



**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA POR USURPACIÓN AGRAVADA**

**Línea de investigación:  
Procesos jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

**Autor**

Tapia Choy, Julio Cesar

**Asesor**

Guardia Huamani, Efraín Jaime

ORCID: 0000-0002-7715-2366

**Jurado**

Alarcón Menéndez, Jorge Miguel

Aramayo Cordero, Uriel Alfonso

Morante León, Salomón Jorge








**Lima - Perú**

**2026**

## Document Information

<b>Analyzed document</b>	1A_TAPIA_CHOY_JULIO_CESAR_DOCTORADO_2023.docx (D167443008)
<b>Submitted</b>	2023-05-18 17:04:00 UTC+02:00
<b>Submitted by</b>	Johnny
<b>Submitter email</b>	jastete@unfv.edu.pe
<b>Similarity</b>	9%
<b>Analysis address</b>	jastete.unfv@analysis.arkund.com

## Sources included in the report

<b>SA</b>	<b>Universidad Nacional Federico Villarreal / 1A_REYES_TRUJILLO_FELICINDA_DOCTORADO_2023.docx</b> Document 1A_REYES_TRUJILLO_FELICINDA_DOCTORADO_2023.docx (D159449088) Submitted by: jastete@unfv.edu.pe Receiver: jastete.unfv@analysis.arkund.com		<b>23</b>
<b>SA</b>	<b>Universidad Nacional Federico Villarreal / 2A_CASTILLO_DAVILA_WILLIAM_PACO_ANTENOR_DOCTORADO_2018.doc</b> Document 2A_CASTILLO_DAVILA_WILLIAM_PACO_ANTENOR_DOCTORADO_2018.doc (D38316098) Submitted by: fcaldas@unfv.edu.pe Receiver: fcaldas.unfv@analysis.arkund.com		<b>8</b>
<b>SA</b>	<b>Universidad Nacional Federico Villarreal / 2A_ALFARO_TINAJEROS_NILS_PAVEL_DOCTORADO_2022.doc</b> Document 2A_ALFARO_TINAJEROS_NILS_PAVEL_DOCTORADO_2022.doc (D135073557) Submitted by: jastete@unfv.edu.pe Receiver: jastete.unfv@analysis.arkund.com		<b>1</b>
<b>W</b>	URL: <a href="http://repositorio.unu.edu.pe/bitstream/handle/UNU/4453/000004075T_DERECHO.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y">http://repositorio.unu.edu.pe/bitstream/handle/UNU/4453/000004075T_DERECHO.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y</a> Fetched: 2022-12-13 01:03:20		<b>8</b>
<b>SA</b>	<b>ZAPATA EMILIANO AMARU el delito de usurpacion de inmuebles GACETA PENAL 4to.docx</b> Document ZAPATA EMILIANO AMARU el delito de usurpacion de inmuebles GACETA PENAL 4to.docx (D142725445)		<b>1</b>
<b>W</b>	URL: <a href="https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Exp.-00790-2016-95-0401-JR-PE-04-Legis.pe_.pdf.pdf">https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Exp.-00790-2016-95-0401-JR-PE-04-Legis.pe_.pdf.pdf</a> Fetched: 2021-07-20 21:24:45		<b>1</b>
<b>W</b>	URL: <a href="https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Salinas-Siccha-2018-Derecho-Penal.-Parte-Especial.pdf">https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Salinas-Siccha-2018-Derecho-Penal.-Parte-Especial.pdf</a> Fetched: 2023-02-08 15:13:22		<b>14</b>
<b>W</b>	URL: <a href="https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-codigo-procesal-penal-cod-ley-n-30076-976387-1/">https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-codigo-procesal-penal-cod-ley-n-30076-976387-1/</a> Fetched: 2019-10-27 19:31:59		<b>1</b>



Universidad Nacional  
**Federico Villarreal**

**VRIN** | VICERRECTORADO  
DE INVESTIGACIÓN

## **ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

### **LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA POR USURPACIÓN AGRAVADA**

Línea de investigación:  
Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

#### **Autor**

Tapia Choy, Julio Cesar

#### **Asesor**

Guardia Huamani, Efraín Jaime  
ORCID:0000-0002-7715-2366

#### **Jurado**

Alarcón Menéndez, Jorge Miguel  
Aramayo Cordero, Uriel Alfonso  
Morante León, Salomón Jorge

**Lima- Perú**

**2026**

**Dedicatoria:**

A Dios primeramente porque me ha dado entendimiento, por su infinita misericordia, amor y humildad.

A mi familia por su apoyo y confianza para el logro de mis metas.

**TAPIA CHOY JULIO CESAR**

**AGRADECIMIENTO:**

Mi especial agradecimiento para los distinguidos Miembros del Jurado:  
Por su criterio objetivo en la evaluación de este trabajo de investigación.

Alarcón Menéndez, Jorge Miguel

Aramayo Cordero, Uriel Alfonso

Morante León, Salomón Jorge

Asimismo, mi agradecimiento para mi asesor:

Guardia Huamaní, Efraín Jaime

Por las sugerencias recibidas para el mejoramiento de este trabajo.

Muchas gracias para todos.

**TAPIA CHOY JULIO CESAR**

**ÍNDICE**

RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
<b>I. Introducción</b>	<b>01</b>
1.1. Planteamiento del problema	02
1.2. Descripción del problema	03
1.3. Formulación del problema	04
1.3.1. Problema general	04
1.3.2. Problemas específicos	05
1.4. Antecedentes	05
1.5. Justificación de la investigación	08
1.6. Limitaciones de la investigación	09
1.7. Objetivos	09
1.7.1. Objetivo general	09
1.7.2. Objetivos específicos	09
1.8. Hipótesis	10
1.8.1. Hipótesis general	10
1.8.2. Hipótesis específicas	10
<b>II. Marco teórico</b>	<b>11</b>
2.1. Marco conceptual	11
2.1.1. Delito de usurpación	11
2.1.2. Conductas típicas	12
2.1.3. Usurpación vs. defensa posesoria extrajudicial	25
2.1.4. Usurpación agravada	26
2.1.5. Determinación de la pena	32

2.2.	Principio de proporcionalidad	36
2.2.1.	Los derechos como principios	36
2.2.2.	Conflictos entre principios: la ley de la colisión	37
2.2.3.	Derechos prima facie y derechos definitivos	38
2.2.4.	Los principios y el principio de proporcionalidad	39
2.2.5.	La ley de la ponderación	41
2.2.6.	La fórmula del peso	43
2.2.7.	Principio de proporcionalidad en Perú	46
2.3.	Marco filosófico	55
2.3.1.	Los imperativos en Kant	55
2.3.2.	El imperativo categórico del fin en sí mismo	58
<b>III.</b>	<b>Método</b>	<b>59</b>
3.1.	Tipo de investigación	59
3.2.	Población y muestra	60
3.3.	Operacionalización de variables	61
3.4.	Instrumentos	62
3.5.	Procedimientos	62
3.6.	Análisis de datos	62
<b>IV.</b>	<b>Resultados</b>	<b>63</b>
4.1.	Análisis de la encuesta	63
4.2.	Contrastación de la hipótesis	78
<b>V.</b>	<b>Discusión de resultados</b>	<b>85</b>
5.1.	Alcanzados en la encuesta	85
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>89</b>
<b>VII.</b>	<b>Recomendaciones</b>	<b>91</b>

<b>VIII. Referencias</b>	<b>92</b>
<b>IX. Anexos</b>	<b>99</b>
Anexo A: Matriz de consistencia	99
Anexo B: Instrumento: encuesta	102
Anexo C: Validación determinada por experto	103
Anexo D: Confiabilidad del instrumento determinada por experto	104

**ÍNDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1.</b> Evolución legislativa usurpación agravada	26
<b>Tabla 2.</b> Tercios de la pena para usurpación agravada	35
<b>Tabla 3.</b> Composición de la muestra	61
<b>Tabla 4.</b> Operacionalización de variable independiente y dependiente	61
<b>Tabla 5.</b> Tabla de frecuencias observadas de la hipótesis general	78
<b>Tabla 6.</b> Tabla de frecuencias esperadas de la hipótesis general	78
<b>Tabla 7.</b> Tabla de frecuencias observadas hipótesis secundaria N.º 1	80
<b>Tabla 8.</b> Tabla de frecuencias esperadas hipótesis secundaria N.º 1	80
<b>Tabla 9.</b> Tabla de frecuencias observadas hipótesis secundaria N.º 2	81
<b>Tabla 10.</b> Tabla de frecuencias esperadas hipótesis secundaria N.º 2	82
<b>Tabla 11.</b> Tabla de frecuencias esperadas hipótesis secundaria N.º 3	83
<b>Tabla 12.</b> Tabla de frecuencias esperadas hipótesis secundaria N.º 3	83

**ÍNDICE DE FIGURAS**

<b>Figura 1.</b> Resultado a la pregunta No. 1 encuesta	63
<b>Figura 2.</b> Resultado a la pregunta No. 2 encuesta	64
<b>Figura 3.</b> Resultado a la pregunta No. 3 encuesta	65
<b>Figura 4.</b> Resultado a la pregunta No. 4 encuesta	66
<b>Figura 5.</b> Resultado a la pregunta No. 5 encuesta	67
<b>Figura 6.</b> Resultado a la pregunta No. 6 encuesta	68
<b>Figura 7.</b> Resultado a la pregunta No.7 encuesta	69
<b>Figura 8.</b> Resultado a la pregunta No. 8 encuesta	70
<b>Figura 9.</b> Resultado a la pregunta No. 9 encuesta	71
<b>Figura 10.</b> Resultado a la pregunta No. 10 encuesta	72
<b>Figura 11.</b> Resultado a la pregunta No. 11 encuesta	73
<b>Figura 12.</b> Resultado a la pregunta No. 12 encuesta	74
<b>Figura 13.</b> Resultado a la pregunta No. 13 encuesta	75
<b>Figura 14.</b> Resultado a la pregunta No. 14 encuesta	76
<b>Figura 15.</b> Resultado a la pregunta No. 15 encuesta	77

## RESUMEN

**Objetivo** de la investigación señalar la manera el Juez Penal debe analizar el principio de proporcionalidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

**Método:** enfoque cuantitativo, tipo básico, nivel: explicativo, diseño: no experimental-transaccional. Población 35 y muestra 44 personas. Instrumento cuestionario. Procedimientos: exegético, histórico y sistemático, Análisis de datos: programa SPSS.

**Resultados:** el 82% de los participantes en el sondeo concordaron con que, el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, el 81% concordó con que, en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos.

**Conclusiones:** El análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

**Palabras claves:** principio de proporcionalidad, test de proporcionalidad, usurpación agravada, determinación de la pena, sistema de tercios.

## ABSTRACT

**Objective** of the investigation To indicate the way the Criminal Judge must analyze the principle of proportionality to reduce the sentence in aggravated usurpation below the legal minimum. **Method:** quantitative approach, basic type, level: explanatory, design: non-experimental-transactional. Population 35 and shows 44 people. Questionnaire instrument. Procedures: exegetical, historical and systematic, Data analysis: SPSS program. **Results:** 82% of the participants in the survey agreed that, in order to reduce the penalty for aggravated usurpation below the legal minimum, the Criminal Judge must demonstrate that this penalty does not pass the proportionality test by applying the sub-principle of suitability, necessity and proportionality in the strict sense, 81% agreed that, in the analysis of the suitability sub-principle, the Criminal Judge must examine whether the legal minimum penalty provided for aggravated usurpation in the specific case, is convenient to achieve the objective of reduce the commission of this type of crime by land traffickers. **Conclusions:** In analyzing the sub-principle of necessity, the Criminal Judge must examine whether the minimum legal penalty prescribed for aggravated usurpation, in the specific case, constitutes the appropriate sanction to reduce the commission of this crime by land traffickers.

**Keywords:** principle of proportionality, proportionality test, aggravated usurpation, determination of the penalty, third party system.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir del 2015 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1187 (2015), la pena mínima legal para el delito de usurpación agravada, se fijó en cinco (5) años, lo que implica que tiene que ser efectiva; como mecanismo para combatir, entre otros el tráfico de terrenos actividad ilegal que afecta gravemente al distrito de Carabayllo. No obstante, existen ocasiones en las cuales la conducta desplegada por el agente no tiene ningún tipo de vinculación con el tráfico de terrenos, por lo cual se debe ceder a verificar por parte del Juez Penal si esta resulta proporcional a la conducta desplegada y a la finalidad perseguida, pues de resultar desproporcionada es viable imponer una pena por debajo del mínimo legal. Situación que es analizada en esta investigación titulada “Proporcionalidad de la pena en usurpación agravada” la que está conformada por diez secciones, así:

I. Introducción: en la cual se plantea la problemática a examinar, se especifican sus antecedentes, se formulan los objetivos que se propone alcanzar en la investigación, se propone una solución tentativa a la problemática a través de las hipótesis.

II. Marco teórico: en la cual se consigna la información doctrinal, jurisprudencial, legal y filosófica en que se sustenta la investigación.

III. Método: en la que el investigador formula el método investigativo que aplicó en la investigación

IV. Resultados. en la cual, se consignan los resultados alcanzados a través de la encuesta y la contrastación de las hipótesis

V. Discusión de resultados. en la cual se comparan los resultados alcanzados por el investigador, con otros análogos conseguido por sus pares, así como con los criterios doctrinales y jurisprudenciales.

VI. Conclusiones: en ella se consigna las conclusiones a las que se llegó, una vez culminada la investigación

VII. Recomendaciones: en ella se presentan las formulas con las que el investigador considera se puede superar la problemática examinada.

VIII. Aporte Filosófico. en ella se hace una breve aproximación a la contribución de la filosofía para la solución de la problemática examinada.

IX. Referencias: en ella se registran las fuentes de información empleadas en la investigación

X. Anexos: en ella se incorporan documentos en los que se respaldó la investigación.

### **1.1. Planteamiento del problema**

A través del derecho penal, los Estados protegen bienes jurídicos esenciales para la convivencia y paz social. En efecto, el legislador describe las conductas atentatorias contra estos bienes jurídicos, asignándoles una sanción en caso se ejecuten, en los diversos tipos penales o delitos.

No obstante, esa sanción no se aplica de manera automática, sino que se aplica precedida de un proceso presidido por un Juez, en ocasiones unipersonal o colegiado; en el que con el respeto de todos los derechos y garantías que la Constitución Política, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen en favor del procesado, se le posibilita ejercer su defensa material y técnica frente a los cargos imputados en su contra por el Estado en tratándose de delitos perseguibles de oficio o por la víctima en aquellos de persecución privada.

De manera que, para asegurar la concurrencia del individuo en el proceso, el Juez puede imponer medidas cautelares, tales como: la prisión preventiva, la comparecencia, el impedimento de salida del país, etc. y, finalmente, si esa persona es hallada responsable de la comisión del delito por el que se le juzgó, se le condena imponiéndole una pena cuantificada por el juzgador dentro de los parámetros o pena abstracta prevista por el legislador y valorando las diversas circunstancias previstas en la Ley Penal sustantiva, tales como: las

circunstancias o causas de agravación, atenuación, eximentes de responsabilidad, habitualidad, reincidencia, etc.

Sin embargo, en ocasiones la medida cautelar y/o la pena privativa de la libertad que se debe imponer a un individuo resultan desproporcionadas por ser más perjudicial a él, atendiendo a los fines que deben cumplir, circunstancia en la cual el Magistrado puede valerse del principio de proporcionalidad fin de solucionar el conflicto de derechos que se presenta.

## **1.2. Descripción del problema**

El delito de usurpación resulta ser una conducta frecuente en el distrito de Carabayllo, pues debido a que la mayoría de predios forman parte de asociaciones de propietarios que no han logrado formalizarse a través de la habilitación urbana correspondiente, son adquiridos simplemente como derechos y acciones a través de promesa de venta y la única “seguridad” con que cuentan es la inscripción que efectúan en la Municipalidad para que previa la asignación de un código de contribuyente paguen impuesto de auto avalúo y arbitrios.

Este crimen, debido a la falta de seguridad jurídica en la transferencia de los bienes inmuebles, que existe, pues para ser propietario no se requiere de la inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos; se presenta no solo en el distrito de Carabayllo sino en todo el Perú, siendo cometido no solo por personas dedicadas al tráfico de terrenos que, valiéndose de la violencia, contra las personas y las cosas expulsan a sus propietarios o poseedores y proceden a venderlos sino, también por personas “naturales” para darles un apelativo que permita diferenciarlas de las anteriores, que actuando de buena fe dado que sobre el terreno no se ha realizado ningún tipo de construcción e incluso no cuenta con cerco perimétrico, los adquieren ignorando que pertenecen a un tercero y solo tienen conocimiento de esta situación en el momento en que pretenden ocuparlos y son objeto de agresiones físicas por parte de quienes fungen como propietarios.

No obstante, la circunstancia de conocer que el terreno que con tanto esfuerzo adquiere, aparentemente tenía dueño, debido a la necesidad de vivienda que tienen y al temor de perder el dinero que pagaron por el inmueble, no se disuaden de ocuparlo y realizan todas las acciones para conseguirlo, por ejemplo, contratan personas para levantar un cerco perimétrico e instalar casas prefabricadas que les permitan ocupar su terreno, etc. por lo cual, su conducta no puede ser constitutiva de un error de tipo o error prohibición conforme a lo normado por el Código Penal, Art. 14 (1991), o ser enmarcada dentro de la llamada defensa posesoria regulada por el Código Civil, Art. 920 (1984).

Pese a que el actuar de las personas “naturales” persigue fines diferentes a los de las, los medios empelados para la comisión de la conducta no son tan lesivos, de hallárseles responsables de usurpación agravada reciben la misma pena privativa de libertad efectiva que las personas dedicadas al tráfico de terrenos adquiridos a través de la usurpación agravada, dado la pena mínima legal para este delito al superar los 4 años no se puede suspender. Pese a ello, la jueza del cuarto juzgado pena unipersonal transitorio de Carabayllo ha sido pionera en el hecho de reducir en ciertos casos, con fundamento en el principio constitucional de principio de proporcionalidad, la pena a imponer en usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

Esta circunstancia, fue la que motivo la realización de esta investigación con el propósito analizar la manera como el Juez Penal debe fundamentar el principio de proporcionalidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

### **1.3. Formulación del problema**

#### ***1.3.1. Problema general***

¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el principio de proporcionalidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?

### **1.3.2. Problemas específicos**

¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de idoneidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?

¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de necesidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?

¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?

## **1.4. Antecedentes**

### **1.4.1. Antecedentes internacionales**

La investigación titulada: Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad, en la que, respecto al principio de proporcionalidad, la investigadora concluyo que impone al Estado que en los procesos judiciales no se imponga una sanción o medida que sea más intolerable que el crimen ejecutado, de manera que se erige como una disposición que debe aplicarse al imponer la pena o medida de cautelar. Igualmente, se le concibe como una garantía en la causa penal, que imposibilita que se incurra en abusos en la imposición de penas o medidas cautelares, fundamentalmente cuando conlleven la limitación de derechos tan trascendentes como la libertad particular. (Serrano, 2019).

El artículo in titulado: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal, en el que el investigador, advierte que, pese a que el principio de proporcionalidad no está consagrado explícitamente en la norma fundamental, aparece vinculado a la noción de Derechos Fundamentales, con sus exigencias “idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y finalidad lícita de la restricción”. (Blanco, 2021, p. 734), aceptado por la academia y la jurisprudencia constitucional como el que fija los límites que debe observar la Administración Pública respecto a los Derechos Fundamentales.

El Derecho Penal es el ámbito es el área del derecho en el que más se restringen los Derechos Fundamentales. No obstante, el principio de proporcionalidad no solo canaliza las conductas típicas y las sanciones, sino que debe obrar como “un principio rector de todo el proceso penal”. (Blanco, 2021, p. 733), dado que en él se imponen medidas limitativas de los Derechos Fundamentales.

Con fundamento en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se puede sostener que el principio de proporcionalidad es un instrumento “lógico transversal de todo el proceso penal”. (Blanco, 2021, p. 734), que, conforme a los requerimientos de cada situación, adecua sus exigencias en el contexto de los subprincipios que lo conforma: “idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y licitud de la restricción”. (Blanco, 2021, p. 734).

El estudio in titulado: Inobservancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, en las instrucciones fiscales iniciadas por el tipo penal de robo con fuerza en las cosas, en la ciudad de Ibarra, en el que se concluyó: que el magistrado al imponer la prisión preventiva debe aplicar los subprincipios del principio de proporcionalidad, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo examen, dado que se trata de una colisión de principios, sea lícito y justo, sin violentar derechos fundamentales, so pretexto de impartir justicia teniendo en cuenta que el objetivo de esta medida cautelar es asegurar la presencia del individuo en el juicio, frente a lo cual impondrá la medida menos perjudicial para alcanzar este propósito, considerando que esta medida constituye la ultima ratio y que al Estado le asiste, el deber de asegurar “la integridad física de la persona procesada”. (Morales, 2021, p. 68).

#### ***1.4.2. Antecedentes nacionales***

La investigación titulada: La Aplicación el principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones administrativas producidas como resultado de la inspección

laboral, considerada como antecedente en esta investigación por cuanto, la investigadora sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, concluye que resulta trascendente en el ámbito legal, debido a, la necesidad de conseguir pronunciamientos sustentados en derecho e igualmente adecuadamente sustentadas, lo cual se alcanzara motivando adecuadamente la decisión en el contexto de las circunstancias objetivas y legales que subyacen al conflicto. (Vásquez, 2021).

El estudio titulado: El principio de proporcionalidad en la limitación a los Derechos Fundamentales del detenido en el nuevo Código Procesal Penal, Lima Norte 2017, al finalizar su análisis el autor expuso como conclusiones: que los Magistrados al dictar las sentencias contravienen los Derechos Fundamentales de los investigados por inobservancia del principio de proporcionalidad. El Juez debería observar el principio de proporcionalidad como tutela de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso como objetivo de toda causa judicial de manera que, la interpretación jurídica constituya, en abstracto una solución lógica; y, en concreto de justicia real. Mediante el principio de proporcionalidad se transgrede el Derecho Fundamental del encarcelado, los que son irrenunciables, por lo que se propone la aplicación absoluta del principio de proporcionalidad, para impedir la trasgresión de estos derechos. (Pinedo, 2018).

La investigación in titulada: La proporcionalidad en la prisión preventiva. Al finalizar su análisis, el tesista expuso dentro de sus conclusiones que “los operadores del derecho penal tienen escaso conocimiento del principio de proporcionalidad en consecuencia, no saben cómo fundamentarlo en la prisión preventiva”. (Castillo, 2018, p. 84).

La investigación de Navarro (2018), titulada Principio de proporcionalidad de la pena en el delito violencia y resistencia a la autoridad- agravada, Establecimiento Penal del Callao. En una de sus conclusiones sobre el principio de proporcionalidad, la investigadora concluye que precisa de una educación que incentive los valores específicos de la imposición de una

sanción (prevención, resocialización, reinserción en la sociedad). (p. 111), en tanto no se posea este pensamiento la aplicación del principio de proporcionalidad será mínima.

El estudio denominado: El principio de proporcionalidad y su aplicación en la prisión preventiva, distrito fiscal de Lima Este, 2019-2020. Los investigadores a partir de la problemática en la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva en el mencionado distrito fiscal, examinaron la posibilidad de crear un procedimiento para su aplicación, respecto de lo cual, con fundamento en los resultados alcanzados concluyeron que la creación de ese procedimiento: i) Asegura a un “nivel muy alto” que el requerimiento de prisión preventiva se formule adecuadamente, por ende, se erige como un mecanismo procesal apto para asegurar la adecuada sustentación de los requerimientos de prisión preventiva, impidiéndose su ilegal empleo; y, ii) La constitución de ese procedimiento para la evaluación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto asegura en “un nivel muy alto” el empleo del principio de proporcionalidad en los requerimientos de prisión preventiva, de ahí que, su acatamiento impedirá su aplicación formal, asegurándose su eficaz apreciación sustancial

## **1.5. Justificación de la investigación**

### ***1.5.1. Justificación teórica***

El fundamento académico del estudio consiste en realizar una aproximación de la manera como el Juez Penal debe fundamentar el principio de proporcionalidad, en particular cada uno de sus subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad o proporcionalidad en sentido estricto; para reducir la pena en el delito de usurpación agravada por debajo del mínimo legal, atendiendo a criterios doctrinales y jurisprudenciales.

### ***1.5.2. Justificación metodológica***

El sustento metodológico del estudio estriba en que a consecuencia del método empleado se obtendrán datos que permitirán conocer la forma como el Juez Penal debe

fundamentar el principio de proporcionalidad, en particular cada uno de sus subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad o proporcionalidad en sentido estricto; para reducir la pena en el delito de usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

### ***1.5.3. Justificación práctica***

El sustento práctico del estudio reside en que se conocerá la forma como el Juez Penal debe fundamentar el principio de proporcionalidad, en particular cada uno de sus subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad o proporcionalidad en sentido estricto; para reducir la pena en el delito de usurpación agravada por debajo del mínimo legal, de manera que se pueda aplicar en situaciones similares a las analizadas.

## **1.6. Limitaciones de la investigación**

Los obstáculos más importantes que se afrontaron en la elaboración de este estudio, fue el de la falta de estadísticas con respecto a los delitos de usurpación agravada en el distrito de Carabayllo con posterioridad a la pandemia de COVID 19 y la desconfianza de los participantes en el sondeo para responder las preguntas de la encuesta lo que se superó garantizándoseles el anonimato absoluto de sus respuestas.

## **1.7. Objetivos**

### ***1.7.1. Objetivo general***

Señalar la manera como el Juez Penal debe analizar el principio de proporcionalidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

### ***1.7.2. Objetivos específicos***

Explicar la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de idoneidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

Exponer la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de necesidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

Explicar la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

## **1.8. Hipótesis**

### ***1.8.1. Hipótesis general***

El Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### ***1.8.2. Hipótesis específicas***

En el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos.

En el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

En el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Marco conceptual

#### 2.1.1. Delito de usurpación

El vocablo usurpación, conforme a la Real Academia Española (RAE, 2017), proviene del latín “*usurpatio-ōni*”.

En el derecho penal, habitualmente el vocablo usurpación como indica Fontán (2010), alude al conjunto de conductas típicas que atenta contra la propiedad distinguido particularmente por la especie de bienes que la soportan. De manera concreta, para Carrara (1997), constituye una especie de robo de la propiedad, por medio del cual se materializa la defensa de la propiedad por la legislación penal. En efecto, en la doctrina existe una corriente que plantea la presencia de un símil o afinidad, entre el despojo como la forma habitual de la usurpación, con el hurto, e incluso con el robo; dado que, son similares en la antijuridicidad y culpabilidad. No obstante, pese a que por la naturaleza de los bienes resulta inverosímil su apoderamiento debido a que no pueden ser trasladados, esta imposibilidad se reemplaza por la ocupación en la que se sustituye al individuo que las estaba poseyendo. (Fontán, 2010).

Aunque, en sentido contrario, en la doctrina nacional Salinas (2018), considera esta figura delictiva como autónoma, por la índole de los bienes respecto de los cuales el autor (res) ejecutan la acción, esto es, bienes inmuebles. Adicionalmente advierte el doctrinante, teóricamente es incorrecto y físicamente inviable, aludir a la “sustracción de un inmueble”, al igual que, legalmente referirse a la “usurpación de bienes muebles”. (p. 1549), dentro de este contexto el derecho penal tipifica la usurpación configurándose en el momento en que el autor valiéndose de la violencia, coacción, acciones secretas, engañando o abusando de la confianza que se ha depositado en él, “despoja, destruye linderos o turba la posesión pacífica que tiene su víctima sobre un bien inmueble”. (Salinas, 2018, p. 1550).

### 2.1.2. *Conductas típicas*

Las conductas que constituyen la usurpación, han sido tipificadas en el Código Penal, Art. 202.1 (1991), modificado por la Ley N° 30076 (2013), normativa de la que se puede establecer que existen cuatro modalidades para la configuración del delito de usurpación:

**2.1.2.1. Para adueñarse de la totalidad o de parte de un “inmueble, destruye o altera los linderos del mismo”.** El bien jurídico, en este tipo penal, con fundamento en lo aseverado por Creus, no se circunscribe a la posesión o tenencia del bien, sino que la conducta puede incidir sobre su dominio, dado que las alteraciones que se le efectúan pueden incidir en su extensión. (Peña, 2019), en este tipo penal la propiedad por si misma puede verse perjudicada a condición que sea una propiedad no inscrita en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Como advierte Salinas (2018), la norma prevé dos comportamientos que distinguen entre sí, por los recursos de los que se sirve el autor para apoderarse, tomarse el íntegro o una parte de bienes inmuebles colindante. No obstante, para modificar o acabar los linderos, el autor puede valerse de la fuerza o violencia, ella se debe ejercer sobre los bienes, pues de no ser así, y esa coacción y agresión se ejerce contra los individuos, no se configura este tipo penal, sino la prevista en inciso 2 del artículo 202.

Al haberse precisado la finalidad o propósito de la conducta, “para apoderarse de todo o en parte de un inmueble”. (Código Penal, Art. 202.1, 1991), indica Fontán (2010), responde al hecho de que la eliminación o variación de una cerca o alambrada *per se* no colma los elementos típicos requeridos para subsumir la conducta en este tipo penal, sino que, se reitera se debe establecer el propósito por el que se ejecuta la acción, pues de no ser para adueñarse de la totalidad o una parte de bienes inmuebles se configuraría otro tipo penal.

En este contexto, se colige que esta conducta se ejecuta, como lo indica Alcalde (2017) sobre terrenos o inmuebles están demarcados por un cerco o por mojones que

deslindan la propiedad de un individuo. Entendiéndose por linderos a “los límites físicos (cercos), naturales y otros, que determinan la línea divisoria entre un bien inmueble con otro, que se supone debe constar en la descripción física que se inscribe en el registro”. (Peña, 2019, p. 207).

Esta conducta se despliega sobre propiedades o bienes inmuebles están cercados señales o hitos que delimitar la propiedad que le pertenece a una persona. (Alcalde, 2017). Como lo explica González Rus, al aludir a los vocablos “términos y lindes”, empleados en la legislación española en la tipificación de la usurpación - Código Penal español, Art. 426 (1996), corresponden a modalidades empleadas “en la práctica como señales útiles” para delimitar un bien inmueble y que son diversas: hitos, mojones, rocas, maderos, arbustos, cercos de jardines, demarcaciones realizadas con pintura en los estacionamientos, etc. (Peña, 2019, p. 207).

Por consiguiente, alterar linderos significa mover o cambiar los límites de la propiedad, por ejemplo, si una propiedad tiene una línea de piedras para dividirla de otra y viene otra persona y mueve esa línea para hacer más grande su propiedad, se configura el delito.

La conducta de destruir los linderos en criterio de Salinas (2018), se configura cuando el agente con el propósito de adueñarse de la totalidad o una parte del bien inmueble destroza, arrasa, desbarata o derrumba la señalización o signo que sirve para demarcar el bien inmueble Opinión con la que coincide Peña (2019), al señalar que la destrucción implica la supresión material de los linderos, conforme a la extensión superficiaria señalada en el “plano descriptivo”. (p. 207), advirtiendo que, la simple supresión material de los linderos habida cuenta que corresponde a la categoría de muebles, configurara la conducta de daños, cuando al comportamiento no se le suma la intención de adueñarse, la cual se materializa en la ocupación del bien inmueble.

La alteración de linderos, interpretando a (Peña, 2019; Salinas, 2018), se tiene que, conlleva que el agente cambie conscientemente los linderos del lugar en que han sido colocados o situados originariamente por el poseedor del bien inmueble colindante, como medio para ocupar un terreno que formalmente no le pertenece.

El sujeto activo de estas conductas, como se colige de lo manifestado por Salinas (2018), pese a que el Código Penal no lo prevé de manera expresa, es cualificado dado que, únicamente puede incurrir en esta conducta quien tiene la posesión de un bien inmueble contiguo o adyacente al de la víctima; quien con el propósito de apropiarse de todo o parte del bien inmueble contiguo derriba sus linderos y ocupa una extensión o todo el bien.

Una circunstancia de especial trascendencia en estos comportamientos típicos, consiste en la demostración expresa y puntual de los linderos, pues de no contarse con documento idóneo en el que conste sus linderos “o la partición o división o individualice los terrenos que corresponden tanto al sujeto activo como al supuesto agraviado”. (Salinas, 2018, p. 1557), la usurpación no se configura, correspondiendo a la víctima recurrir a la jurisdicción civil para debatir la situación.

**2.1.2.2. A través del “empleo de violencia o amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real”.** (Código Penal, Art. 202.2, 1991). Esta modalidad, en criterio de Reátegui y Espejo (2016), comprende dos comportamientos: primero, quitarle o privar de la posesión o tenencia que una persona tiene sobre un inmueble; o, segundo, del derecho real que la persona tiene sobre el inmueble, en ambos casos sirviéndose de: “la violencia, las amenazas, el engaño o el abuso de autoridad”. (Reátegui y Espejo, 2016).

Siguiendo a Salinas (2018), previo al análisis de este tipo penal, resulta esencial precisar “qué se entiende por despojo, posesión, tenencia y ejercicio de un derecho real”. (p. 1558), de la siguiente forma:

**a) Despojar.** En la descripción típica de la conducta en análisis, despojar constituye el verbo rector y consiste en el comportamiento a través del cual, el autor priva, separa, sustrae o usurpa un bien inmueble o “el ejercicio de un derecho real”. (Peña, 2019, p. 1558), de la víctima. El despojo se perfecciona cuando el autor de la conducta invade el bien inmueble y lo ocupa, contrariando la voluntad o expulsando al poseedor o tenedor. La sustracción puede darse en la totalidad o una parte del bien inmueble, no requiriéndose que el terreno usurpado se extenso, sino que puede ser de centímetros. (Salinas, 2018).

**b) Posesión.** Esta figura no es propia del Derecho Penal, sino de la legislación civil conforme a la cual “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. (Código Civil, Art. 896, 1984), en consecuencia, la posesión permite que el titular del derecho real de propiedad de un bien inmueble, ejerza los poderes implícitos de este derecho. Por lo cual resulta acertada la aseveración de Peña (2019), al indicar que la posesión es una situación real reconocida legalmente.

Conforme subraya Salinas (2018), la posesión, “puede ser inmediata o directa y mediata o indirecta”. (p. 1560), de manera que es i) Inmediata en el caso de que el poseedor este en posesión del bien inmueble; ii) Mediata, el poseedor no tiene la posesión del bien inmueble, sino que lo ha confiado a otro individuo conocido como servidor de la posesión, las cuales son pasibles de usurpación

En cuando al poseedor, la norma prevé que “se le presume propietario del bien en tanto no se le demuestre lo contrario”. (Código Civil, Art. 912, 1984). No obstante, como lo señala Peña (2019), resulta esencial tener presente que “no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas” (Código Civil, Art. 897, 1984), de lo cual se deduce que, únicamente es poseedor la persona que dispone un título, legitimo o no, a su favor que proteja su Derecho Real, en tratándose *verbi gratia*, de un guardián, que por

encargo y representación de otro individuo ocupa el bien, debe tenersele como un simple tenedor, pues conforme a la norma mencionada, no ostenta la calidad de poseedor, circunstancia que es trascendente para “establecer la calidad del sujeto pasivo de la modalidad típica del “despojo”. (p. 210), pero, sin que ello implique, la atipicidad de la usurpación cuando se le ha privado del bien inmueble a su tenedor, pues el tipo penal también sanciona esta conducta.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Civil como lo advierten Díez y Gullón (2002), esta diferencia tampoco resulta trascendente, porque tanto al poseedor como el tenedor, se les reconoce legitimación para incoar las acciones posesorias.

Acorde con lo expresado, se comparte la opinión de Salinas (2018), conforme a la cual, en tratándose de usurpación se debe tener presente el principio del derecho penal como “ultima ratio”, es decir, el “último recurso”. (p. 1560), que emplea el Estado para tutelar, bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad. No obstante, esta tutela no es indefinida, toda vez que, un bien jurídico concreto no se salvaguarda contra toda afectación, sino solo de las acciones consideradas particularmente dañinas “tipificándolas como delito”. (Salinas, 2018, p. 1560), tal como ocurre con la posesión, de la que el derecho penal tutela la acción ejecutada para menoscabarla o ponerla en riesgo “por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza”. (Salinas, 2018, p. 1560), ya que, de no producirse una de estas conductas la tutela a la posesión debe procurarse en la jurisdicción civil.

*c) Tenencia del inmueble.* Reátegui y Espejo (2016), explican la tenencia, a partir de la noción de posesión, conforme a la cual, un individuo goza con “ánimo de señor y dueño”. (p. 68), de un bien respecto del cual no es propietario, en tanto que, el simple tenedor acepta que otra persona es el propietario, y él únicamente lo conserva o aprovecha, lo que implica que quien usufructúa un bien ostenta la calidad de tenedor, así como:

El prestamista o acreedor prendario, en tanto conserva el bien o prenda que se le ha entregado como garantía, aunque aceptando que el dominio sobre ella lo ejerce el deudor, el secuestro respecto del bien que debe conservar, o quienes gozan del bien porque se les ha concedido el derecho a habitarla. Por consiguiente, la característica esencial de la tenencia es la de aceptar que otro individuo es quien ejerce la propiedad o dominio respecto del bien.

La definición legal de la posesión indica Salinas (2018), se encuentra en la legislación civil conforme a la cual: “no es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”. (Código Civil, Art. 897, 1984) a partir de la cual, se deduce que la tenencia habilita a un individuo para que ejerza una o más cualidades de la propiedad respecto de un bien inmueble, excepto la disposición pues, acepta que otro es su propietario; como se deduce de lo establecido expresamente por el Código Civil, Art. 912 (1984).

**d) Ejercicio de un derecho real.** Se puede privar de la posesión a quien se encuentra “en pleno ejercicio, práctica o ejecución de un derecho real surgido a consecuencia de la ley o de un contrato”. (Salinas, 2018, p. 1562), adicional, al derecho real de posesión, la conducta típica en comento, puede perjudicar todos los derechos reales como: la hipoteca, el uso, el usufructo, la propiedad, etc.

Previo a la modificación introducida por la Ley N° 30076 (2013), comenta Salinas (2018), era indispensable para la estructuración de la usurpación que la víctima, efectivamente estuviera” en pleno y efectivo ejercicio o disfrute de algún derecho real”. (Salinas, 2018, p. 1562), de manera que, si el propietario del bien inmueble no ejercía la posesión media o inmediata sobre él, sino que *verbi gratia*, lo había abandonado, legalmente no se estructuraría la usurpación, por lo que, si una persona usurpaba el bien, la única vía legal habilitada para que el dueño pudiera recobrar o reivindicar su bien inmueble era la civil. No obstante, con la referida modificación, esta situación cambió radicalmente, pues no se

requiere que el perjudicado tenga la posesión, en cualquiera de sus modalidades, sobre el bien inmueble lo que conlleva que, en la actualidad, aun cuando el bien inmueble este en abandono el poseedor legítimo o dueño está facultado para formular la denuncia por usurpación.

A continuación, se procede a analizar las modalidades de despojo previstas en la norma en comento Código Penal, Art. 202.2 (1991), las cuales están orientadas privar a otro, de la totalidad o de parte de la PO, tenencia de un bien inmueble o el ejercicio de un derecho real:

**1) Valiéndose de la violencia.** La violencia, cualquiera de sus modalidades “vis absoluta, vis corpordis o vis phisica”. (Salinas, 2018, p. 1563), a partir de lo expuesto por Reátegui y Espejo (2016), puede ser entendida como la coacción corporal ejercitada sobre el individuo, con capacidad para superar su oposición. Esta conducta implica, como explica Peña (2019), el empleo de la fuerza corporal apta por el autor de la conducta, para sacar a la víctima del bien inmueble que se procura invadir. La violencia vis absoluta se caracteriza por que “recae sobre los bienes jurídicos personalísimos de la víctima, esto es, la libertad personal y/o su integridad física; debe tratarse del despliegue de una fuerza muscular lo suficientemente idónea para reducir al máximo los mecanismos de defensa del sujeto pasivo”. (p. 211), llegando a contrarrestarla como mecanismo para ocupar el bien inmueble. En el evento de que la violencia es desmesurada y perjudica la integridad física de la víctima, se estructura un delito independiente y por ende un concurso de tipos penales.

Es decir, la violencia se configura por la fuerza física que se ejerce sobre la humanidad del posesionario o tenedor del bien para quitarle o arrancarle el inmueble, así como para destrozar las cosas que impiden el despojo, así lo precisó la Corte Suprema de Justicia al establecer como doctrina jurisprudencial vinculante que:

Lo que se sanciona por medio del Código Penal, Art. 202 (1991), son los comportamientos violentos ejecutados para privar de la posesión a la víctima. Al circunscribir el tipo penal el medio empleado en su ejecución, al individuo que posee el bien inmueble no se ajusta a su propósito, por cuanto posibilitaría que quien destroza portones o las seguridades de ingreso al bien inmueble para privar de su posesión no pueda ser procesado penalmente, resulta irracional no incluir como elemento para privar de la posesión al que demuele el portón de acceso, chapas, cerrojos, etc. con la excusa de que la violencia para privar de la posesión únicamente se despliega contra los individuos. De ahí que la Corte Suprema considero que, inclusive, previamente a la modificación de la Ley N° 30076 (2013), la violencia prevista en el Código Penal, Art. 202 (1991), puede desplegar respecto de los individuos como contra las cosas que conforman el bien inmueble de manear que a través de ella se prive de su posesión. (Casación 259-20131. Tumbes, fd. 4.6, 2014).

**2) Por medio de amenaza.** Esta conducta típica se perfecciona, precisa Salinas (2018), cuando el autor empleando el amedrentamiento o atemorizando consigue privar de la posesión, de la tenencia de todo o parte de un bien inmueble o del ejercicio de un derecho.

En opinión de Peña (2019), implica el uso de una forma de “vis compulsiva” orientada a restringir el aspecto resolutivo del perjudicado, a través del “anuncio de realización de un mal inminente sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima o de tercera persona relacionada con la misma”. (p. 214).

En el mismo sentido, a partir de lo explicado por Salinas (2018), se entiende que amenazar es advertir sobre un daño o agresión futuro contra la víctima con el propósito de amedrentarla, no se requiere que la amenazar sea insuperable sino, simplemente real y adecuada. Por ser una forma de violencia psicología, no requiere del ejercicio de violencia corporal sobre la víctima, sino que basta con advertir sobre un perjuicio, empleando cualquier

medio idóneo, *verbi gratia*, por redes sociales, por llamadas telefónicas, mediante escritos, etc.

Un aspecto esencial a tener en cuenta, para establecer si la amenaza constituye un elemento de la usurpación, consiste en examinar la relación causa, efecto, entre la conducta intimidatoria y el hecho de privar de la posesión, el temperamento y el entorno de la víctima, pues únicamente basta con demostrar que la amenaza ha tenido la potencialidad de menguar la capacidad mental de resistencia de la víctima. (Salinas, 2018). En la práctica, atendiendo a que este es un aspecto subjetivo, corresponde al juzgador establecer hasta qué punto el sujeto pasivo abandono el bien inmueble para no ser objeto de la amenaza proferida en su contra.

Conforme a nuestra legislación actual, advierte Salinas (2018), la amenaza en la usurpación solo se puede dirigir contra las personas.

**3) Por medio del engaño.** para Reátegui y Espejo (2016), el engaño consiste en el fingimiento o enmascaramiento de acontecimientos o circunstancias, físicas o psíquicas, empleadas para conseguir que el perjudicado incurra en error. En este caso, se emplea la astucia para despojar a una persona de la posesión, tenencia o de un derecho que ejerce en todo o en una parte de un inmueble.

Sobre el particular Salinas (2018), “Define al engaño como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. El engaño viene a ser el despliegue de actos verbales o ejecutivos de falso cariz”. (p. 1565), con la finalidad de lograr que la víctima entregue el bien de forma que se le despoja de la posesión o tenencia.

El artificio debe producir error en el perjudicado, dado que, como consecuencia de su estado mental, fue inducido por el artificio del sujeto agente, opta por desocupar el bien inmueble y le cede la posesión. “Debe consistir, entonces, en la creación de un riesgo no permitido con aptitud de lesión, poniendo énfasis a las normas que rigen las contrataciones

inmobiliarias y otras afines, a fin de no criminalizar meras infracciones jurídico-civiles”. (Peña, 2019, p. 215).

**4) Por abuso de confianza.** En criterio de Peña (2019), se debe entender por abuso de confianza, la condición en el cual el autor que tiene un vínculo con la víctima, bien de índole profesional, contractual, etc., se vale de él, para conseguir el desalojo de la víctima del bien inmueble.

En el mismo sentido Salinas (2018), precisa que, en este caso el autor de la conducta conquista la “confianza y buena fe”. (p. 1566), del perjudicado y más tarde lo defrauda y lo priva de la posesión o tenencia del BI. Tal como ocurre con quien se le ha reconocido derecho de habitación en un bien inmueble y valiéndose de él, priva de la posesión o tenencia a quien la ostentaba.

**2.1.2.3. Por medio de coacción o amenaza se interrumpe la posesión del inmueble.** Comportamiento conocido doctrinalmente como turbación de la posesión y requiere que a se ejecuten acciones físicas y aptas para arrebatar la posesión que una persona ejercía sobre un inmueble. (Reátegui y Espejo, 2016).

Esta conducta típica es menos grave que el anterior, dado que, no se desaloja el bien inmueble (total o parcialmente) pese a servirse de la violencia o amenaza, sino que solo conlleva la perturbación del uso y gozo habitual de la posesión por el sujeto agente. (Peña, 2019). Sin embargo, en función del modo usado por el autor del ilícito para conseguir alterar o perturbar la posesión de un bien inmueble, se puede concretar de dos formas: “perturbar la posesión con el uso de violencia y perturbar con el uso de amenaza”. (p. 1567), antes de analizar estas conductas típicas se debe clarificar en que consiste la perturbación a la posesión.

En criterio de Salinas (2018), perturbar la posesión, es toda acción que se física que ejecuta por el autor con el propósito afectar o trastornar la posesión pacífica que ejerce el

perjudicado respecto a un bien inmueble, este tipo penal se configura al afectar o trastornar el derecho real de posesión y no la tenencia.

La academia Nacional, en general concibe la turbación de la posesión, como la ejecución de acciones físicas que, sin privar de la posesión afectan o trastornan “el pacífico uso y goce de la posesión”. (Salinas, 2018, p. 568), de un bien inmueble. En definitiva, el propósito que persigue el agente se circunscribe únicamente a afectar o trastornar la posesión y no su despojo.

Habiendo clarificado en que consiste la turbación se procederá ahora a analizar, conforme a la metodología empleada por Salinas (2018), las conductas constitutivas de este tipo penal, así, en primer lugar, perturbar la posesión con el uso de violencia: este tipo penal se estructura en el momento en que el autor, empleando la coacción o violencia física sobre los objetos que pertenecen al bien inmueble del agraviado afectan o trastornan la posesión pacífica. El propósito del autor se circunscribe a afectar o trastornar la posesión del bien inmueble que ejerce la víctima, *verbi gratia*, rompiendo la chapa o candado de la puerta de ingreso al bien inmueble, o empleando violencia para azotar las paredes del bien inmueble, suspender el suministro de energía eléctrica o de agua potable, etc. Como se evidencia, bajo este supuesto, resulta inviable el empleo de la coacción sobre el perjudicado para afectar o trastornar su posesión sobre un bien inmueble.

En segundo lugar, perturbar la posesión con el uso de amenaza, la conducta típica consiste en que el autor atemorizando o amedrentado al agraviado afecta o trastorna la pacífica posesión de su bien inmueble, resulta obvio que este comportamiento se debe desplegar sobre las personas pues por las emociones que experimentan pueden ser intimidadas. (Salinas, 2018).

El comportamiento violento o la amenaza, conforme expresa Soler debe ejercerse para afectar o trastorna la posesión y no tan solo para incomodar o fastidiar al individuo que posee

el bien inmueble. (Peña, 2019), de forma que el Derecho Penal no debe sancionar la simple turbación a la posesión del perjudicado, “sino que la intervención punitiva ha de ceñirse a un plus de sustantividad, que es recogida mediante el uso de violencia o de la amenaza”. (p. 217).

**2.1.2.4. El ilegítimo ingreso a un inmueble de manera furtiva, cuando el poseedor se ha ausentado o con cautelas para garantizar que se desestime a quienes les asiste el derecho de resistirse.** Esta conducta fue incorporada por la Ley N° 30076 (2013), de acuerdo a la interpretación de Salinas (2018), en este tipo penal se regulan dos conductas típicas, cuyo elemento común, consiste en que el perjudicado no tiene la posesión o tenencia del bien inmueble.

a) Ingresar ilícitamente a un bien inmueble por medio de acciones ocultas sin que el poseedor este presente. En esta conducta la víctima se encuentra ausente del bien inmueble, ocasión de la que se vale el autor para entrar y permanecer en él, sin estar facultado para ello, a través de conductas encubiertas, pretendiendo posesionarse del bien inmueble. (Salinas, 2018).

Lo clandestino, es lo que se realiza de forma secreta, sin que el dueño o poseedor del bien inmueble lo sepa, gracias a que no se encuentra en el bien. La conducta típica ingresar “consiste en introducirse a un lugar o pasar de afuera hacia adentro de un lugar determinado”. (Salinas, 2018, p. 1572), este ingreso no precisa de otra de las conductas típicas previstas en el Código Penal, Art. 202 (1991), es decir, de la coacción, intimidación o engaño, se sanciona al autor por valerse de la condición de ventaja que le probó el entrar y ocupar en su favor un bien inmueble, afectando el derecho real de propietario o posesionario.

b) Ingresar ilegítimamente a un inmueble, con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. (Salinas, 2018, p. 1573). Este tipo penal procura sancionar a quien, entra ilícitamente a un bien inmueble con el propósito de

permanecer en él o adueñarse, pre validado de cautelas que le permitan garantizar que quienes les asiste el derecho a oponerse no se enteren de su ingreso. En este evento lo clandestino corresponde a lo que se hace encubierto del poseedor o dueño del bien inmueble, garantizando que quien legalmente puede oponerse ignore su entrada al bien inmueble. En la práctica, las invasiones se ejecutan de forma metódica de manera que el dueño o poseedor se enteran de esta situación luego de la ocupación ilegal. (Salinas, 2018).

Respecto a la tipificación de estas conductas, existen opiniones encontradas en la doctrina nacional: de una parte, quienes sostiene que su finalidad es la de reprimir penalmente a los que valiéndose de la clandestinidad entran ilícitamente a un bien inmueble que lo le pertenece con el propósito de permanecer en él y apropiarse. (Salinas, 2018); y, de otra, la que sostiene que esta conducta no debe ser objeto de sanción penal a título de usurpación, dado que en ella no se presentan los mecanismos requeridos para su configuración y posterior sanción, “si no hay violencia sobre las personas o sobre las cosas, el Derecho penal no puede intervenir, de ninguna manera, situaciones como esta no pueden ser cubiertas por las normas penales, sino por el Derecho civil”. (Peña, 2019, p. 224). Sobre todo, si la Ley no integra la conducta al pasar por alto, que para la estructuración del tipo de usurpación se requiere que luego que el autor ocultamente logra entrar al bien inmueble, debe privar al poseedor de su posesión.

En criterio de Peña (2019), en este evento no es de recibo, aceptar la configuración de la usurpación, existiendo posesión compartida del autor con el perjudicado, pues constituye un absurdo. En opinión del jurista, esta conducta corresponde a “actos preparatorios o ya ejecutivos, de la modalidad delictiva prevista en el numeral 2, por tanto, innecesario que se le haya reglado como una hipótesis delictiva dotada de autonomía”. (Peña, 2019, p. 224).

Frente a estas posiciones, se debe señalar que se comparte parcialmente la segunda opinión, al verificarse que la descripción típica de esta conducta no previó el propósito o

finalidad que debe procurar el autor de la conducta y que debería corresponder con la finalidad de la usurpación, es decir, apropiarse en todo o en parte de un bien inmueble, situación que con fundamento en el principio de legalidad se ni siquiera se podría imputar a título de tentativa de usurpación. Por otra parte, no se comprende de qué manera interpretó Peña (2019), la norma para plantear que en este caso se presenta una especie de coposesión o posesión compartida ente el agente y la víctima, pues la norma no contiene esta circunstancia.

### ***2.1.3. Usurpación vs. defensa posesoria extrajudicial***

El tipo penal de usurpación se configura aun cuando, el (los) dueño (s) o poseedor (es) recobren el bien inmueble por medio de la defensa posesoria extrajudicial (Código Civil, Art. 920, 1984), norma que regula dos situaciones:

i) El rechazo de la coacción que se emplea contra el poseedor, el bien inmueble y recuperarlo so se le hubiere desposeído. (Código Civil, Art. 920, 1984); y,

ii) La solicitud de defensa posesoria por parte del dueño de un bien inmueble no construido o que la construcción de este levantado, cuando su bien inmueble es “ocupado por un poseedor precario”. (Código Civil, Art. 920.2, 1984).

La acción defensiva debe efectuarse por parte del propietario o poseedor del bien inmueble “dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión”. (Código Civil, Art. 920.2, 1984), sin que se pueda emplear medios defensivos desproporcionados.

Se faculta a la Policía Nacional del Perú, como a la Municipalidades de acuerdo a las atribuciones otorgadas en la Ley de Municipalidades, para respaldar al poseedor o dueño del bien inmueble en la defensa posesoria extrajudicial, “bajo responsabilidad”. (Código Civil, Art. 920.3, 1984).

La norma prohíbe ejercer la defensa posesoria extrajudicial contra el dueño del bien inmueble, excepto que se fundamente en la institución de la prescripción normada por el artículo novecientos cincuenta. (Código Civil, Art. 920.3, 1984).

#### **2.1.4. Usurpación agravada**

A través de las circunstancias que agravan la usurpación, el Congreso impone una sanción más grave a quien incurra en usurpación valiéndose de algunos de los supuestos previstos en Código Penal, Art. 204 (1991), el cual ha sido objeto de varias modificaciones.

#### **Tabla 1**

##### *Evolución legislativa usurpación agravada*

Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Pena, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de prevenir la inseguridad ciudadana, Ley N° 30076 (2013).	De 4 años a 8 años de pena privativa de libertad.
Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, Ley N° 30327 (2015). Cuarta Disposición Complementaria Transitoria.	De 4 años a 8 años de pena privativa de libertad.
Decreto Legislativo que previene y sanciona la violencia en la actividad de construcción civil, Decreto Legislativo N° 1187 (2015). Primera Disposición Complementaria Modificatoria.	De 5 años a 12 años de pena privativa de libertad.
Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios, Ley N° 30556 (2017). Tercera Disposición complementaria transitoria.	De 5 años a 12 años de pena privativa de libertad.

*Nota.* Elaboración propia.

Del análisis de la norma en cuestión, Peña (2019), considera que, en estos supuestos el incremento en la sanción se fundamenta en los bienes jurídicos que adicionalmente pueden resultar perjudicados con la conducta típica que, el autor des pliegue sobre el bien inmueble, tales como: demolición de linderos, privación de la posesión y bifurcación de aguas. No obstante, la norma no hace claridad si estos supuestos operan en común para las conductas tipificadas en los Código Penal, Arts. 202 y 203 (1991), por lo que corresponde al operador legal compatibilizar la aplicación de las agravantes en comento.

A continuación, se procede a analizar cada una de las circunstancias agravantes explícitamente consagradas en el Código Penal, Art. 204.1 (1991).

**1) Por los dispositivos de que se vale para cometer la usurpación.** Al autor de la usurpación se le impondrá una sanción más alta, cuando para consumarla se valga o haga uso “de arma de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa”. (Código Penal, Art. 204.1, 1991).

Dentro de este contexto, precisa Salinas (2018), arma corresponde a todo utensilio material que en la práctica posee una doble función asalto-protección para el individuo que la lleva, en el ámbito legal las armas pueden ser de tres tipos “arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verduguillo, navajas, sables, serruchos, etc.) y arma contundente (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc.)”. (p. 1590).

Esta agravante se perfecciona, al llevar el arma dejándola ver por la víctima, por ende, si el autor llevaba el artefacto y el perjudicado no la vio no se perfecciona. No obstante, al momento de cuantificar la sanción se debe evaluar si el autor únicamente llevaba el arma de forma que pudiera ser percibida por la víctima o si, efectivamente la empleo, dado que este comportamiento evidencia un peligro superior. (Salinas, 2018).

En virtud de lo explicado, se debe puntualizar que, en este caso, el empleo de armas o explosivos, constituyen la forma como el agente logra “destruir o modificar los linderos, para lograr la desocupación de los moradores del bien inmueble, para turbar la posesión o para desviar el curso de las aguas públicas o privadas”. (Peña, 2019, p. 236), enmarcándose dentro de los actos ejecutivos del delito.

El “otro instrumento”. (Código Penal, Art. 204.1, 1991), al que alude la norma, comprende las armas blancas o cualquier dispositivo “punzocortante, hondas, instrumentos de labranza e, incluso aquellos destinados a usos lícitos. En cuanto a la sustancia peligrosa puede

tratarse de gas lacrimógeno y otra sustancia química que sirva al sujeto activo como un medio de ataque para lograr despojar a la víctima del inmueble”. (Peña, 2019, p. 237).

En esta misma categoría agravante, se comprende la conducta de usurpación empelando “documentos privados falsos o adulterados”. (Código Penal, Art. 204.9, 1991). Esta causal prevé dos comportamientos, el primero, en el que la conducta del autor se agrava por el uso de documentos de naturaleza privada falsificado para invadir el bien inmueble del perjudicado. Se perfecciona la conducta, cuando el autor sin disponer de documento que salvaguarde su entrada a un bien inmueble, logra que se elabore una minuta *verbi gratia* de compra venta y con este documento procura entrar en posesión del bien inmueble. En resumen, se falsea el documento para cometer la usurpación. (Salinas, 2018).

El segundo, se presenta cuando el autor tiene en su poder “un documento privado legítimo, lo adultera para entrar en posesión de otro terreno adjunto por ejemplo”. (Salinas, 2018, p. 1591). Es el caso de quien tiene una minuta de compraventa de un bien inmueble, no obstante, con el propósito de invadir la totalidad o una parte del bien inmueble contiguo, en la minuta modifica los linderos incluyendo en ellos el bien inmueble usurpada.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que si el autor se vale de un documento público falso o adulterado la conducta es atípica. No se comprende porque la norma no se refriere al empleo de documento público, pues en este caso la conducta es más reprochable al vulnerar la confianza pública que se deposita en este tipo de instrumento.

**2) Por el número de autores.** La sanción en la usurpación es mayor, en el caso en que la conducta se ejecute “por dos o más personas”. (Código Penal, Art. 204.2, 1991), es decir, los individuos actúan a título de coautores, esto es, personas que al momento de ejecutar la usurpación tienen el “dominio del hecho” y contribuyen a su ejecución conforme al papel que le atañe. (Salinas, 2018).

Esta circunstancia, no alude a la ejecución de la usurpación por una banda o asociación criminal, solo se requiere que los individuos acuerden reunirse para ejecutar esta conducta, lo que evidencia que debe existir entre ellos “una concertación de voluntades criminales”. (Peña, 2019, p. 237). Por ende, en observancia del principio de legalidad y de los principios del derecho Penal nacional, la conducta constitutiva de esta agravante de la usurpación únicamente puede ser ejecutada por varios sujetos a título de autores o coautores. El sistema de participación criminal vigente en el nuestro régimen jurídico penal, explica Salinas (2018), imposibilita comprender dentro de esta agravante a los cómplices o instigadores, dado que ello conllevaría a sancionarlos simultáneamente a título de autor y cómplice, ya que ello supone desconocer el *nom bis in idem* pues se imputaría dos veces un mismo hecho al autor.

El fundamento político criminal de esta agravante, lo constituye el hecho de ser la conducta más habitual en la usurpación, pues la participación de varios individuos favorece su ejecución al anular ágilmente la protección que la víctima despliega sobre el bien inmueble. (Salinas, 2018).

**3) Por la condición de los bienes muebles.** En este acápite se incluyen las agravantes de los numerales 3, 4, 8 y 11 del (Código Penal, Art. 204, 1991), esto es cuando el bien inmueble está destinado: i) “Para fines habitacionales”. (Código Penal, Art. 204.3, 1991), ii) Se trata de inmuebles pertenecientes al Estado”. (Código Penal, Art. 204. 4, 1991; Salinas, 2018, p. 1593), los que conforme a la norma fundamental. “son inalienables e imprescriptibles”. (Constitución Política, Art 73, 1993), o de bien inmueble particulares u oficiales asignados a la prestación de “servicios públicos o de bien inmueble de propiedad de comunidades campesinas o nativas”. (Código Penal, Art. 204. 4, 1991), cuya propiedad es imprescriptible, excepto cuando están en abandono situación por la cual ingresan al patrimonio del Estado. (Constitución Política, Art 89, 1993); o el bien inmueble hace parte

del “patrimonio cultural de la Nación o de áreas naturales protegidas por el Estado”. (Código Penal, Art. 204. 4, 1991), declarados por la institución que corresponda conforme a las previsiones de la Ley y el reglamento del Instituto Nacional de Cultura. (Salinas, 2019, p. 1594).

iii) La usurpación se ejecuta “sobre derechos de vía o localización de área otorgados para proyectos de inversión”. (Código Penal, Art. 204. 8, 1991), se debe tener presente que los planes o proyectos de inversión son de índole agrícola, minera, etc.

iv) Sobre bienes inmuebles “ubicados en zonas declaradas de riesgo no mitigable”. (Código Penal, Art. 204. 11, 1991) conforme explica Salinas (2018), estas zonas corresponden a aquellas donde es posible que sus habitantes o su modo de vida, sufran perjuicios o detrimentos como resultado de haber estado expuestas a un peligro y que la adopción de acciones para aliviarlos tiene costes y dificultades superiores a la reubicación de las casas y el mobiliario urbano. A esta categoría pertenece las áreas vulnerables por las inundaciones o desbordamientos quebradas o ríos, dado que, no es probable mitigar el impacto de las inundaciones respecto a los habitantes de esas áreas. El dragado del lecho de los ríos o quebradas, así como, la edificación de muros de contención no frena la naturaleza. De ahí que, en lugar de incurrir en mayores costes en procurar reducir las consecuencias, resulta conveniente trasladar a los habitantes de esas áreas a otras más seguras, en este contexto incurrirá en usurpación “agravada, por ejemplo, aquel ciudadano que se posesiona en los cauces de un río seco y comienza a construir su vivienda”. (Salinas, 2018, p. 1595).

**4) “Afectando la libre circulación en vías de comunicación”.** (Código Penal, Art. 204. 5, 1991). La agravante se perfecciona, en el momento en que como resultado de la usurpación se obstaculiza el tráfico de vehículos o de los peatones en las vías de comunicación, *verbi gratia*, cuando como resultado de la usurpación de un terreno de cultivo, se obstruye la carretera con rocas o árboles para impedir el desalojo. (Salinas, 2018).

**5) “Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales”.** (Código Penal, Art. 204. 6, 1991). Esta conducta se despliega usurpación de gran tamaño en bien inmueble particulares u oficiales, en los que los autores luego de ingresar instalan mojones demarcatorios, vallas alrededor del perímetro del bien inmueble, cercos vivos, es decir vallas conformada por vegetación; o, carteles o vallas publicitarias anunciando la venta de terrenos o de cualquier comercio, ya que la usurpación renta ese espacio. Otra de las conductas que constituye esta agravante la constituye, la lotización del bien inmueble, el arrendamiento o la venta; y, finalmente cuando “los agentes, colocan esteras, plásticos y otros materiales con los cuales dan a entender que se encuentran en posesión del inmueble”. (Salinas, 2019, p. 1595).

**6) “Abusando de su condición o cargo de funcionario, servidor público, de la función notarial o arbitral” (Código Penal, Art. 204. 6, 1991).** Esta agravante se configura cuando los autores de la usurpación ostentan la calidad de funcionarios, esto es porque “trabajan para el Estado con poder de decisión o servidores públicos (los que trabajan también para el Estado, pero no tienen poder de decisión)”. (Salinas, 2018, p. 1596), dado que, son los encargados de ejecutar los que los primeros disponen y proyectan. De la misma manera, se estructura la agravante cuando el autor de la usurpación se aprovecha de la función arbitral o notarial que ejerce.

El abuso del cargo, explica Salinas (2019), corresponde al estado que se genera cuando el “sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido”. (p. 1596), otra forma de abusar del cargo consiste en ejercer las competencias al margen de la constitución, la ley o el reglamento, etc., así como, incumpliendo las formalidades señaladas e inclusive cuando de ejercen convenientemente las competencias, pero en beneficio personal o de terceros.

De la manera como se ha tipificado esta agravante, se refiere al abuso del cargo, esto es, a la que se tiene en la función pública. Por consiguiente, no es indispensable que la usurpación se ejecute en el uso de las competencias del autor para que se configure la conducta, es suficiente “que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones”. (Salinas, 2018, p. 1596).

Estas reflexiones se hacen extensivas a la agravante por la “condición de representante de una asociación u otro tipo de organización, representante de persona jurídica o cualquier persona natural, que entregue o acredite indebidamente documentos o valide actos de posesión de terrenos del Estado o de particulares”. (Salinas, 2018, p. 1597).

Adicionalmente la norma sanciona con “la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada”. Habitualmente la usurpación es planeadas, sufragadas, lideradas e impulsadas por algunos individuos, los cuales deben ser individualizados para ser sancionados por usurpación agravada, a los otros partícipes se le imputara el tipo básico de usurpación. En, pero, la usurpación se agrava por la calidad del bien inmueble en que recae, a estos sujetos se les imputa una doble agravante y a los demás partícipes solo una. (Salinas, 2019).

#### **2.1.5. Determinación de la pena**

Así las cosas, el Juez, en observancia de la pena abstracta prevista por la Ley N° 30556 (2017), y los preceptos generales establecidos en los artículos 45, 45ª y 46 del Código Penal, debe determinar la pena o sanción que corresponde imponer al hallado responsable de la comisión del tipo penal en comento. La individualización o fijación de la sanción por parte del Juez como relatan Prado et al. (2015) en los diferentes regímenes penales recibe múltiples denominaciones tales como “determinación, individualización, imposición, dosificación, tasación, medición, fijación y aplicación de la pena”. (p. 36), y se refiere la acción que realiza

el Magistrado para establecer desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, la pena a aplicar en una situación concreta.

Para Reátegui (2019), por su parte, la determinación de la pena corresponde a un método de índole técnica, debido a la ponderación que de la doctrina del delito se realiza en la sentencia; vinculado con la determinación que el Magistrado debe tomar en el proceso penal. En el mismo sentido Jescheck (2002), indica que, corresponde a la determinación de las consecuencias legales de la comisión de un crimen e incluye, no solo, la selección de la pena *verbi gratia*: prohibición de conducir vehículos automotores, multa, inhabilitación, prisión preventiva, etc. sino también, lo relativo a la suspensión de la sanción. (Calderón y Choclán, 2001).

En nuestro país, a partir de la Ley N° 30076 (2013), se incorporó un método para que el Juez penal (unipersonal o colegiado) fijen la sanción a imponer al responsable de un delito. Conforme lo reseñan Prado et al. (2015), los principales cambios que introdujo en el capítulo de la aplicación de la pena en el Código Penal (1991), estas normas fueron:

i) Incorporo un nuevo criterio a tener en cuenta por el Magistrado, consistente en “el abusado de: su cargo, condición económica, instrucción, poder, oficio, profesión o función que desempeñe en la comunidad”. (Código Penal, Art. 45 A, 1991), por parte del sujeto activo del delito.

ii) Incorporo el procedimiento para la determinación de la pena, que se sustenta en el hecho de que la sentencia debe motivar expresa y suficientemente las razones que se tuvieron en cuenta para la “determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. (Código Penal, Art. 45 A, 1991).

Para establecer la sanción, dentro de la pena abstracta contenida en el tipo penal, el magistrado debe tener en cuenta “la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido”.

(Código Penal, Art. 45 A, 1991), siempre que no constituyan otro tipo penal o modifiquen la responsabilidad.

La norma incorpora, el procedimiento básico de determinación de la pena, al especificar que se compone de dos fases: a. definir espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. (Código Penal, Art. 45.1, 1991), que corresponde al sistema de tercios que se explicara a continuación; y, b. fija la pena específica correspondiente “evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes”. (Código Penal, Art. 45.2, 1991).

iii) Incorporo las circunstancias de atenuación y agravación de la pena, conformada por las atenuantes genéricas. (Código Penal, Art. 46.1, 1991); y, trece agravantes genéricas (Código Penal, Art. 46.2, 1991).

iv) Modificó las agravantes cualificadas de reincidencia (Código Penal, Art. 46.2, 1991); y, habitualidad. (Código Penal, Art. 46.3, 1991).

v) Estas incorporaciones y modificaciones, tuvieron efecto en cuanto a: la rebaja de la pena por la edad del agente o responsabilidad restringida. (Código Penal, Art. 22, 1991), la ampliación de la pena de inhabilitación (Código Penal, Arts. 36 y 38, 1991); la suspensión de la pena. (Código Penal, Arts. 57 y 58, 1991), y, la reserva del fallo condenatorio (Código Penal, Arts. 72 y 74, 1991).

### **El sistema de tercios**

Conforme a lo normado por el Código Penal (1991), el Juez seguir las siguientes pautas:

a) Define el ámbito de la pena en que la impondrá, dentro de la pena abstracta prevista en el correspondiente tipo pena y procede a dividirla en tres segmentos. (Código Penal, Art. 45.A.1, 1991).

b) Señala la sanción concreta, estimando la convergencia de causas de agravación o atenuación punitiva, de la siguiente forma: (Código Penal, Art. 45.A.2, 1991).

i) Si no se presentan causas de agravación ni atenuación o únicamente hay causas atenuantes “la pena concreta se determina dentro del tercio inferior”. (Código Penal, Art. 45.A.2, 1991);

ii) Se presentan simultáneamente, causas agravantes y atenuantes “la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio”. (Código Penal, Art. 45.A.2, 1991);

iii) Se presentan tan solo causas agravantes a pena concreta se determina dentro del tercio superior. (Código Penal, Art. 45. A.2, 1991);

La norma, también previó, la fijación de la pena en el caso se presenten causas de atenuación privilegiadas o agravantes cualificadas. (Código Penal, Art. 45.A.3, 1991), para lo cual se observarán las siguientes reglas:

- Existen causas atenuantes la sanción concreta se fija por debajo del tercio inferior; (Código Penal, Art. 45.A.3, 1991).

- Existen causas agravantes, “la sanción concreta se fija por encima del tercio superior”. (Código Penal, Art. 45.A.3, 1991); y

- Existen causas atenuantes y agravantes, “la sanción concreta se fija dentro de los límites de la sanción básica asignada a la conducta típica”. (Código Penal, Art. 45.A.3, 1991).

En tratándose de la conducta de usurpación agravada la pena se determinará conforme se indica en la tabla 2 partiendo de que el ámbito punitivo es de: 5 años a 12 años de Pena Privativa de Libertad. (Código Penal, Art. 204, 1991) y 7 años de espacio abstracto = 84 meses, dividido en tercios = 28 meses por cada tercio.

## **Tabla 2**

### *Tercios de la pena para usurpación agravada*

Tercio	Pena mínima y máxima
--------	----------------------

Primer	De 5 años a 7 años + 4 meses
Segundo	De 7 años + 4 meses a 9 años + 4 meses
Tercero	De 9 años + 8 meses a 12 años

*Nota.* Elaboración propia

## **2.2. Principio de proporcionalidad**

El contenido del principio de proporcionalidad se explicará conforme a los planteamientos Alexy (1985), para tal efecto, como recuerda Caminos (2014), se debe tener en cuenta que el propósito de Alexy (1985) consistió, en formular una doctrina de los Derechos Fundamentales fundamentada en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no obstante, su esfuerzo produjo resultados inesperados llevando a que su doctrina sea conocida y empleada por la mayoría de Tribunal Constitucional del mundo. Es decir, de la forma como Alexy (1985), ideó el principio de proporcionalidad se erige como el método adecuado, en el plano teórico y legal que los jueces deben emplear para analizar y aplicar los preceptos constitucionales sobre Derechos Fundamentales.

### **2.2.1. Los derechos como principios**

Uno de los planteamientos esenciales de la doctrina alexina, es el considerar que los Derechos Fundamentales están conformados como principios, los cuales se caracterizan por su observancia progresiva, es decir, hay infinidad y diversos comportamientos congruentes con lo que demanda el principio. De manera que, para establecer cuál de estos comportamientos es el que corresponde ejecutar se requiere considerar las probabilidades legales y ciertas imperantes. Las probabilidades legales corresponden a la contingente presencia de normas y principios que atribuyan la obligación de ejecutar un comportamiento disconforme con el requerimiento del principio. En consecuencia, en opinión de Alexy (1985), los principios dictaminan lo que debe ejecutar preferiblemente, dentro de las

probabilidades legales y actuales imperantes, por lo que: “Los principios, entonces, son mandatos de optimización. (Alexy, 1985, p. 69).

### **2.2.2. Conflictos entre principios: la ley de la colisión**

Desde la óptica de Alexy (1985), la forma más evidente de exponer la operatividad de los principios, obviamente considerados como “mandatos de optimización”. (p. 69), es la examinar la manera como se formulan y se resuelve la colisión que se presenta entre principios. Conforme al postulado alexiano, la colisión de principios se produce en la faceta del peso, y el principio esencial es que, en el momento en que dos principios colisionan, necesariamente uno debe ceder frente al otro, pues frente a una situación concreta los principios implicados no tienen el mismo peso, de manera que debe prevalecer el que posea un peso mayor. Es decir, como lo plantea Alexy (1985), en determinada coyuntura “uno de los principios precede al otro, bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa”. (p. 72).

Por consiguiente, dentro de una colisión de principios cada uno restringe la probabilidad legal de observancia del otro. Para solucionar la colisión o conflicto, se debe determinar, considerando el contexto de la cuestión, una conexión de “precedencia condicionada”. (Alexy, 1985, p. 72), esto es, establecer el contexto en el que determinado principio antecede o precede al otro, a través de este análisis se determina el peso de cada uno de los principios enfrentados o en colisión. En este examen, recuerda Alexy (1985), no se debe perder de vista que, los principios son preceptos que poseen igual categoría formal, de manera que es imposible constituir un vínculo de precedencia íntegra entre sí, por ende, ese vínculo necesariamente debe efectuarse en el ámbito de una situación específica, debido su naturaleza condicionada. En conclusión, para Alexy (1985), en determinadas circunstancias un principio precede al otro, de manera que, el momento de establecer un vínculo condicionado entre ellos, es factible deducir una regla que señala el efecto legal del principio

que impera en ese determinado contexto, pues no puede ser absoluta debido a la identidad de la naturaleza de los principios enfrentados.

Sobre la base de estos postulados Alexy (1985), plantea la ley de la colisión, conforme a la cual “las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”, (Alexy, 1985, p. 74), a partir de la cual se colige: i) La aplicación de esta ley está subordinada a la determinación del peso de los principios en una situación concreta; ii) Que el peso de los principios se pondera a fin de establecer, dentro de ese contexto, que principio, debido a su peso debe tener precedencia; y, iii) A continuación, por medio de la ponderación se puede derivar o deducir una norma, en la que el antecedente los constituye el contexto concreto, en el que el principio precede al otro y cuya resultante se materializa en la actuación que imponga el principio de mayor peso; y, iv) Que las reglas son producto de la ponderación, por ende, los principios fundamentan la (s) regla (s).

### ***2.2.3. Derechos prima facie y derechos definitivos***

Una cuestión esencial para Alexy (1985), consiste en plantear que la naturaleza de los principios, entendidos como preceptos de optimización; no es definitiva sino únicamente prima facie, es decir, en principio o a primera vista. De manera que, si un principio impone una actuación para determinada situación, esta actuación corresponde a la que se debe ejecutar, únicamente, luego de examinar los principios opuestos y las probabilidades fácticas. Las normas, por el contrario, aparentan poseer naturaleza definitiva. Entendiendo el teórico que, los principios aluden a tanto a derechos particulares como a colectivos, que pueden ser aducidos como fundamento “en contra de un derecho prima facie”. (Alexy, 1985, p. 112).

Dentro de este contexto se puede colegir, que los principios invariablemente instituyen fundamentos a primera vista, en tanto que las normas, por lo general son fundamentos definitivos, a menos que se haya señalado una salvedad. Para Alexy (1985),

principios y normas conforman fundamentos para enunciar juicios precisos de deber. Si una norma puede ser empleada sin ningún tipo de salvedad a una determinada situación, constituye un fundamento definitivo. Los principios, a contrario sensu, a tendiendo a su naturaleza prima facie (primera vista) únicamente instauran derechos prima facie.

Según la ley de colisión, la existencia de un nexo de primacía condicionada entre principios posibilita deducir una norma, lo que es indicativo de que el principio es el fundamento para una norma la que viene a constituir el fundamento determinante para el juicio de obligación concreto. De esta forma, resulta viable transitar por “un camino que parte de los derechos prima facie y llega a un derecho definitivo. (Alexy, 1985, p. 85).

#### ***2.2.4. Los principios y el principio de proporcionalidad***

En criterio de Alexy (1985), entre principio de proporcionalidad y la naturaleza de principio de una regla se encuentran vinculados dado que, el principio de proporcionalidad conformado por tres subprincipios: i) Idoneidad; ii) Necesidad; y, iii) Proporcionalidad; precede al principio de la norma. Debiéndose aclarar que en criterio de Alexy (1985), con el que posteriormente coincide Beatty (2005), el principio de proporcionalidad y sus subprincipios componentes, no corresponden a principios, dado que, no son preceptos de optimización; sino que corresponden a reglas.

Ahora bien, en cuanto a los subprincipios del principio de proporcionalidad se ha precisado Alexy (1985), ha planteado:

i) El subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, alude a la maximización de las probabilidades legales y, se asimila a la ponderación que se realiza en el momento en que se materializa la ley de colisión, dado que, esa maximización o mejoramiento se encuentra subordinada a principios disímiles. En tanto que, los subprincipios de idoneidad y necesidad aluden al mejoramiento de las probabilidades reales o verdaderas;

ii) El subprincipio de necesidad indica Alexy (1985), determina que, de haber dos mecanismos asequibles, con la misma eficiencia para impulsar cierto principio, aunque, uno de ellos perjudique con menor intensidad que el otro, a un segundo principio, este segundo principio resulta ser el que determina precepto para maximizar las posibilidades fácticas, es decir, se debe optar por el mecanismo que implique un perjuicio menor;

iii) Subprincipio de idoneidad, en criterio de Alexy (1985), postula que, si un mecanismo no es apropiado para impulsar el reconocimiento de un principio que simultáneamente perjudica un principio, de la evaluación del mejoramiento de las probabilidades fácticas o reales de este principio se concluye que no debe adoptarse este mecanismo.

De lo expuesto, se verifica que para la teoría alexina hay un vínculo teórico entre la noción de los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad. Primeramente, los derechos de prima facie, al contar con una configuración de principios, corresponden a mandatos de optimización, cuya ejecución se materializa a través de los subprincipios que lo conforman – proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad-. Una vez realizado este análisis, particularmente de la ponderación requerida por la ley de la colisión, resulta viable establecer un derecho decisivo, cuya estructura corresponde a regla. Por ende, la misma composición de los derechos prima facie requiere obligatoriamente el empleo del principio de proporcionalidad y el empleo del principio de proporcionalidad, simultáneamente, es preciso para deducir derechos definitivos. Así pues, si se aceptara que los derechos constitucionales están conformados como principio, en los regímenes jurídicos en los se hayan adoptado los derechos constitucionales debe emplearse el principio de proporcionalidad.

### 2.2.5. *La ley de la ponderación*

Los principios, formulados como preceptos de optimización, en criterio de Alexy (1985), se pueden cambiar por valores. De conformidad con su idea de conceptos prácticos, los principios ostentarían una naturaleza deontológica, al establecer un comportamiento como ideal. De la misma forma, la naturaleza de los valores es axiológica al atribuir a las cosas un nivel de bueno, posibilitando contrastar niveles de cosas estimadas como óptimas y pésimas.

Por consiguiente, para Alexy (1985), lo “que en el modelo de los valores *es lo mejor* prima facie, en el modelo de los principios *es debido* prima facie; y lo que en el modelo de los valores es lo *mejor*, en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva”. (p. 126). Es decir, el razonamiento para emitir determinado juicio es diferente, pues en tratándose de valores se fundamenta en el nivel: mejor, en cambio en los principios es debido, es decir, en la primera se trata en una afirmación y, en la segunda, a una relación de causa efecto.

La dogmática constitucional, debido a la naturaleza mutante de principios y valores propuesta por Alexy (1985), se formulado críticas a la doctrina de los valores, las cuales por la trascendencia que poseen para la doctrina de los valores son absueltas por Alexy (1985).

Dentro de las censuras planteadas, se encuentra la que orienta contra la jerarquía de los valores, con el argumento de que ello es inviable; esta apreciación es compartida parcialmente por Alexy (1985), aun cuando, con dos excepciones: i) Es probable que se implemente un orden de valores frágil, originado en la instauración pesos de argumentación en favor de determinados principios, lo que conduce a establecer una prelación *prima facie* en beneficio de ellos; o, ii) Por medio de una cadena de providencias específicas de predilección tal como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cualquiera de estas salvedades, están vinculadas con la noción de ponderación.

Otra de las críticas, se sustenta en reseñar los defectos de la noción misma de ponderación censurada habitualmente, por no poderse subordinar a una verificación racional, es decir es por ser irracional; ya que, ello daría paso a la prevalencia de lo subjetivo y a la argumentación de los magistrados. No obstante, Alexy (1985), plantea la ponderación como un método racional, aunque aceptando que la ponderación no produce, forzosamente un solo resultado. Como se señaló en precedencia, la ponderación para Alexy (1985), es el mecanismo que posibilita elaborar un nexo de precedencia condicionada entre principios del que se colige una regla.

Frente a esta crítica Alexy (1985), sostiene que es viable a ludir a ponderaciones acertadas o equivocadas, esta viabilidad se sustenta en “el hecho de que un enunciado de preferencia condicionada puede ser fundamentado racionalmente”. (p. 137), en esta fundamentación, indica Alexy (1985), el Tribunal Constitucional alemán emplea una clase particular de argumentos, lo cuales configuraran la regla o ley de ponderación conforme a la cual “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (p. 137). Esto es, conforme a la Ley de ponderación, si un principio, ostenta la categoría de precepto de optimización relativo a las probabilidades legales, por lo tanto, el comportamiento debido conforme a él, esta forzosamente vinculado a principios antagónicos, de lo que se deriva que el peso de los principios no se puede establecer de manera absoluta, sino por el contrario, siempre relativa.

Dentro de este contexto, para Alexy (1985), la fórmula de la ponderación corresponde a una regla que indica la forma “de ponderarse los principios en juego, esto es cómo deben ser considerados”. (p. 141). Es decir, la Ley de ponderación debe posibilitar el reconocimiento del valor relativo de cada principio.

A pesar de que Alexy (1985), acepta que los niveles de trascendencia en la satisfacción de determinado principio y la insatisfacción de otro, no se pueden medir, si constituye la esencia del proceso de Ley de ponderación. Así pues, la Ley de ponderación determina el aspecto que se debe sustentar para motivar la manifestación o precepto de preferencia condicionado alcanzado a la ponderación, es decir, los niveles de afectación y de trascendencia. La Ley de ponderación provee un parámetro para solucionar casos al vincular la ponderación con la “doctrina de la argumentación jurídica racional”. (Alexy, 1985, p. 142), precisando que corresponde a lo que debe ser sustentado racionalmente. Según la ley de colisión, con fundamento en el precepto de preferencia condicionado que se obtiene por la ponderación es factible establecer una regla. Por ende, las ponderaciones efectuadas para determinada situación y la universalidad no serían incongruentes dado que, las reglas contienen una regulación que trasciende a situación específica.

De esta forma, no queda duda que la ponderación es una actividad racional que se vale de un proceso racional de sustentación, en la medida que impone la necesidad de analizar hacia un enfoque concreto.

### **2.2.6. La fórmula del peso**

El vínculo entre  $I_i$  e  $I_j$  se puede calcular de dos formas, a través de una fórmula aritmética y/o geométrica. La serie más sencilla es 1, 2, 3. Por medio de ella se puede plantear la fórmula del peso de un principio, en las circunstancias específicas, es decir, su peso concreto:

**2.2.6.1. Fórmula diferencial:**  $G_{i, j} = I_i - I_j$ , a través de ella se conoce que el peso concreto de un principio es relativo, porque se calcula la diferencia entre la intensidad de la intervención de este principio ( $P_i$ ) y la importancia concreta del principio contrario, la cual, a su vez consiste, en definitiva, en la intensidad de la intervención hipotética en  $P_j$  mediante la

omisión de la intervención, es decir, mediante la no intervención de  $P_i$ . Esta relatividad se expresa mediante " $G_{i,j}$ ", su peso concreto relativo a  $P_j$ . (Alexy, 2011, p. 17).

Al aplicar las cifras preestablecidas: 1, 2, 3, indica (Alexy, 2011), a la formula proporciona datos reveladores, los cuales de acuerdo a las "constelaciones del modelo triádico". (p. 17), así:

i) En las tres primeras en las que prevalece  $P_i$  respecto de  $P_j$  de manera sencilla,  $G_{i,j}$  alcanza estos valores positivos:

$$1) g, l = 3 - 2 = 2$$

$$2) g, m = 3 - 2 = 1$$

$$3) m, l = 2 - 1 = 1 \text{ (Alexy, 2011, p.17)}$$

ii) En los casos en que prevalece  $P_j$ , los valores de  $G_{i,j}$  alcanza los siguientes valores negativos

$$4) l, g = 1 - 3 = - 2$$

$$5) m, g = 2 - 3 = - 1$$

$$6) l, m = 1 - 2 = - 1 \text{ (Alexy, 2011, p.17)}$$

iii) En los casos de empate tanto el peso concreto por ello  $P_i = 0$ , en este caso ningún principio prevalece respecto del otro, sin que interese tengan fuerza negativa o positiva

$$7) l, l = 1 - 1 = 0$$

$$8) m, m = 2 - 2 = 0$$

$$9) g, g = 3 - 3 = 0 \text{ (Alexy, 2011, p.17)}$$

**2.2.6.2. Formula geométrica.** Proporciona el peso concreto de  $P_i$  a través del coeficiente

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

En opinión de Alexy (2011), esta fórmula es correcta. “Los productos de  $I_i \cdot G_i$  y de  $I_j \cdot G_j$  expresan que, de manera no poco frecuente, junto a  $G_i, j$ , la expresión peso se utiliza para referirse a  $G_i$  y  $G_j$ ”. (Alexy, 2011, p. 36). El vocablo “peso” resulta confuso o ambiguo, por lo cual, Alexy (2011), considera viable especificar ciertos términos: i) es factible signar el producto de  $I_i \cdot G_i$  como “peso concreto no relativo” o, como “importancia” de P. (Alexy, 2011, p. 36), conforme a esta expresión el peso concreto no relativo ( $I_i \cdot G_i$ ) se halla “entre el peso concreto relativo ( $G_i, j$ ) y el peso abstracto ( $G_i$ )”. (Alexy, 2011, p. 36). Dentro de la Ley de ponderación al signar la importancia como  $I_i$  no se aludió a la incorporación del peso abstracto, dado que, en este entorno “se entiende que los pesos abstractos se neutralizan”. (Alexy, 2011, p. 37), de esta forma, atendiendo a la importancia ( $W_i, W_j$ ) \* el peso concreto no relativo, corresponde a:  $W_i = I_i \cdot G_i$  y  $W_j = I_j \cdot G_j$ .

En la práctica se aconseja someter a  $G_i$  y  $G_j$  a la escala triádica geométrica, de manera que lo afirmado para  $I_i$  e  $I_j$  les es aplicable. Esto no es claro, sino que manifiesta la admisión de que al peso abstracto y a la intensidad de la intervención pertenece un mismo peso “en la determinación del peso concreto o relativo que se representa por medio de  $G_i, j$ ”. (Alexy, 2011, p. 37), con ello se admite la igualdad de importancia con lo que se viabiliza efectuar compensaciones absolutas, verbi gratia: Un aintervencion  $I_i$  leve ( $l$ ) con un principio con un alto peso ( $g$ ) abstracto ( $G_i$ ) tiene igual importancia que una  $I_i$  grave ( $g$ ) que se efectúa debido a su omisión en un principio con escaso ( $l$ ) peso abstracto, datos que evidencian un empate. En lo que respecta a la tercera dimensión o variables de la fórmula del peso completa, referida al grado o nivel de seguridad “de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro”. (Alexy, 2011, p. 37), el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, preciso en el caso de participación de los obreros en la compañía “Mitbestimmung”. (Alexy, 2011, p. 37), que no es posible asignar invariablemente ni

incertidumbre ni certeza a los pronósticos empíricos que sustentan las valoraciones que los parlamentarios realizan al analizar la proporcionalidad. Entre los parámetros para establecer la certeza de la decisión tomada, prevalece la trascendencia del Derecho Fundamental en la situación específica, que se establece a través de la “intensidad de la intervención y el peso abstracto”. (Alexy, 2011, p. 37). En este contexto, se enuncia una Ley de ponderación epistémica, conforme a la cual “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”. (Alexy, 2011, p. 37).

### ***2.2.7. Principio de proporcionalidad en Perú***

Según la opinión de Grández (2009), el Tribunal Constitucional peruano ha sustentado constitucionalmente el principio de proporcionalidad a través de la teoría “de la pluralidad complementaria”. (p. 4), dado que, a través de sus pronunciamientos, ha procurado sustentarlo constitucionalmente en diversas doctrinas.

Uno de los pronunciamientos más trascendente es el (Expediente N.º 010-2002-AI/TC Lima, fd. 195, 2003), expedida al decidir la acción de inconstitucionalidad promovida por la ciudadanía contra los (Decretos Leyes N.º 25475, 1992; N.º 25659, 1992; N.º 25708, 1992; N.º 25880, 1992).

En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional, con fundamento en lo preceptuado por la norma fundamental de la Constitución Política del Perú, Art. 200 (1993), respecto al principio de proporcionalidad preciso: que se trata de un principio general del derecho. explícitamente consagrado para ser aplicado en toda área del derecho. Efectivamente, en el régimen legal nacional, el principio de proporcionalidad está previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Carta Magna. Debido a su carácter de principio, su esfera de influencia no se reduce únicamente al examen de la acción limitativa de un derecho en este caso concreto en una situación de Estado de excepción; por cuanto, como lo ordena el

canon constitucional, a través de él se puede examinar cualquier acción limitativa de un derecho, sin importar que el Estado a que se alude haya sido declarado o no. “Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”. (Expediente N.º 010-2002-AI/TC Lima, fd. 195, 2003).

Previo a este pronunciamiento, en la época en que el Tribunal Constitucional conforme a la expresión de Cesar Landa “estuvo en cautiverio”. (Grández, 2009, p. 5), se realizaron pronunciamientos orientados a tal fin. Sin embargo, la característica común de ellos, fue la de concebir el principio de proporcionalidad “como mandato de prohibición de exceso en la imposición de una sanción en el ámbito administrativo, y como expresión “sustantiva” del debido proceso”. (Grández, 2009, p. 5).

Sobre el particular, explica Grández (2009), en el conocido como caso Vaca Avalos Sentencia 408-1997-AA/TC (1998), el Tribunal Constitucional preciso: al igual que el debido proceso se desvirtúa formalmente al vulnerar principios y derechos del enjuicio en cualquier ámbito: administrativo, judicial o institucionalmente, el principio de proporcionalidad es tergiversado, desde el punto de vista sustantivo o material en los casos en que la sanción impuesta no resulta coherente con la falta atribuida.

Otro de los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional, consistió en sustentar el principio de proporcionalidad a partir del aspecto sustantivo del debido proceso, como lo refiere Grández (2009), para determinar la desproporción del magistrado al imponer una medida cautelar, constituyendo una de las primeras determinaciones sobre las que el Tribunal Constitucional realizó control de Pro en una especie de “ponderación de la ponderación”. (p. 6). Efectivamente en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1209-2006-PA/TC (2006), conocida como el caso Ambev vs. Backus respecto al aspecto sustancial del debido proceso se precisó: que da paso tanto a un control formal de una providencia judicial, sino que, además, influye y limita la decisión en sí, en el contexto del Estado Constitucional.

Esto es, la posibilidad de rectificación de la provincia judicial tanto a nivel formal y de Pro y razonabilidad que debe observar el Magistrado en el contexto de la norma fundamental y las leyes. (Expediente N° 1209-2006-PA/TC Lima, fd. 28, 2006).

De esta forma, como señala Grández (2009), el Tribunal Constitucional dispuso que una medida cautelar resultaba “inadecuada” y, en consecuencia, desproporcionada, cuando afecta a más bienes de los estrictamente necesarios para satisfacer el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva a favor del solicitante de la medida”. (p. 6).

En otros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional sustentó el principio de proporcionalidad en “la cláusula del Estado democrático de Derecho (Constitución Política del Perú, Arts. 3 y 43, 1993), y más en concreto, a una de sus manifestaciones implícitas, el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público”. (Grández, 2009, p. 6), sobre el particular el Tribunal Constitucional precisó:

Del reconocimiento que la norma fundamental hace del Estado Social y democrático de Derecho (Constitución Política del Perú, Arts. 3 y 43, 1993), se incorporó “el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta”. (Grández, 2009, p. 7), el cual posee dos nociones: a. la tradicional y universal en la que arbitrariedad es lo opuesto al derecho y la justicia; y, b. la actual y específica aparece sin sustento” objetivo, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”. (Grández, 2009, p. 7).

### **El test de proporcionalidad**

De conformidad por lo precisado por el Tribunal Constitucional peruano, el principio de proporcionalidad en su significado tradicional alemán como “prohibición de exceso” (*UntermaßJverbot*), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”. (Expediente No. 045-2004-PI/TC Lima, Fd. 27, 2005).

Este principio corresponde al criterio sobre el cual se analiza la constitucionalidad de la injerencia en Derechos Fundamentales.

En nuestro país, el examen de principio de proporcionalidad, se efectúa a través del denominado “Test de Igualdad (Razonabilidad o proporcionalidad) concebido como “una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho principio a la igualdad”. (Expediente N.º 00027-2006-PI, Fd. 73, 2007). La materialización de ese test o análisis se logra a través de los subprincipios de: i) Idoneidad o de adecuación; ii) De necesidad; y iii) De proporcionalidad stricto sensu o en sentido estricto, los cuales han sido precisados por nuestro en la sentencia recaída en el (Expediente N.º 0016-2002-AI/TC, 2003; N.º 0008-2003-AI/TC, 2003), en los siguientes términos:

i) Subprincipio de idoneidad o adecuación. En virtud de este subprincipio, cualquier intromisión en los Derechos Fundamentales debe ser adecuada o tener la aptitud para fomentar un “objetivo constitucionalmente legítimo”. (Expediente N.º 00027-2006-PI, Fd. 73.1, 2007). Es decir, este subprincipio implica dos cuestiones: La legitimidad constitucional de la finalidad; y, la conveniencia de la medida adoptada.

ii) Sub de necesidad: Conforme a este subprincipio para que una intromisión en los Derechos Fundamentales resulte imperativa, no debe haber ningún otro mecanismo análogo, que posea, la misma capacidad para conseguir la finalidad planteada y que sea más benévolo con el derecho perjudicado por la injerencia. Es decir, se coteja la decisión tomada con respecto a los mecanismos alternos existentes; para examinar: de una parte: la idoneidad análoga o mejor del mecanismo alternativo; y, de otra: su más baja injerencia en el Derecho Fundamental.

iii) Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Conforme a este subprincipio, para que la intervención en los Derechos Fundamentales se legitima, el nivel de realización de la

finalidad de la injerencia, debe ser, cuanto menos, análogo o equivalente al nivel de injerencia del Derecho Fundamental. Se refiere a, efectuar como lo explica el Expediente N.º 00048-2004-AI/TC, FJ 65 (2005); un análisis comparativo de dos magnitudes o niveles: uno: la consecución de la finalidad de la decisión analizada y la injerencia en el Derecho Fundamental. (Expediente N.º 00027-2006-PI, Fd. 73.3, 2007).

Debido a la trascendencia que posee para la investigación la aplicación de estos subprincipios como materialización del principio de proporcionalidad, a continuación, se ilustra su aplicación en un caso práctico.

Se trata de una demanda de amparo, cuya pretensión de acuerdo a la síntesis efectuada por el Tribunal Constitucional fue la de: declaratoria de nulidad de una resolución dictada por un Juzgado Civil Especializado de la ciudad de Chiclayo, al igual que de las que las confirmaron, por medio de las cuales los Magistrados demandados impidieron el embargo “en forma de secuestro conservativo conservativo hasta por la suma de S/. 1 021 311 o su equivalente en bolsas de azúcar de propiedad de la empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, 2008) y simultáneamente suspendieron su ejecución forzosa, con el fundamento de la aplicación del Régimen de Protección Patrimonial de la Ley N° 28027 (2003), junto con sus modificatorias. Dentro de este contexto, el accionante argumenta la vulneración de su derecho a la tutela procesal efectiva, por la demora en el cumplimiento de la sentencia la cual tiene la calidad de consentida y, sobre todo, si la norma aludida no comprende “a las medidas de ejecución de sentencia sino sólo a las medidas cautelares. Acotando que en el supuesto negado que dicha ley ordene la suspensión de medidas de ejecución de la sentencia en cuestión, tal ley debería ser declarada inconstitucional”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, 2008), por vulnerar la cosa juzgada establecida en la norma fundamental. (Constitución Política del Perú, Art. 139.2, 1993).

Dentro de este conflicto, procede el Tribunal Constitucional a explicar la aplicación del Test de proporcionalidad bajo el siguiente análisis: inicia evocando lo manifestado en anteriores pronunciamientos, respecto al test de proporcionalidad, precisando que está conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o subprincipio de proporcionalidad. Respecto al metodología que se emplea en la aplicación del test, se ha señalado que: sobre la determinación que menoscaba Derecho Fundamental debe efectuarse “un juicio de idoneidad o adecuación”. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 25, 2008), es decir, establecer si la limitación del derecho federal es conveniente para el objetivo que se pretende salvaguardar; luego, de ser positivo el análisis, se procede a examinar la medida limitativa desde el enfoque de la necesidad, lo que implica, establecer si hay mecanismos alternos al señalado en la Ley. Se refiere a un examen de “*relación medio-medio*”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 25, 2008), es decir, de confrontar los medios: i) El seleccionado por el que se entromete en el ámbito del Derecho Fundamental; y, ii) El (los) probables “medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 25, 2008). Por último, una tercera fase, que se efectúa a condición de que la medida haya superado exitosamente las fases o momentos precedentes; efectuando un examen de ponderación entre los principios constitucionales en colisión. En este momento se aplica la LP de acuerdo con la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 25, 2008).

Respecto a la concreción de cada subprincipio, en el caso propuesto, el Tribunal Constitucional puntualizó:

En cuanto al examen de idoneidad. La incorporación de un sistema de una regulación para la salvaguarda del patrimonio de las compañías azucareras “constituye un medio adecuado para lograr el objetivo. La suspensión temporal de la ejecución de medidas

cautelares, garantías reales o personales y similares sobre los activos de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria”. (Expediente. No. 579-2008-PA/TC, fd 26, 2008), establece un mecanismo para la recuperación económica de este tipo de empresas, las cuales enfrentan una crisis financiera, pues esta normativa impide que sus acreedores, logren el pago de sus créditos con los exiguos recursos que poseen, produciendo un grave peligro de perder su para los obreros y para los habitantes del área quienes se benefician de las actividades propias de estas empresas, así como de las relacionadas a ella.

En lo relacionado con el examen de necesidad, indico que: por cuanto, el litigio versa sobre una sentencia en un proceso de ejecución. Sencillo resulta acreditar que, no hay una medida más eficaz que la prevista en la Ley. La cesación de la aplicación de “medidas cautelares, garantías reales o personales, así como de la suspensión de ejecución de sentencias resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el objetivo”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 27, 2008), por cuanto, adicionalmente, en las otras medidas establecidas en la norma en comento, no se previeron otras opciones menos perjudiciales para alcanzar la misma finalidad. Aun cuando se postulen otras alternativas para conseguir el objetivo, tales como la condenación de los recursos que esas compañías adeudan, sin embargo, estas alternativas no son tan efectivas para alcanzar el desarrollo de la labor azucarera, puesto que, si bien estas alternativas imposibilitarían que las compañías reduzcan sus bienes de capital, no obstante, ello diáfananamente afectaría a los acreedores al ser imposible recaudar su crédito.

El examen de ponderación o del subprincipio de proporcionalidad. Como se indicó, esta fase consiste en determinar el peso o trascendencia de los principios en conflicto, este análisis se realiza aplicando la Ley de ponderación, la cual, aplicada a la situación en examen, “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales

propuestos con la ley a favor de la industria azucarera”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 30, 2008).

Para que esta acción sea más razonable es conveniente comparar “los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención”. (Expediente No. 579-2008-PA/TC, fd 31, 2008), conforme a la ley y su empleo en la situación concreta. El Tribunal Constitucional para establecer estos importes se vale de la escala triádica. Para tal efecto, adoptando el criterio de Alexy (2011), ha precisado que los valores de las intensidades se pueden categorizar en: i) Grave o elevado; ii) Medio y iii) Débil o leve, conforme lo expone el Expediente 045-2004-PI/TC, fd 35 (2005), a través de esta categorización se pueden valorar los grados de realización o satisfacción de la finalidad prevista en la norma fundamental para la intervención. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 31, 2008).

En este contexto, la suspensión temporal de la ejecución de la sentencia consentida, se puede clasificar como de intensidad leve, dado que se posterga su cumplimiento en el tiempo, lo que no excluye o suprime el derecho que les asiste a los acreedores de las empresas dedicadas a la producción de azúcar que a través del poder judicial han logrado una decisión que les habilita hacer efectiva su acreencia. Primordialmente, si se considera que ese aplazamiento pronto se levantara, más aún, si la propia Ley autoriza la inscripción de las medidas cautelares, aunque no se pueden ejecutar. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 32, 2008).

Adicionalmente, en cuanto al grado de realización o satisfacción de la finalidad propuesta en la Ley en cuestión: alcanzar “lograr el desarrollo, reactivación y saneamiento económico y financiero de las empresas agrarias azucareras, así como la promoción del empleo y la disminución de la pobreza”. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 32, 2008), a

través del aplazamiento transitorio del cumplimiento de medidas cautelares o garantías personales o reales, así como de las sentencias se clasifica en elevado dado que sin esta disposición no se podría alcanzar la finalidad prevista en la Carta Magna no se alcanzaría. En este aspecto se presenta una relación inversamente proporcional, pues gracia a una leve injerencia en el cumplimiento de las sentencias, se consigue un nivel elevado de satisfacción” a favor de los derechos y fines constitucionales a los que busca proteger la medida de protección legal de la industria azucarera en el norte del país”. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 32, 2008).

En el caso en que se logre determinar que una medida restrictiva baja o de intensidad leve se alcancen altos o elevados niveles de satisfacción, se concluye que el medio utilizado, en este caso la Ley, ha superad el test de proporcionalidad y dentro del enfoque constitucional es indicativo de una injerencia conforme a la Ley. (Expediente No.579-2008-PA/TC, fd 33, 2008).

**a) Principio de principio de proporcionalidad en la pena.** El Código Procesal Penal regula lo relacionado con la Proporcionalidad de las sanciones prescribiendo, en cuan incumbe a esta investigación que: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito”. (Código Penal, Art. VIII título preliminar, 1991), normativa que ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia precisando:

i) La pena abstracta fijada en el tipo penal correspondiente “guarda proporcionalidad con la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal”. (Recurso de Nulidad No. 262-2015 Lima, fd. 3, 2015).

Por ello el Código Penal Sustantivo impone que “la pena debe ser proporcional al delito”. (Código Penal, Art. VIII título preliminar, 1991). De lo que se puede colegir que, hay

delitos “más graves que otros, debiendo determinarse su gravedad en función a los bienes jurídicos lesionados”. (Recurso de Nulidad No. 262-2015 Lima, fd. 3, 2015).

ii) Que el vocablo “responsabilidad” empleado por la norma no se refiere a “la tipicidad de la conducta, sino sobre el daño que ocasiona al bien jurídico”. (Recurso de Nulidad No. 262-2015 Lima, fd. 8).

iii) “Las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad”. (Recurso de Nulidad N.º 2153-2015 Lima, fd. 3.2.2, 2017), previsto en el Título Preliminar del Código Penal Sustantivo (Art. VIII) que restringe el poder sancionador del Estado que pretende haya correlación entre el delito ejecutado y la sanción impuesta.

iv) “Debe tenerse en cuenta que la pena que se impone debe ser proporcional al daño infringido al bien jurídico que se busca proteger y debe meritarse considerando las condiciones personales del sujeto activo a fin que ésta sea constitucional”. (Recurso de Nulidad No. 2573-2015, Lima, 2017).

v) El principio de proporcionalidad restringe el derecho a castigar reconocido al Estado e impide que se impongan sean “desproporcionadamente graves en comparación con su utilidad preventiva” (Recurso de Nulidad No. 1843-2014, Ucayali, fd. 14, 2017), por ende, la sanción impuesta debe fijarse en atención al principio de proporcionalidad para que permita alcanzar sus fines.

## **2.3. Marco filosófico**

### **2.3.1. *Los imperativos en Kant***

A manera de introducción, debemos conocer que, Kant (1946), en la obra la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, informa Rivera (2004, p. 3), asigna al imperativo categórico el rango de norma fundamental de la moralidad, desarrollándola en

diversos aspectos, dentro de los cuales se abordará el referido a la forma como esta norma es obligatoria para el hombre posibilitándole reconocer obligaciones morales.

El filósofo alemán considero dos clases de imperativos: i) El categórico; y, ii) El hipotético, los cuales se explican a continuación.

i) El imperativo categórico. expresa que debemos actuar “de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales”. (Rivera, 2004, p. 3). Para comprenderlo se requiere saber que es una máxima, dado que el imperativo nos impone comportarnos conforme a ella, en este sentido, se entiende por máxima a toda norma que rige el comportamiento de la persona verbi gratia de respetar a los demás, de obedecer las normas de tránsito para evitar que nos coloquen papeleta, etc. La máxima se caracteriza por llevar implícitos los motivos por los que nos comportamos de determinada forma. Dentro de este contexto, como se deduce de lo explicado por Rivera (2004), el imperativo categórico opera indicándonos si los motivos que mueven nuestro comportamiento “son buenos o malos”. (p. 3), argumento que no es muy claro, dado que hay ocasiones en las que existen máximas que no indican los motivos por los que una persona se comporta de determinada forma. En criterio de Kant este imperativo “nos hace exigencias incondicionales”. (Rivera, 2004, p.3).

ii) Imperativo hipotético. Es opuesto al imperativo categórico, dado que formula “exigencias condicionales, es decir, nos exige que hagamos ciertas cosas bajo el supuesto de alguna condición”. (Rivera, 2004, p. 3). Este imperativo se concibe como instrumental ya que, conforme a él, si se quiere un propósito se debe también, simultáneamente, querer los recursos empleados para alcanzarlo.

La característica común de estos preceptos es que son imperativos, dado que nos precisan cual debe ser nuestro comportamiento, esto es, de acuerdo “a máximas que podamos querer como leyes universales, o bien que tomemos los medios necesarios para la realización de nuestros fines”. (Rivera, 2004, p. 3).

El imperativo hipotético petición condicional, de la siguiente forma: nos obliga a adoptar las medidas requeridas para alcanzar el propósito que deseamos, las cuales ya no serán necesarias en el momento en que desistamos de ese propósito “El principio prescribe un curso de acción bajo el supuesto de que yo tengo un fin. Si renuncio al fin, el imperativo ya no prescribe que tome los medios”. (Rivera, 2004, p. 3).

El imperativo hipotético “es un principio de racionalidad práctica”. (Rivera, 2004, p.4) dado que indica que es comportarse racionalmente, un individuo racional adopta las medidas para alcanzar sus propósitos, en tanto que uno irracional no lo hace. Imaginemos que deseo aprender a montar en bicicleta como persona racional tomo las medidas para aprender: compro una bicicleta adecuada a mi estatura y los mecanismos de protección para las caídas, pero como persona irracional no: por ejemplo, deseo aprender viendo tutoriales en YouTube sin realizar ninguna acción más para conseguir aprender a montar en bicicleta.

En contraposición del imperativo hipotético el Imperativo categórico impone “incondicionalmente que hagamos ciertas cosas o que las dejemos de hacer”. (Rivera, 2004, p. 4), esto es, sin que se deba cumplir con una condición. En criterio del filósofo, el deber es incondicional y la naturaleza incondicional de los deberes morales es una particularidad esencial de ellas, se actúa conforme a ella porque concuerda con su contenido.

El imperativo categórico también corresponde a un “principio de racionalidad práctica, pues nos dice en qué consiste actuar racionalmente”. (Rivera, 2004, p. 4), al indicarnos cómo comportarnos racionalmente, a partir de lo cual, no se puede afirmar que el inconveniente del comportamiento inmoral se debe a su irracionalidad. En el postulado del filósofo prusiano, no es que el individuo moral se comporte conforme a la moral queriendo “ser racional; la persona moral actúa moralmente porque valora a la humanidad como un fin en sí mismo, en su persona y en la de los demás”. (Rivera, 2004, p. 4). El propósito que

persigue un individuo moral no es la racionalidad, sino considerar “a la humanidad siempre como un fin y nunca como un mero medio”. (Rivera, 2004, p. 4).

**2.3.2. *El imperativo categórico del fin en sí mismo.*** explica (Rivera, 2004), propone tres fórmulas del imperativo categórico sosteniendo que son análogas:

1. La fórmula de la Ley universal;
2. La fórmula de la humanidad, conforme a la cual “debemos tratar a la humanidad siempre como un fin y nunca como un mero medio”
3. La fórmula de la autonomía, que prescribe que debemos comportarnos conforme a las máximas por las que optemos autónomamente

En criterio del filósofo en análisis, las tres fórmulas corresponden a un solo principio:

“Actuar de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales es lo mismo que tratar a la humanidad siempre como fin y nunca como un mero medio, lo cual, a su vez, es lo mismo que actuar de manera autónoma”. (Rivera, 2004, p. 5).

De conformidad con el interés del investigador, solo me referiré a la segunda de las fórmulas, es decir, aquella que indica que “debemos tratar a la humanidad siempre como un fin y nunca como un mero medio”. (Rivera, 2004, p. 5).

### III. MÉTODO

#### 3.1. Tipo de investigación

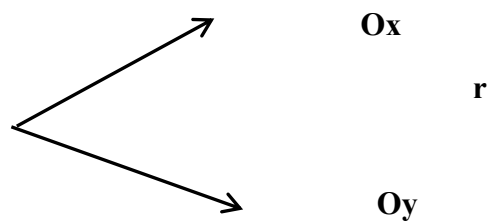
Esta investigación se elaboró:

Con un enfoque cuantitativo

De tipo básico, dado que las variables: Principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal se estudiaron de la forma como han sido abordadas por la academia, la jurisprudencia y la legislación.

De nivel explicativo. Al detallarse la forma como el principio de proporcionalidad incide pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

Con un diseño no experimental-transaccional, pues el desempeño de las variables: Principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal durante el periodo investigado no fue alterado por el investigador, su labor se circunscribió a observar su desempeño normal, para luego precisar la manera como el principio de proporcionalidad incide en la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal.



**Dónde:**

**M:** Muestra

**Ox:** Observación realizada a Variable independiente: Principio de proporcionalidad.

**Oy:** Observación realizada a la Variable dependiente: reducción de la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

**R:** Relación que existe entre las variables sometidas a estudio.

### 3.2. Población y muestra

La investigación conto con una población de 35 personas entre: Fiscales provinciales y adjuntos, Jueces y especialistas de Juzgados de investigación preparatoria, Jueces Penales, y egresados del doctorado en Derecho de la Escuela Universitaria de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal y Abogados.

La muestra obtenida siguiendo los lineamientos del muestreo no probabilístico y la siguiente fórmula, se sacó la muestra formada por 32 personas cuya composición se consignó en la tabla 3:

$$n = \frac{(p \cdot q) Z^2 N}{e^2 N - 1 + (p \cdot q) Z^2}$$

En la cual:

**N** = Tamaño de la muestra

**p, q** = Probabilidad de la población estándar, no comprendida en la muestra. Se le asigna a cada una el valor de 0.5.

**Z** = Unidades de desviación estándar con una probabilidad de error de 0.05, es decir, el intervalo de confianza de 95% en la estimación de la muestra, el valor asignado a  $Z = 1.96$ .

**N** = Total de la población: 35 personas

**EE** = Error estándar de estimación, fijado en 5.00%.

**Sustituyendo:**

$$n = (0.5 \times 0.5 \times (1.96)^2 \times 35) / (((0.05)^2 \times 35) + (0.5 \times 0.5 \times (1.96)^2))$$

$$n = 32$$

**Tabla 3***Composición de la muestra*

<b>PERSONA</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>%</b>
Fiscales provinciales y adjuntos	06	18.75
Jueces y especialistas de juzgados de investigación preparatoria	05	15.62
Jueces y especialistas de juzgados penales	08	25.00
Egresados de Derecho en Derecho EUPG UNFV	04	12.50
Abogados	09	28.12
<b>TOTAL</b>	<b>32</b>	<b>99.99</b>

*Nota.* Elaboración propia**3.3. Operacionalización de variables****Tabla 4***Operacionalización de variable independiente y dependiente*

<b>VARIABLE</b>	<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>INDICADORES</b>
<b>INDEPENDIENTE</b>  <b>X. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD</b>	Método de interpretación constitucional para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales o, conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional.	Medición en la encuesta	X.1. Test de proporcionalidad. X.2. Subprincipio de idoneidad. X.3. Subprincipio de necesidad. X.4. Subprincipio de proporcionalidad en sentido contrario.
<b>DEPENDIENTE</b>  <b>Y. PENA POR USURPACIÓN AGRAVADA POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL</b>	Sanción impuesta al hallado responsable de la comisión de usurpación agravada menor a cinco años de pena privativa de la libertad prevista en el artículo 204 del Código Penal.	Medición en la encuesta	Y.1. Conducta no afecta el bien jurídico vida o integridad personal. Y.2. No constituye tráfico de terrenos. Y.3. Delincuente primario. Y.4. Pena suspendida.

*Nota.* Elaboración propia.

### **3.4. Instrumento**

*El cuestionario:* conjunto de interrogantes preparado por el autor para saber la opinión de las personas que conforman la muestra sobre las variables del estudio: Principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal; así como respecto a las hipótesis.

### **3.5. Procedimientos**

Los métodos del que se valió el investigador fueron los propios del ámbito jurídico.

*Exegético.* Facilito saber cómo han sido tipificadas las variables del estudio principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal por la Constitución Política y la Ley.

*Histórico.* Facilito saber cómo han variado en el decurso del tiempo las variables principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal.

*Sistemático:* Facilito saber la forma como las variables del estudio principio de proporcionalidad y pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal se relacionan con las normas de ordenamiento jurídico nacional.

### **3.6. Análisis de datos**

Los datos obtenidos en la encuesta se examinaron a través del programa SPSS cuyos resultados se presentaron en tablas y gráficos.

## IV. RESULTADOS

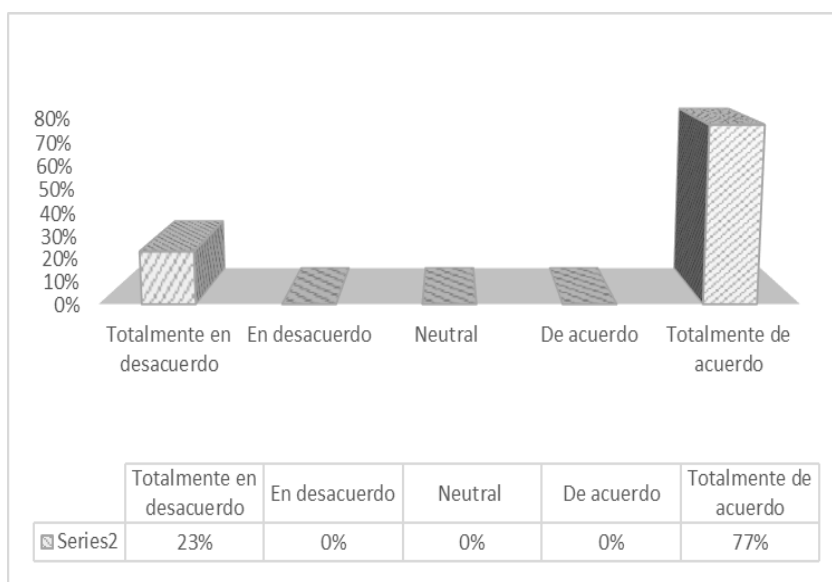
### 4.1. Análisis de la encuesta

En este apartado presentamos los resultados de la encuesta, los cuales fueron procesados utilizando el software estadístico SPSS para poder ingresar los datos y obtener los resultados esperados.

¿Concuerda con que el test de proporcionalidad permite el análisis de una medida que afecta los derechos fundamentales?

#### Figura 1

*El test de proporcionalidad*



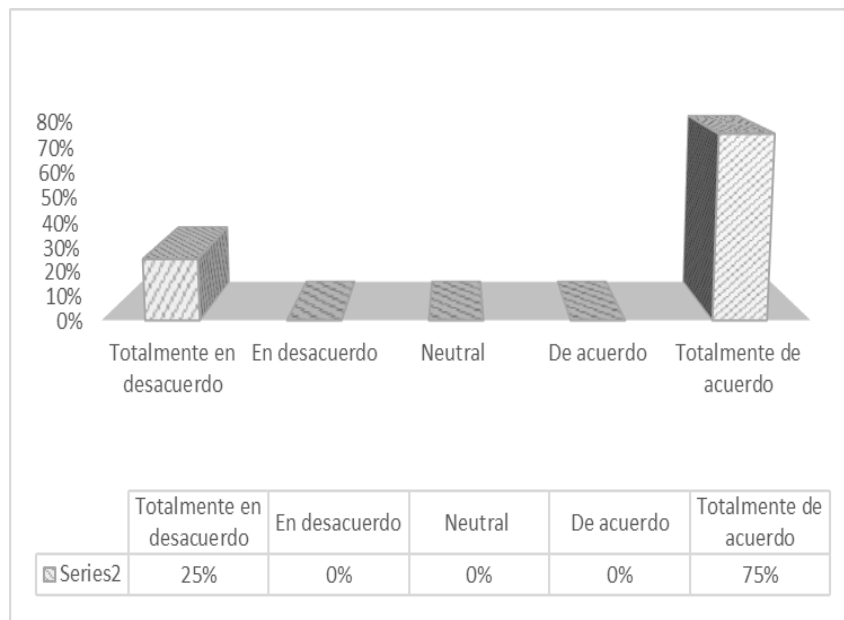
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 1 muestra que el 77% de las personas que participaron en el sondeo concordó con que, el test de proporcionalidad permite el análisis de una medida que afecta los derechos fundamentales, en comparación con el 23% que no concordó con ello. Hecho demostrativo de un buen conocimiento de la naturaleza de test de proporcionalidad a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo con que el test de proporcionalidad se materializa a través de los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?

**Figura 2**

*Subprincipios que materializan el test de proporcionalidad*



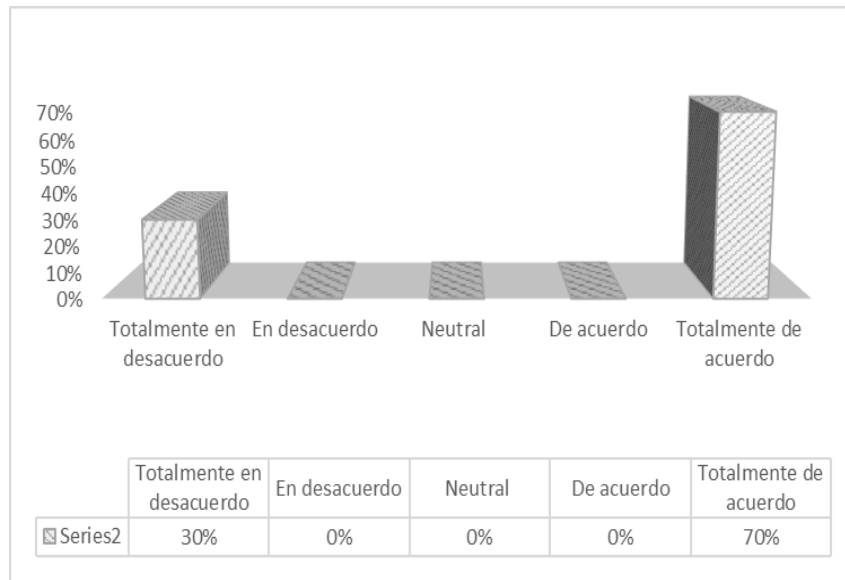
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 2 muestra que el 75% de las personas que participaron en el sondeo estuvo de acuerdo con que el test de proporcionalidad se materializa a través de los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en comparación con el 25% que no estuvo de acuerdo con ello. Hecho demostrativo del conocimiento sobre los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo el análisis de un subprincipio se encuentra subordinado a que el anterior haya sido superado?

### Figura 3

*Análisis de los subprincipios subordinado a la superación del anterior*



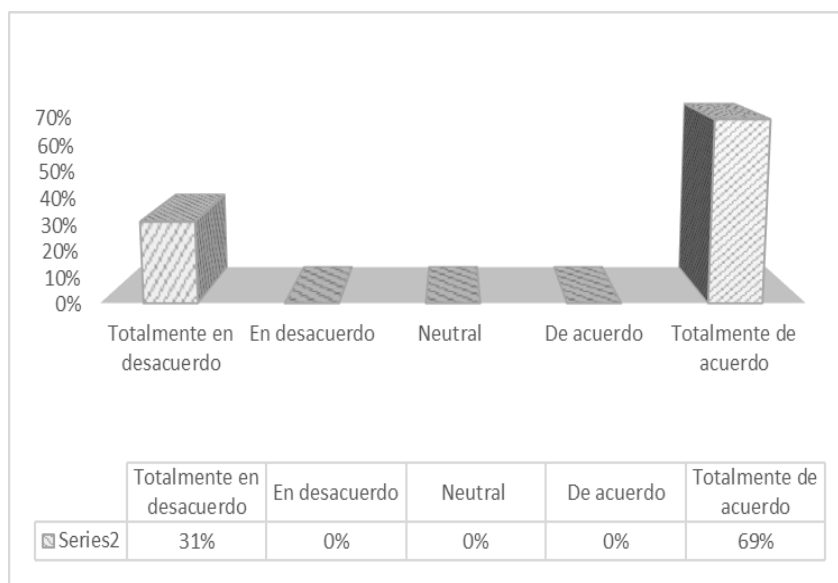
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 3 muestra que el 70% de las personas que participaron en el sondeo estuvo de acuerdo con que el análisis de un subprincipio se encuentra subordinado a que el anterior haya sido superado, en comparación con el 30% que no estuvo de acuerdo con ello. Hecho demostrativo del conocimiento que se tiene respecto al procedimiento que se sigue para aplicar el test de proporcionalidad a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda con que a través subprincipio de idoneidad se establece si la limitación en el derecho es adecuada para la finalidad que pretende salvaguardar?

**Figura 4**

*Subprincipio de idoneidad*



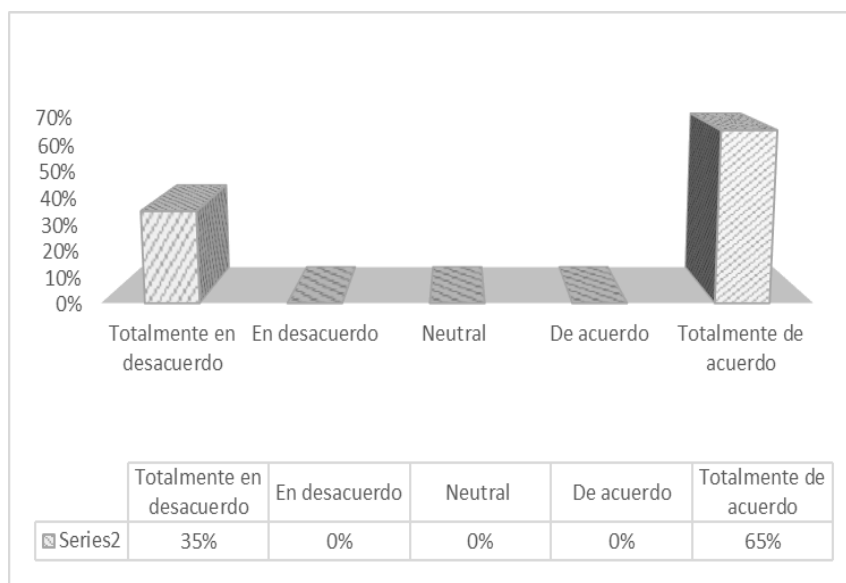
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 4 muestra que el 69% de las personas que participaron en el sondeo concordó con que a través subprincipio de idoneidad se establece si la limitación en el derecho es adecuada para la finalidad que pretende salvaguardar, en comparación con el 31% que no concordó con ello. Hecho demostrativo de que las personas identifican el subprincipio de idoneidad a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo con que a través del subprincipio de necesidad se establece si existen medios alternativos al adoptado para restringir el derecho y lograr la misma finalidad?

**Figura 5**

*Subprincipio de necesidad*



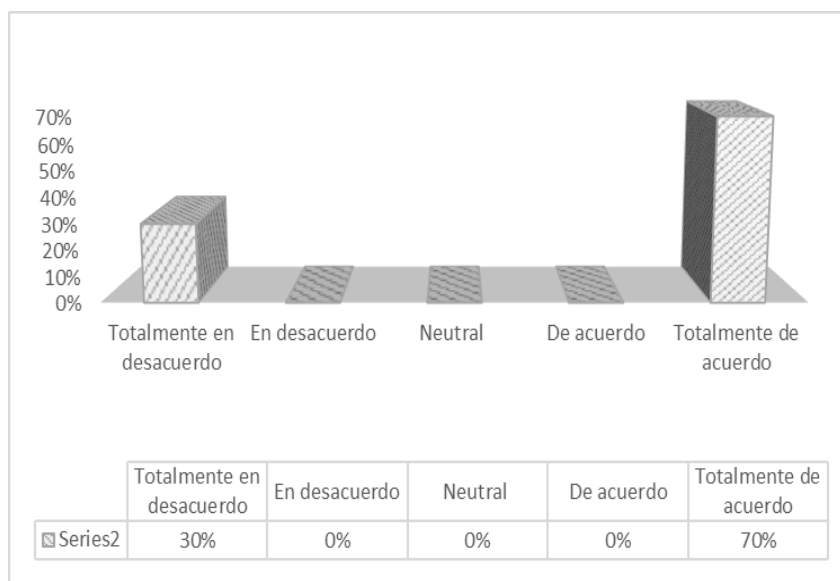
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 5 muestra que el 65% de las personas que participaron en el sondeo estuvo de acuerdo con que a través del subprincipio de necesidad se establece si existen medios alternativos al adoptado para restringir el derecho y lograr la misma finalidad, en comparación con el 35% que no estuvo de acuerdo con ello. Hecho demostrativo de que las personas, tienen menos conocimiento del subprincipio de necesidad que del de idoneidad la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda con qué través del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se establece que cuanto mayor es el grado de la afectación o limitación de un derecho fundamental, mayor tiene que ser la satisfacción del otro?

**Figura 6**

*Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*



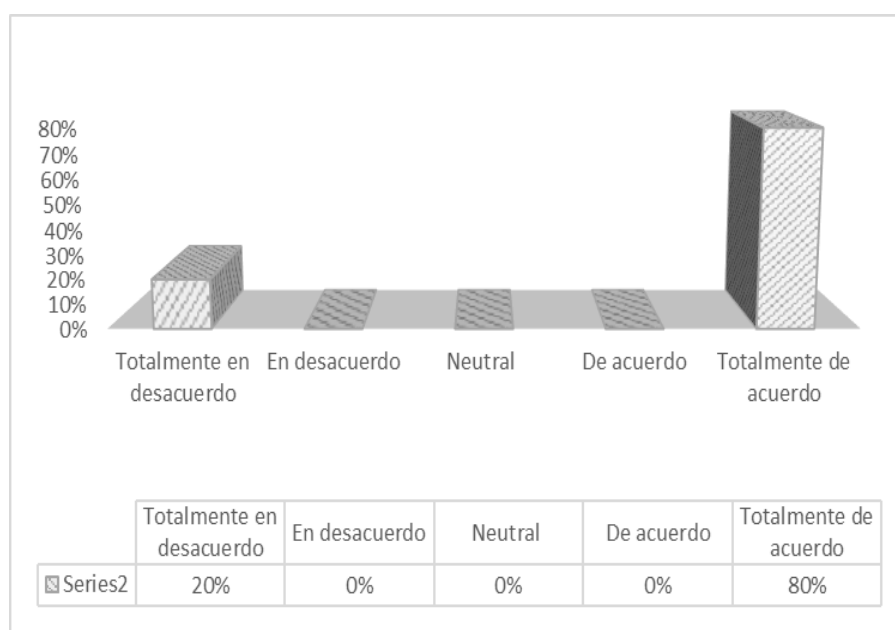
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 6 muestra que el 65% de las personas que participaron en el sondeo concordaron con que, través del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se establece que cuanto mayor es el grado de la afectación o limitación de un derecho fundamental, mayor tiene que ser la satisfacción del otro, en comparación con el 30% que no concordó con ello. Hecho demostrativo de que las personas, tienen una mejor comprensión del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación que del de necesidad e idoneidad a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Sabía Ud. que en ciertas circunstancias el Juez Penal puede reducir la pena a imponer por debajo del mínimo legal?

### Figura 7

*Reducción de la pena por debajo del mínimo legal*



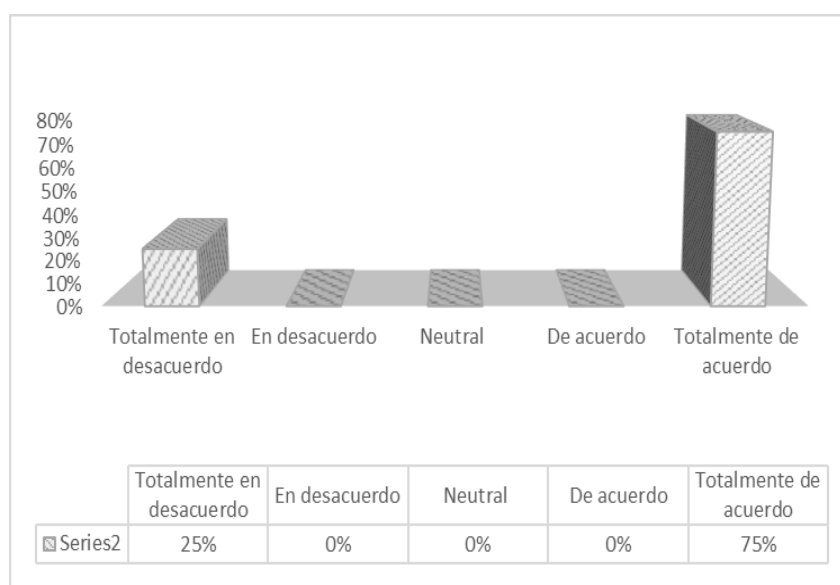
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 7 muestra que el 80% de las personas que participaron en el sondeo aceptaron saber que en ciertas circunstancias el Juez Penal puede reducir la pena a imponer por debajo del mínimo legal en comparación con el 20% que no lo sabía. Hecho demostrativo de que las personas, conocen que en la legislación penal peruana el Juez está facultado para imponer una pena por debajo del mínimo establecido en el tipo penal correspondiente a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda con que la pena por usurpación agravada se puede reducir por debajo del mínimo legal cuando la conducta del agente no ha afectado la vida o la integridad física del agraviado?

### Figura 8

*Reducción de la pena en usurpación agravada por no atender contra la vida e integridad física*



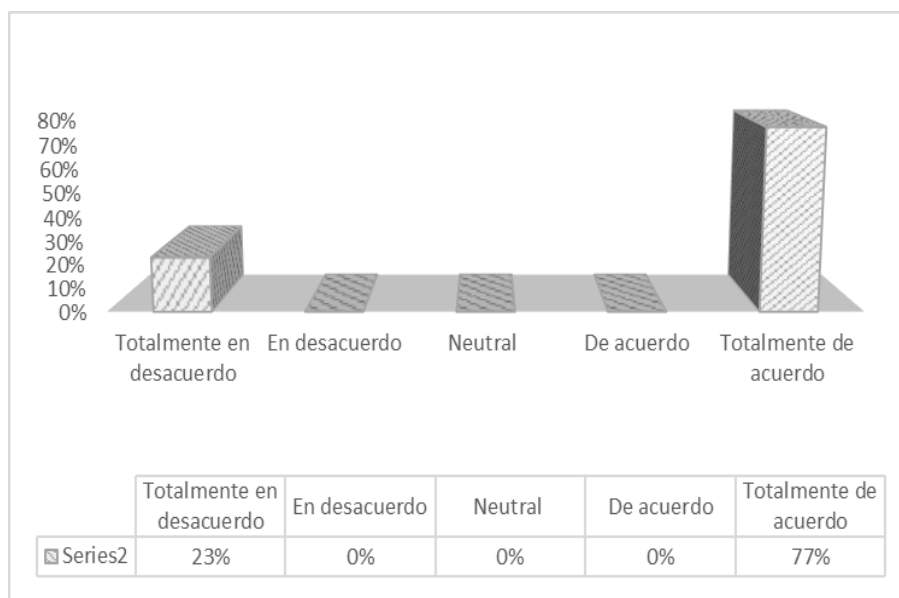
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 8 muestra que el 75% de las personas que participaron en el sondeo concordaron con que la pena por usurpación agravada se puede reducir por debajo del mínimo legal cuando la conducta del agente no ha afectado la vida o la integridad física del agraviado, en comparación con el 25% que no concordó. Hecho demostrativo de que las personas, que las personas aceptan la posibilidad de reducir la pena en usurpación agravada porque la conducta no afecto la vida o integridad física de la víctima, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo que otra de las causas para reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal es que la conducta del agente no constituye tráfico de terrenos?

### Figura 9

*Reducción de la pena en usurpación agravada por no constituir tráfico de terrenos*



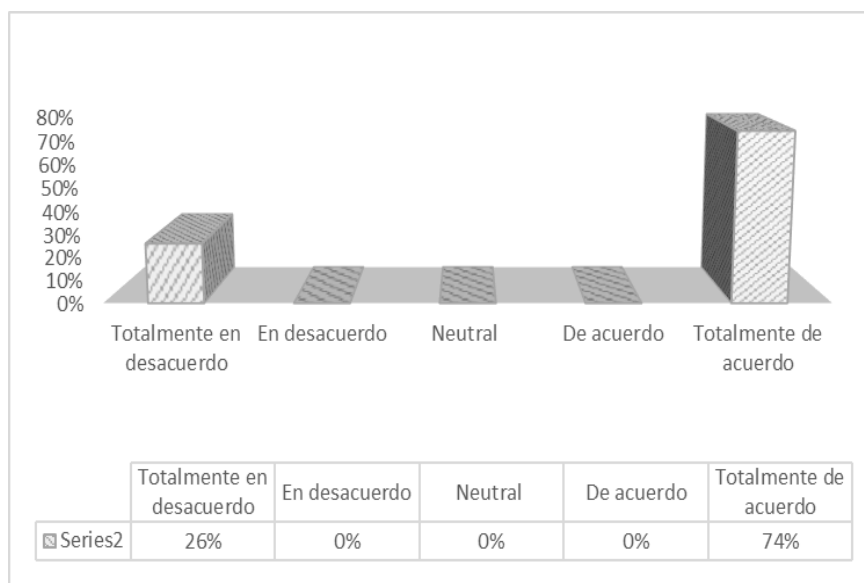
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 9 muestra que el 77% de las personas que participaron en el sondeo estuvieron de acuerdo con que, otra de las causas para reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal es que la conducta del agente no constituye tráfico de terrenos, en comparación con el 23% que no concordó. Hecho demostrativo de que las personas, aceptan la posibilidad de reducir la pena en usurpación agravada porque la conducta no del agente no es constitutiva de tráfico de terrenos, es decir es aislada y por decirlo de alguna manera “ocasional”, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda que se puede reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario?

**Figura 10**

*Reducción de la pena en usurpación agravada por que el autor es delincuente primario*



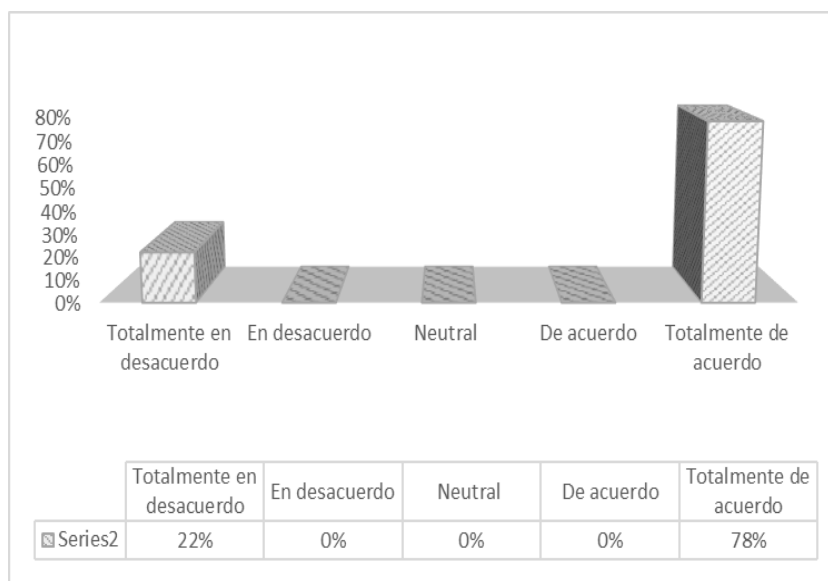
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 10 muestra que el 74% de las personas que participaron en el sondeo concordaron con que, se puede reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario, en comparación con el 26% que no concordó. Este hecho es demostrativo de que las personas están de acuerdo pues, implica dar otra oportunidad a quien delinque por primera vez, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo con que la finalidad de reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario fijarla en 4 años o menos para que sea suspendida?

**Figura 11**

*Finalidad de la reducción en la pena por usurpación agravada*



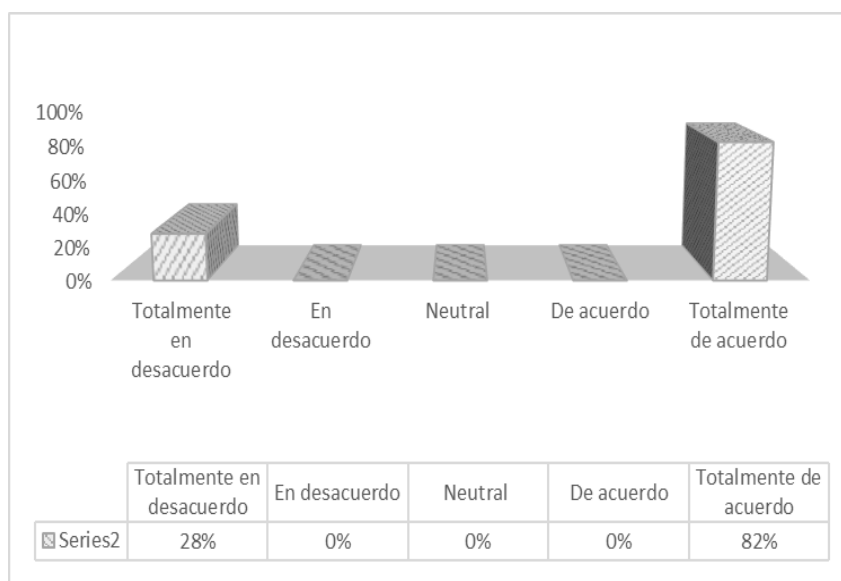
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 11 muestra que el 78% de las personas que participaron en el sondeo estuvieron de acuerdo con que, la finalidad de reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario fijarla en 4 años o menos para que sea suspendida, en comparación con el 22% que no estuvo de acuerdo. Este hecho es demostrativo de que la reducción de la pena no persigue impunidad, sino que la persona no cumpla prisión preventiva, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda con que el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?

### Figura 12

*Aplicación del test de proporcionalidad para reducir la pena en usurpación agravada por debajo del mínimo legal*



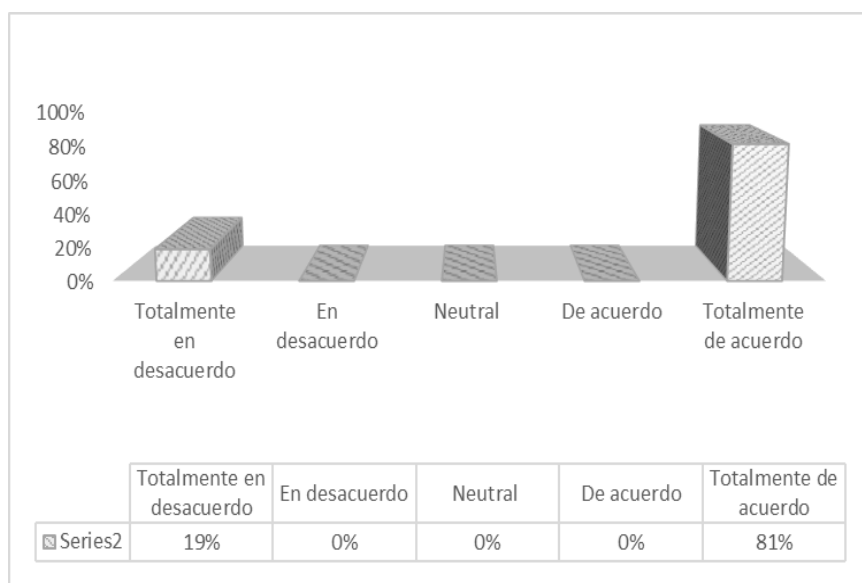
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 12 muestra que el 82% de las personas que participaron en el sondeo concordaron con que, el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en comparación con el 22% que no concordó. Este hecho es demostrativo del conocimiento que se tiene sobre la conformación del test de proporcionalidad, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo con que en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos?

**Figura 13**

*Aplicación del sub principio de idoneidad para reducción de pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal*



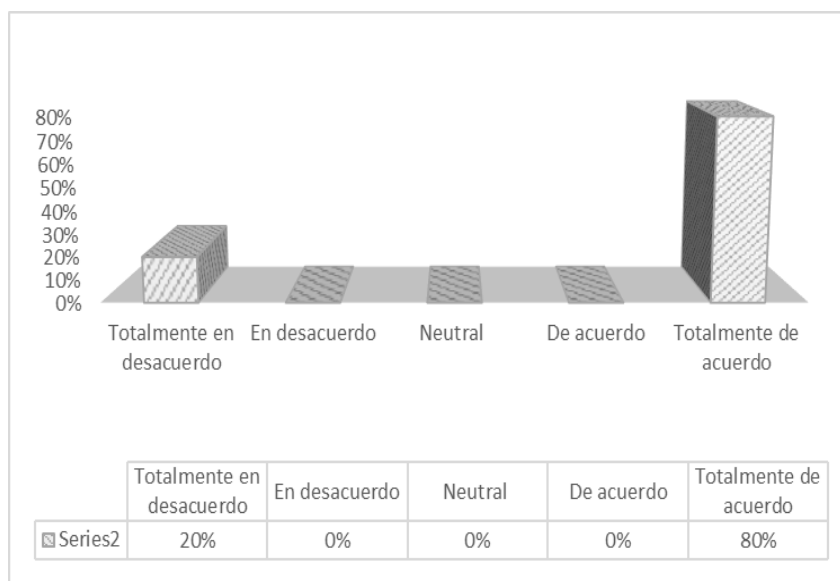
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 13 muestra que el 81% de las personas sondeadas concordaron con que, en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos, en comparación con el 19% que no concordó. Este hecho es demostrativo de que se conoce la finalidad que se propuso al incrementar la pena a la usurpación agravada, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Concuerda con que en el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto constituye en la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos?

**Figura 14**

*Pena privativa de la libertad conveniente para reducir tráfico de terrenos*



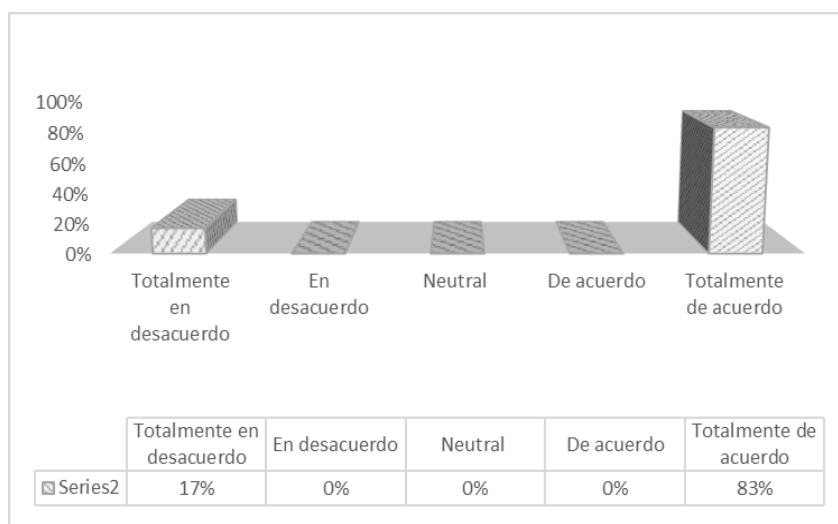
*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 14 muestra que el 80% de las personas sondeadas concordaron con que, en el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos, en comparación con el 20% que no concordó. Este hecho es demostrativo de que al ser privativa de la libertad la pena mínima en la usurpación agrava se logra que el autor no reincida y se someta al proceso de resocialización, a la vez que, avala el tipo de investigación ejecutada.

¿Está de acuerdo con que en el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida inconveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos?

### Figura 15

*Por las circunstancias del hecho la prisión preventiva de una persona que incurre en usurpación agravada no contribuye a reducir el tráfico de terrenos*



*Nota.* Elaboración propia, fuente encuesta.

**Examen:** La figura 15 muestra que el 83% de las personas sondeadas estuvieron de acuerdo con que, en el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida inconveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos, en comparación con el 17% que no concordó. Este hecho es demostrativo de que el Juez puede imponer una pena por debajo del mínimo legal en los casos que vea que no se trata de traficantes de terrenos, avala el tipo de investigación ejecutada.

## 4.2. Contrastación de la hipótesis

La contrastación de las hipótesis del estudio está orientada a validarlas, para tal efecto existen varios métodos estadísticos dentro de los cuales el investigador se valió del Chi-cuadrado así:

### Contrastación de la hipótesis general

**Hipótesis alternativa (H<sub>1</sub>):** El Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

**Hipótesis nula (H<sub>0</sub>):** El Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### Tabla 5

*Tabla frecuencias observadas hipótesis general*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	26	06	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	26	06	32
<b>TOTALES</b>	26	06	32

*Nota.* Elaboración propia.

### Tabla 6

*Tabla frecuencias esperadas hipótesis general*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
------------------	------------------------------	---------------------------------	--------------

Principio de proporcionalidad.	28	04	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	28	04	32
<b>TOTALES</b>	28	04	32

*Nota.* Elaboración propia.

### **Procedimiento de contrastación empleado:**

- 1) Supuestos: La muestra fue aleatoria simple, constituida por 32 personas
- 2) Estadística de contrastación empleada:

$$\begin{aligned}
 X^2 &= \sum \frac{(\text{Observed frequencies} - \text{Expected frequencies})^2}{\text{Expected frequencies}} \\
 &= \sum \frac{(F_o - F_e)^2}{F_e}
 \end{aligned}$$

- 3) Regla de decisión: negar la hipótesis nula ( $H_0$ ) si  $X^2$  es mayor o igual a 0.05 = 5.00% es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$

- 4) Resultado de obtenido aplicar la fórmula de la estadística de contrastación:

$$X^2 = ((26-28)^2) / 28 = 0,166$$

- 5) Resolución estadística: por cuanto 16,66 % > 5.00%, se niega la hipótesis  $H_0$  y se ratifica  $H_1$ .

- 6) Conclusión: Se ratifica que el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### **Contrastación de la hipótesis específica 1**

**Hipótesis alternativa ( $H_1$ ):** En el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos.

**Hipótesis nula (H<sub>0</sub>):** En el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, NO conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos.

**Tabla 7**

*Tabla frecuencias observadas hipótesis específica 1*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	26	06	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	26	06	32
<b>TOTALES</b>	26	06	32

*Nota.* Elaboración propia.

**Tabla 8**

*Tabla frecuencias esperadas hipótesis específica 1*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	27	05	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	27	05	32
<b>TOTALES</b>	27	05	32

*Nota.* Elaboración propia.

**Procedimiento de contrastación empleado:**

- 1) Supuestos: La muestra fue aleatoria simple, constituida por 32 personas
- 2) Estadística de contrastación empleada:

$$\begin{aligned}
 X^2 &= \sum \frac{(\text{Observed frequencies} - \text{Expected frequencies})^2}{\text{Expected frequencies}} \\
 &= \sum \frac{(F_o - F_e)^2}{F_e}
 \end{aligned}$$

3) Regla de decisión: negar la hipótesis nula ( $H_0$ ) si  $X^2$  es mayor o igual a  $0.05 = 5.00\%$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$

4) Resultado de obtenido aplicar la fórmula de la estadística de contrastación:

$$X^2 = ((25-27)^2) / 27 = 0,148$$

5) Resolución estadística: por cuanto  $14,81 \% > 5.00\%$ , se niega la hipótesis  $H_0$  y se ratifica  $H_1$ .

6) Conclusión: Se ratifica que en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos.

### **Contrastación de la hipótesis específica 2**

**Hipótesis alternativa ( $H_1$ ):** En el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

**Hipótesis nula ( $H_0$ ):** En el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, NO constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

### **Tabla 9**

*Tabla frecuencias observadas hipótesis específica 2*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	23	09	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	23	09	32

<b>TOTALES</b>	23	09	32
----------------	----	----	----

*Nota.* Elaboración propia.

### **Tabla 10**

*Tabla frecuencias esperadas hipótesis específica 2*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	27	05	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	27	05	32
<b>TOTALES</b>	27	05	32

*Nota.* Elaboración propia.

#### **Procedimiento de contrastación empleado:**

- 1) Supuestos: La muestra fue aleatoria simple, constituida por 32 personas
- 2) Estadística de contrastación empleada:

$$\begin{aligned}
 X^2 &= \sum \frac{(\text{Observed frequencies} - \text{Expected frequencies})^2}{\text{Expected frequencies}} \\
 &= \sum \frac{(F_o - F_e)^2}{F_e}
 \end{aligned}$$

- 3) Regla de decisión: negar la hipótesis nula ( $H_0$ ) si  $X^2$  es mayor o igual a 0.05 = 5.00% es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$

- 4) Resultado de obtenido aplicar la fórmula de la estadística de contrastación:

$$X^2 = ((23-27)^2) / 29 = 0,59$$

- 5) Resolución estadística: por cuanto  $59,25\% > 5.00\%$ , se niega la hipótesis  $H_0$  y se ratifica  $H_1$ .

- 6) Conclusión: Se ratifica que en el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso

concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

### Contrastación de la hipótesis específica 3

**Hipótesis alternativa (H<sub>1</sub>):** En el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

**Hipótesis nula (H<sub>0</sub>):** En el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada NO es una medida conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

#### Tabla 11

*Tabla frecuencias observadas hipótesis específica 3*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	27	05	32
Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	27	05	32
<b>TOTALES</b>	27	05	32

*Nota.* Elaboración propia.

#### Tabla 12

*Tabla frecuencias esperadas hipótesis específica 3*

<b>Variables</b>	<b>Totalmente de acuerdo</b>	<b>Totalmente en desacuerdo</b>	<b>Total</b>
Principio de proporcionalidad.	29	03	32

Pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.	29	03	32
<b>TOTALES</b>	29	03	32

*Nota.* Elaboración propia.

**Procedimiento de contrastación empleado:**

- 1) Supuestos: La muestra fue aleatoria simple, constituida por 32 personas
- 2) Estadística de contrastación empleada:

$$\begin{aligned}
 X^2 &= \sum \frac{(\text{Observed frequencies} - \text{Expected frequencies})^2}{\text{Expected frequencies}} \\
 &= \sum \frac{(F_o - F_e)^2}{F_e}
 \end{aligned}$$

- 3) Regla de decisión: negar la hipótesis nula ( $H_0$ ) si  $X^2$  es mayor o igual a  $0.05 = 5.00\%$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$

- 4) Resultado de obtenido aplicar la fórmula de la estadística de contrastación:

$$X^2 = ((27-29)^2) / 29 = 0,137$$

- 5) Resolución estadística: por cuanto  $13.79\% > 5.00\%$ , se niega la hipótesis  $H_0$  y se ratifica  $H_1$ .

- 6) Conclusión: se ratifica que en el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

## V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

### 5.1. Alcanzados en la encuesta

La encuesta y la contratación de las hipótesis arrojaron los siguientes resultados

#### *i) Respecto a la hipótesis general*

La encuesta dio a conocer que el 82% de las personas que participaron en el sondeo concordaron con que, el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La contrastación permitió ratificarla, pues el valor  $X^2 = 14,81\%$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$  de acuerdo a lo establecido en la regla de decisión. En consecuencia, se ratificó que el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal debe analizar el principio de proporcionalidad a través del test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Este resultado es similar a la conclusión presentada por: Blanco (2021), en su investigación, pues conforme a su posición el principio de proporcionalidad con subprincipios idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y finalidad lícita de la restricción, esta último propia de la jurisprudencia española, está vinculado a con la restricción de Derechos Fundamentales por lo que resulta aplicable como principio al Derecho Penal al ser el área del Derecho en el que más Derechos Fundamentales se restringen, en especial el Derecho a la libertad personal; y, por Morales (2021), quien examinando la prisión preventiva precisa que el Magistrado al imponerla debe observar el principio de proporcionalidad analizando el caso concreto a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues dentro de ella subyace una colisión de derechos que debe ser resuelta de forma lícita, justa y con observancia de los

Derechos Fundamentales. En la doctrina, coincide con lo explicado por Alexy (2011). “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización”. (p. 76). A nivel jurisprudencial, este criterio, lo posee el Tribunal Constitucional peruano al sostener reiteradamente en su jurisprudencia que, el test de proporcionalidad comprende “tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto”. (Expediente N° 579-2008-PA/TC Lambayeque, fd. 25, 2008), y además que, la decisión que vulnera Derechos Fundamentales debe ser analizada a la luz de estos subprincipios.

***ii) Respecto a la hipótesis específica 1***

La encuesta dio a conocer que el 81% de las personas sondeadas concordaron con que, en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada en el caso concreto, es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos. La contrastación permitió ratificarla, pues el valor de  $X^2 = 16,66\%$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$  de acuerdo a lo establecido en la regla de decisión. En consecuencia, se ratificó que el análisis del subprincipio de idoneidad demuestra que la pena mínima legal prevista la usurpación agravada resulta conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por de traficantes de terrenos.

Este resultado no se pudo comparado con el presentado en otras investigaciones, pues no se ubicó una en el que se haya abordado y desarrollado este subprincipio, no obstante, coincide con los manifestado en forma reiterativa, por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia al precisar que la decisión que restringe derechos debe superar el juicio o análisis de “idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente

o adecuada a la finalidad que se busca tutelar”. (Expediente N° 579-2008-PA/TC Lambayeque, fd. 25, 2008).

***iii) Respecto a la hipótesis específica 2***

La encuesta dio a conocer que el 80% de las personas sondeadas concordaron con que, en el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos. La contrastación permitió ratificarla, pues el valor de  $X^2 = 59,25\%$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$  de acuerdo a lo establecido en la regla de decisión. En consecuencia, se ratificó que el análisis del subprincipio de necesidad demuestra que la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

Este resultado, no pudo ser comparado con el presentado en otra investigación pues de la manera como se ha planteado no ha sido examinado en las investigaciones ubicadas, no obstante, se condice con lo planteado por el Tribunal Constitucional al precisar que, superado el análisis del subprincipio de idoneidad, la medida restrictiva de los Derechos Fundamentales debe afrontar el juicio de la necesidad, que implica “verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador” (Expediente N° 579-2008-PA/TC Lambayeque, fd. 25, 2008), se efectúa un examen de medio a medio, esto es, se cotejan los medios: primero: el empleado para limitar el derecho fundamental; y, el que se hubiese podido emplear para lograr el fin propuesto.

***iv) Respecto a la hipótesis específica 3***

La encuesta dio a conocer que el 83% de las personas sondeadas estuvieron de acuerdo con que, en el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la

persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida inconveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos. La contrastación permitió ratificarla, pues el valor de  $X^2 = 13.79$  es decir,  $X^2 = \geq 0.05 = 5.00\%$  de acuerdo a lo establecido en la regla de decisión. En consecuencia, se ratificó que el análisis del subprincipio de necesidad demuestra que la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos.

Este resultado, no pudo ser comparado con el presentado en otra investigación pues de la manera como se ha planteado no ha sido examinado en las investigaciones ubicadas, sin embargo, a nivel doctrinal corresponde con el postulado esencial de la Ley de la ponderación propuesta por Alexy (1993), de acuerdo con la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (p. 162) y que es recogida textualmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *verbi gratia* en el Expediente N° 579-2008-PA/TC Lambayeque, en su fundamento 25 (2008).

## VI. CONCLUSIONES

Las conclusiones de la investigación son:

6.1. Debido a que el principio de proporcionalidad constituye una metodología de interpretación constitucional que, a través de la aplicación de test de proporcionalidad, permite establecer en situaciones de derechos en conflicto, el derecho que predomina respecto de otro (s). Se debe tener presente que, su alcance no es general, sino que proporciona una solución para un determinado evento en que están en conflicto Derechos Fundamentales, de manera que, en una situación similar, puede que el derecho que prevaleció en la primera ya no prevalezca en la segunda.

6.2. El Juez Penal con fundamento en lo normado por el inciso final del artículo 200 de la Constitución Política, analizando las circunstancias en que se ha cometido un delito de usurpación agravada a la luz del test de proporcionalidad, es decir, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; puede imponer una pena por debajo del mínimo legal, al considerar que de imponerse la pena mínima legal o fijada en el tipo penal resulta desproporcionada para el condenado, al entrar en conflicto su derecho a la libertad personal y la finalidad de reducir el tráfico de terrenos perseguida por la norma.

6.3. El Juez penal debe analizar de manera conjunta el subprincipio de idoneidad y el de necesidad, dado que le imponen examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada es adecuada, cuantitativa y cualitativamente para reducir el tráfico de terrenos, en el caso en estudio, lo que lo lleva a concluir que, en el caso particular someter al condenado a una pena privativa de la libertad efectiva por el lapso de cinco (5) años, no contribuiría con la reducción del tráfico de terrenos pues no se ha probado que la persona condenada se valga de la usurpación para traficar con terrenos, por el contrario, se ha demostrado que se dedica a actividades lícitas y puede cumplir con la sanción impuesta a través de una pena suspendida cumpliendo con reglas de conducta.

6.4. En el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe sustentar porque, imponer una pena privativa de la libertad a la persona que cometió el delito de usurpación agravada resulta ser una medida baja para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos como se pretende con la norma. Es decir, en el caso concreto esta pena resultaría desproporcionada, esto es más perjudicial para el condenado al haberse establecido que: es una persona que no ha sido condenada ni denunciada por cometer hechos similares, cuya conducta no atentó contra bienes jurídicos graves como la vida o integridad personal del perjudicado, en la ejecución de la conducta no se emplearon ningún tipo de armas, etc.

6.5. El Juez Penal al considerar que la pena mínima prevista en la usurpación agravada es desproporcional, es decir, no supera el test de proporcionalidad e imponer una pena por debajo del mínimo legal al condenado se propone solucionar el conflicto existente haciendo prevalecer el derecho a la libertad personal del condenado imponiéndole una pena suspendida, es decir de 4 años o menos.

## **VII. RECOMENDACIONES**

7.1. Se hace necesario que el presidente del poder judicial, mediante circular disponga que los Jueces, al momento de imponer la pena apliquen el test de proporcionalidad, afin de establecer si esta resulta proporcional a la conducta cometida y a las condiciones personales del condenado.

7.2. Es conveniente que el Congreso de la Republica a través de una Ley, modifique el articulo VIII del título preliminar del Código Penal, incorporando un inciso inicial en que se establezca al principio de proporcionalidad como rector del proceso penal, de manera que el mismo tenga operatividad en todas las etapas del proceso y no únicamente al momento de imponer la pena. En este sentido el articulo VIII

### VIII. REFERENCIAS

- Alcalde, C. (2017). “*El delito de usurpación y la sanción en la legislación penal en el Perú*”. [Tesis de Maestría, Universidad Inca Garcilaso de la Vega].  
<https://repositorio.uigv.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/36fe3738-f3f7-4cdb-a5f6-819274a25cc5/content>
- Alexy, R. (1985). *Theorie der grundrechte (Teoría de los derechos fundamentales)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Coord.) *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad* (pp. 1-16). Editorial Porrúa
- Beatty, D. (2005). *The Ultimate Rule of Law*. Editorial Oxford University Press.
- Blanco, A. (2021). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (74), 707-734.  
<https://vlex.es/vid/jurisprudencia-tribunal-constitucional-espanol-904856168>
- Calderón A. y Choclan J. (2001). *Derecho Penal: Parte General*. (2ª ed.). Editorial Bosch.
- Caminos, P. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, 8(13), 51-74.  
<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65>
- Carrara, F. (1997). *Programa de derecho criminal. Parte especial*. (2ª ed.). Editorial Ariel.
- Castillo, W. (2018). “*La proporcionalidad en la prisión preventiva*”. [Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Federico Villarreal].

<https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/2825/CASTILLO%20DAVILA%20WILLIAM%20PACO%20ANTENOR%20-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984. (Perú).

[https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf)

Código Penal (1991). Decreto Legislativo N° 635. Ley que aprueba el Texto del Código Penal, 04 de abril de 1991 (Perú).

<https://iuslatin.pe/actualizado-codigo-penal-decreto-legislativo-n-635/>

Código Penal (1996). Ley orgánica 10/1995. Ley del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española, 02 de marzo de 1996 (España).

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Constitución Política del Perú [Const]. 29 de diciembre de 1993.

<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación 259-2013 - Tumbes. (22 de abril de 2014).

<https://lpderecho.pe/tag/casacion-259-2013-tumbes/>

Decreto Legislativo N° 1187. Ley que establece las normas, las medidas de prevención y sanciones contra la violencia en la actividad de construcción civil. (16 de agosto de 2015).

<https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/292298-1187>

Decreto Ley N° 25475 – Ley que establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio. (06 de mayo de 1992).

[https://idehpucp.pucp.edu.pe › terr\\_d\\_ley\\_25475.pdf](https://idehpucp.pucp.edu.pe › terr_d_ley_25475.pdf)

Decreto Ley N° 25659 – Regulan el delito de traición a la patria. (13 de agosto de 1992).

<http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Dec Ley 25659.pdf>

Decreto Ley N° 25708 – Normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la Patria. (02 de setiembre de 1992).

<https://peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25708-sep-2-1992/gdoc/>

Decreto Ley N° 25880 – Ley que consideran como autor de delito de traición a la Patria al que, valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo. (18 de noviembre de 1992).

Díez, L. y Gullón, A. (2002). *Sistema de derecho civil*. (10ª ed.). Editorial Tecnos.

Expediente N° 0008-2003-AI/TC- Lima. (11 de noviembre de 2003). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI Aclaracion.pdf>

Expediente N° 010-2002-AI/TC – Lima. (06 de enero de 2003). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI Resolucion.html>

Expediente N° 0016-2002-AI/TC- Junin. (30 de abril de 2003). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://tc.gob.pe › jurisprudencia/2003/00016-2002-ai.pdf>

Expediente N° 045-2004- PI/TC- Lima. (29 de octubre de 2005). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

Expediente N° 00027-2006- PI/TC- Ica. (21 de noviembre de 2007). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>

Expediente N° 00048-2004- PI/TC- Lima. (01 de abril de 2005). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Expediente N° 579-2008- PA/TC- Lambayeque. (05 de junio de 2008). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Expediente N° 1209-2006- PA/TC- Lima. (04 de marzo de 2006). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf>

Fontán, C. (2010). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Abeledo Perrot.

Grández, P. (2009). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano.

*Portaldeperiodicos.IDP*

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/394/268>

Jescheck, H. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Editorial Comare

Kant, I. (1946). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Colección Austral.

Kant, I. (1988). *Crítica de la razón pura*. (Trad. P., Ribas) Ediciones Alfaguara.

Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. (2ª ed.). Editorial TECNOS.

Ley N° 28027 – Ley de la actividad empresarial de la industria azucarera. (15 de setiembre de 2003). Congreso de la República del Perú.

<https://mef.gob.pe/en/por-instrumento/decreto-supremo/3713-d-s-n-127-2003-ef> › file

Ley N° 30076 – 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. (19 de agosto de 2013). Congreso de la República del Perú.

<https://www.leyes.congreso.gob.pe/leyes/30076.pdf>

Ley N° 30327 – Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. (20 de mayo de 2015). Congreso de la República del Perú.

<https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-30327.pdf>

Ley N° 30556 – Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción de Cambios. (29 de abril de 2017). Congreso de la República del Perú.

[https://www.gob.pe › normas-legales › 321277-30556](https://www.gob.pe/normas-legales/321277-30556)

Morales, L. (2021). *“Inobservancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, en las instrucciones fiscales iniciadas por el tipo penal de robo con fuerza en las cosas, en la ciudad de Ibarra”*. [Tesis de Maestría, Universidad Técnica del Norte].

<http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/11604>

Navarro, A. (2018). *“Principio de proporcionalidad de la pena en el delito violencia y resistencia a la autoridad- agravada, establecimiento penal del Callao”*. [Tesis de Maestría, Universidad Cesar Vallejo].

<https://hdl.handle.net/20.500.12692/13988>

Peña, A. (2019). *Manual de derecho penal - Parte especial*. (1ª ed.). Editorial Distribuidora Legales.

Pinedo, E. (2018). *“El principio de proporcionalidad en la limitación a los derechos fundamentales del detenido en el nuevo Código Procesal Penal, Lima Norte 2017”*.

[Tesis de Maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal].

<https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/2606>

Prado, V., Crespo, E., Velásquez, F., Weezel, A. y Couso, J. (2015). *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacífico S.A.C.

Real Academia Española [RAE]. (2017). *Diccionario de la Lengua española*. (23ª ed.).

[versión 23.6 en línea].

<https://dle.rae.es>

Reátegui, J. (2019). *Código Penal comentado*. Editorial Legales.

Reátegui, J. y Espejo, C. (2016). *El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal peruano*. Grupo Editorial Lex y Iuris.

Recurso de Nulidad N.º 1843-2014 Ucayali. (02 de junio de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República

[https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/R.N.-1843-2014-Ucayali-](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/R.N.-1843-2014-Ucayali-Legis.pe_.pdf)

[Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/R.N.-1843-2014-Ucayali-Legis.pe_.pdf)

Recurso de Nulidad N.º 262-2015 Lima. (14 de julio de 2015). Corte Suprema de Justicia de la República

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-262-2015-](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-262-2015-Lima-LPDerecho.pdf)

[Lima-LPDerecho.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-262-2015-Lima-LPDerecho.pdf)

Recurso de Nulidad N.º 2153-2015 Lima. (16 de febrero de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2153-2015-](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2153-2015-Lima-Sur-LPDerecho.pdf)

[Lima-Sur-LPDerecho.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2153-2015-Lima-Sur-LPDerecho.pdf)

Recurso de Nulidad N.º 2573-2015 Lima. (02 de enero de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2573-2015-](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2573-2015-Lima-LPDerecho.pdf)

[Lima-LPDerecho.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Recurso-nulidad-2573-2015-Lima-LPDerecho.pdf)

Rivera, F. (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres. *Revista Digital Universitaria*,5(11) 2-6.

[https://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic\\_art81.pdf](https://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf)

Salinas, R. (2018). *Derecho penal. Parte especial*. (6ª ed.). Editorial IUSTITIA.

Sentencia 408-1997-AA/TC – La Libertad. (06 de noviembre de 1998). Tribunal Constitucional del Perú.

[https://www.tc.gob.pe › jurisprudencia › 00408-1997-AA.html](https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00408-1997-AA.html)

Serrano, M. (2019). “*Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad*”. [Tesis de Maestría, Universidad Técnica de Ambato].

<http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/29983>

Vásquez, J. (2021). “*La Aplicación el principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones administrativas producidas como resultado de la inspección laboral*”.

[Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

<http://hdl.handle.net/20.500.12404/20372>

**IX. ANEXOS:**

**Anexo A: Matriz de consistencia**

**“LA PROPOCIONALIDAD DE LA PENA POR USURPACION AGRAVADA”**

<b>PROBLEMAS</b>	<b>OBJETIVOS</b>	<b>HIPÓTESIS</b>	<b>MÉTODO</b>
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el Pp para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <p>1. ¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de idoneidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?</p> <p>2. ¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de necesidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?</p> <p>3. ¿De qué manera el Juez Penal debe analizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Señalar la manera como el Juez Penal debe analizar el Pp para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <p>1 explicar la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de idoneidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.</p> <p>2. Exponer la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de necesidad para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.</p> <p>3. Explicar la manera como el Juez Penal debe analizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal.</p>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b></p> <p>El Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el subprincipio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p><b>HIPÓTEIS ESPECÍFICAS</b></p> <p>1) En el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar que la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, no es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por personas que no son traficantes de terrenos.</p> <p>2) En el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar que la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, no constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por personas que no son traficantes de terrenos.</p> <p>3) En el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada no es una medida conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por personas que no son traficantes de terrenos.</p>	<p>Enfoque investigación: mixto                      Tipo de investigación básico                      Nivel de investigación: explicativo                      Diseño de investigación: no experimental- transaccional.                      La población: 35 personas                      La muestra 32 personas.                      Instrumento: cuestionario.                      Métodos: exegético, histórico y sistemático.                      Análisis de datos: programa SPSS, gráficos y tablas.</p>

## **Anexo B: Instrumento: encuesta**

### **Instrucciones generales**

Esta encuesta es personal y absolutamente anónima, agradezco de antemano proporcionar sus respuestas con veracidad a las diversas preguntas del cuestionario, todo lo cual permitirá tener un acercamiento científico respecto a la proporcionalidad de la pena por usurpación agravada.

Al contestar tenga en cuenta la siguiente Escala Likert:

1= Totalmente en desacuerdo

2= En desacuerdo

3= Neutral

4= De acuerdo

5= Totalmente de acuerdo

## Cuestionario de encuesta

N°	PREGUNTA	1	2	3	4	5
	<b>PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD</b>					
1	¿Concuerda con que el test de proporcionalidad permite el análisis de una medida que afecta los derechos fundamentales?					
2	¿Está de acuerdo con que el test de proporcionalidad se materializa a través de los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?					
3	¿Está de acuerdo con el análisis de un subprincipio se encuentra subordinado a que el anterior haya sido superado?					
4	¿Concuerda con que a través del subprincipio de idoneidad se establece si la limitación en el derecho es adecuada para la finalidad que pretende salvaguardar?					
5	¿Está de acuerdo con que a través del subprincipio de necesidad se establece si existen medios alternativos al adoptado para restringir el derecho y lograr la misma finalidad?					
6	¿Concuerda con que a través del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se establece que cuanto mayor es el grado de la afectación o limitación de un derecho fundamental, mayor tiene que ser la satisfacción del otro?					
	<b>PENA POR USURPACIÓN AGRAVADA POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL</b>					
7	¿Sabía Ud. que en ciertas circunstancias el Juez Penal puede reducir la pena a imponer por debajo del mínimo legal?					
8	¿Concuerda con que la pena por usurpación agravada se puede reducir por debajo del mínimo legal cuando la conducta del agente no ha afectado la vida o la integridad física del agraviado?					
9	¿Está de acuerdo que otra de las causas para reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal es que la conducta del agente no constituye tráfico de terrenos?					

10	¿Concuerda que se puede reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario?					
11	¿Está de acuerdo con que la finalidad de reducir la pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal cuando el condenado es delincuente primario fijarla en 4 años o menos para que sea suspendida?					
12	¿Concuerda con que el Juez Penal para reducir la pena en la usurpación agravada por debajo del mínimo legal, debe demostrar que esta pena no supera el test de proporcionalidad aplicando el caso concreto el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?					
13	¿Está de acuerdo con que en el análisis del subprincipio de idoneidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, no es conveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este tipo de delito por traficantes de terrenos?					
14	¿Concuerda con que en el análisis del subprincipio de necesidad el Juez Penal debe examinar si la pena mínima legal prevista para la usurpación agravada, en el caso concreto, constituye la sanción adecuada para reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos?					
15	¿Está de acuerdo con que en el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Juez Penal debe demostrar que, en el caso concreto, la privación de la libertad efectiva de la persona que comete el delito de usurpación agravada es una medida inconveniente para lograr el objetivo de reducir la comisión de este delito por traficantes de terrenos?					

### Anexo C: Validación determinada por experto

Luego de examinado el instrumento empleado en la investigación titulada titulado: “Proporcionalidad de la pena en usurpación agravada”, presentó la siguiente evaluación:

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS-CUANTITATIVOS	Defic.0-20%	Regul.1-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Exc. 81-100%
<b>1. Claridad</b>	Se formuló con lenguaje apropiado.					90
<b>2. Objetividad</b>	Expreso conductas observables					90
<b>3. Actualidad</b>	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.					90
<b>4. Organización</b>	Existe una organización lógica					90
<b>5. Suficiencia</b>	Comprende los aspectos de cantidad y calidad					90
<b>6. Intencionalidad</b>	Adecuado para valorar aspectos del estudio.					90
<b>7. Consistencia</b>	Basados en aspectos Teóricos-Científicos y del tema de estudio					90
<b>8. Coherencia</b>	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables.					90
<b>9. Metodología</b>	La estrategia responde al propósito del estudio					90
<b>10. Conveniencia</b>	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.					90
<b>SUB TOTAL</b>						90
<b>TOTAL</b>						90

**Opinión de aplicabilidad:** Se recomienda aplicar el instrumento por cumplir los requisitos correspondientes.

### Anexo D: Confiabilidad del instrumento establecida por experto

El instrumento de la Tesis titulada: “Proporcionalidad de la pena en usurpación agravada”, ha alcanzado un coeficiente Alfa de Cronbach razonable, lo cual favorece la aplicación de dicho instrumento.

#### Determinación del coeficiente de confiabilidad

Variables	Coeficiente Alfa de Cronbach	Número de ítems
Principio de proporcionalidad	0.8918	07
Pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal	0.8968	08
<b>Total</b>	<b>0.8905</b>	<b>15</b>

Conclusiones sobre el coeficiente confiabilidad:

1) Para la Variable independiente: Principio de proporcionalidad, el valor del coeficiente es de 0.8918, lo que indica alta confiabilidad.

2) Para la variable dependiente: Pena por usurpación agravada por debajo del mínimo legal, el valor del coeficiente es de 0.8968, lo que indica una alta confiabilidad.

3) El coeficiente Alfa de Cronbach para la **escala total** es de 0.8905, lo cual indica una alta confiabilidad del instrumento.

4) Finalmente, la confiabilidad, tanto de la escala total, como de las dos variables en particular, presentan valores que hacen que el instrumento pueda ser útil para alcanzar los objetivos de la investigación

#### Comentario:

El 89% de confiabilidad del Alfa de Cronbach para el instrumento de investigación del trabajo le da un alto grado de coherencia en la formulación del instrumento de investigación; lo cual se condice con la validación de los expertos académicos.

De este modo, se entiende que los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir las mismas variables en condiciones idénticas.

Por tanto, este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento, la misma que se cumple con el instrumento de encuesta de este trabajo.

Confirmada la confiabilidad del instrumento por el asesor

Dr. Efraín Jaime Guardia Huamani

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.