y mucho menos el posesionario. Terminan abrumando a las autoridades con documentación en aras de “legitimarse”, para después ir con el juez de la investigación preparatoria para demandar el desalojo.

En tal sentido, no debe perderse de vista que las diligencias preliminares representan, como dice el profesor Alberto Binder, “() es una etapa eminentemente creativa, se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar información que acabe con la incertidumbre. Se trata, pues de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba (...)”¹¹.

En el caso de esta cautelar, tantas veces mencionada, estamos ante presuntos actos de usurpación que afectan el derecho del posesionario. Y ello no se

9 Salas Beteta, C. (2015). *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Fondo Editorial Librería y Ediciones Jurídicas.

10 Expedido en el contexto del I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de octubre de 2017.

11 Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

“No debe perderse de vista que las diligencias preliminares representan, como dice el profesor Alberto Binder, ‘(...) es una etapa eminentemente creativa, se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar información que acabe con la incertidumbre. Se trata, pues de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba (...)’”.

logra *prima facie* con solo constataciones policiales, o con lo que las partes puedan ofrecer, sino con verdaderos actos de investigación. No obstante, se dirá como cuestionamiento, pero hasta llegar a su realización, el inmueble continuará ocupado y la persona que se encuentre allí estará efectuando cambios o modificaciones, etc. Debiendo responder, acerca de lo crucial es contar, con una base que sustente el estar ante actos usurpatorios. Eso se logra con una imputación precedida de actos de investigación que pueden arrojar no solo el supuesto de hecho delictuoso, sino el derecho de posesión afectado. Insumos considerables que debe notar el juez dentro de las veinticuatro horas que le otorga como plazo la norma para su pronunciamiento.

Es por eso que, consideramos que esta medida debe ser solicitada por el actor

civil y en la investigación formalizada, no solo por cuestiones de legitimidad, sino por la esencia misma de esta subetapa, pues aquí ya estamos ante la **existencia de indicios relevadores de un delito (y en grado de probabilidad pre-valente, que calza acabadamente)** y, porque hablaremos ya de una imputación o cargo formal.

En esta instancia de la actividad del Ministerio Público, la investigación adquiere firmeza, una sustantividad propia; teniendo la teoría del caso un norte por donde discurrir, la que también puede tener el agraviado, cuando muta su estatus a la de actor civil.

CONCLUSIONES

- El NCPP regula en la Sección III, sobre las medidas de coerción, no solo a las que tiendan a restringir el derecho fundamental a la libertad, sino las de tinte civil, que tienden a procurar el pago de la reparación a través de la disposición de los bienes o de la insolvencia sobrevenida.
- Una de las figuras de carácter cautelar civil es del desalojo preventivo y ministración provisional, que es invocado ante la presunta comisión del delito de usurpación (en la modalidad de actos de despojo), con la finalidad de que el juez de la investigación preparatoria reponga al afectado de la posesión del que ha sido objeto.
- Es una medida de carácter real cuyos efectos se orientan, de forma anticipada, a evitar que la situación en el que se encuentra la parte vulnerada se prolongue mientras dure el proceso. En términos simples, tienen una función tuitiva.

- Para el dictado de esta figura procesal, es menester la concurrencia del *fumus delicti comissi* y del *periculum in mora*. El primero, la existencia del motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito; mientras que el segundo, el derecho del o la demandante (agraviado o víctima), se encuentre acreditado. Mientras que el segundo vendría a ser el daño que se ocasionaría que generaría el retardo del proceso principal.
- En cuanto a los suficientes elementos de convicción que establece la norma, no puede hablarse de la comisión del delito *per se*, sino de la presunta comisión, como tampoco que se encuentre acreditado, como lo dice el inciso 3 del artículo 311; además de eso, tampoco puede darse por probado, el derecho del agraviado-poseedor. La técnica del legislador, en la construcción de este dispositivo, no ha sido cuidadoso.
- La Corte Suprema ha desarrollado el criterio de la probabilidad prevalente, que el juez debe analizar ante la demanda, sin embargo, este juicio, en lógica de su uso, resulta ser una valla alta que pueda ser permitido en sede de diligencias preliminares, en donde nos encontramos en un estado de incertidumbre que poco a poco va a ir diluyéndose con el devenir de las indagaciones, pero, sobre todo, con lo que se recabe.
- Resulta atendible que el concepto de la probabilidad prevalente, pueda ser invocado cuando se esté ante investigación formalizada, porque será, en esta subfase, en el que podamos hablar de una imputación sólida, en el que se pueda establecer la conexión

entre la conducta y el hecho atribuido, como el derecho de posesión. De ser así, evitaremos que personas inescrupulosas, que aduzcan ser agraviados de un derecho (que no le corresponde), se le termine concediendo la medida cautelar, mientras que, en la otra vereda, se tenga como “imputado” a quien sí repose la condición de víctima.

- Mientras la norma esté así prescrita, lo que se puede sugerir, moderadamente, es ser cautelosos al momento de otorgar este tipo de medidas; pues, es sabido, la valorización de los inmuebles hoy en día y lo que puede resultar una acción procesal rápida (para quien se dice agraviado), puede convertirse en angustia para el mutado ahora como inculpaado. Es evidente que va a depender de cada caso en particular.

REFERENCIAS

- Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Gálvez Villegas, T. & Delgado, W. (2015). *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- Rojas, F. (2020). *Código Procesal Penal Comentado*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salas Beteta, C. (2011). *El proceso penal común*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salas Beteta, C. (2015). *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Fondo Editorial Librería y Ediciones Jurídicas.
- San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.