

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA
USURPACIÓN COMETIDA POR EL
ARRENDADOR-PROPIETARIO DE UN BIEN
INMUEBLE URBANO DESTINADO A VIVIENDA
OCUPADA POR ARRENDATARIO MOROSO.**

Tesis para optar el título profesional de Abogado

José Manuel Martín Coronado

Código 19980447

Asesor

Luis Alberto Bramont-Arias Torres

Lima – Perú

Agosto de 2024

INDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I:	14
La posesión en el arrendamiento desde la legislación civil	14
1.1. La posesión y la despojo en el arrendamiento de vivienda. –	14
1.1.1. Elementos esenciales de la posesión según el Código Civil.....	14
1.1.2. Las obligaciones del arrendamiento de bien inmueble destinado a vivienda.-	17
1.1.3. ¿Cuándo concluye el contrato de arrendamiento?.....	19
1.2. ¿Qué relevancia civil tiene la posesión precaria en los contratos de arrendamiento de casa-habitación?.....	21
1.3. ¿Cómo hacer cumplir la obligación de devolución del bien inmueble arrendado?	25
1.3.1. La Solución pacífica: La Restitución Convencional (Desalojo convencional).	25

1.3.2.	La Solución compulsiva: El proceso de desalojo judicial	27
1.3.3.	La Solución Intermedia: El “Desalojo Notarial”.-	34
1.4.	¿Por qué un arrendador “usurparía” su propio bien inmueble?	36
CAPITULO II.....		39
Análisis de la usurpación cometida por el arrendador según el Código Penal		39
2.1.	El bien jurídico protegido de la usurpación según el Código Penal y la jurisprudencia penal.-	40
2.1.1	La Posesión física e inmediata.....	41
2.1.2	¿Puede ser la posesión precaria realmente un bien jurídico protegido en contrato de arrendamiento?	44
2.2.	Visión general de los supuestos de la usurpación según el Código Penal.-.....	46
2.2.1.-	Las acciones típicas de la usurpación de los incisos 2° y 4° . -	47
2.2.2.-	Las finalidades típicas detrás de la usurpación (inciso 2° y 4°). -	47
2.2.3.-	Los medios para lograr la usurpación (incisos 2° y 4°) -	48
2.3.	Análisis de la tipicidad objetiva de la usurpación (incisos 2 y 4°). –.....	50
2.3.1.-	El despojo de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real (inciso 2°)	50
2.3.2.-	El ingreso ilegítimo al inmueble mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor (inciso 4°). -	53
2.4.	- Estructura de la tipicidad en del delito de usurpación (Incisos 2° y 4°).....	55
2.5.	- ¿Qué relevancia penal tiene el Desalojo privado ó extrajudicial realizado por el arrendador? .-	56
2.6.	- ¿Comete delito de usurpación el arrendador que desalojó al arrendatario en virtud del artículo 920° del Código Civil? .-	58
2.7.	¿Podría considerarse al arrendatario con título fenecido como sujeto activo del delito de usurpación si se mantiene en el bien inmueble? .-.....	62
CAPITULO III		65
Exención de Responsabilidad en el delito de usurpación, atenuantes y agravantes.....		65
3.1.-	El Principio de lesividad (Artículo IV del Código Penal).....	65
3.2.-	El Error de Tipo y el error de Prohibición aplicada al delito de usurpación por el arrendador (Artículo 14° del Código Penal)	66
3.3.-	La exención de responsabilidad penal y el delito de usurpación (Artículo 20° del Código Penal)	66

3.3.1.-	Legítima defensa (inciso 3° del Artículo 20° del Código Penal).....	67
3.3.2.-	Estado de necesidad Justificante (Incisos 4° del Artículo 20° del Código Penal).....	68
3.3.3.-	Ejercicio legítimo de un derecho (Inciso 8° del Artículo 20° del Código Penal).....	68
3.3.4.-	Consentimiento (Inciso 10° del Artículo 20° del Código Penal).....	69
3.4.-	Las agravantes en el delito de usurpación (Artículo 204° del Código Penal). -.	72
3.4.1.-	Con la intervención de dos o más personas (inciso 2° del artículo 204° del Código Penal).-	73
3.4.2.-	Sobre el inmueble para fines habitacionales (inciso 3° del artículo 204° del Código Penal). -	73
3.5.-	Las formas atenuadas del delito de usurpación (Artículo 208°-A)	74
3.5.1.-	Inciso 1° del Artículo 208°-A.-.....	74
3.5.2.-	Inciso 2° del Artículo 208°-A.-.....	76
3.6.-	Propuestas Normativas. -	77
3.7.-	Precisiones interpretativas de las propuestas normativas.-	81
3.8.-	Protocolo para el análisis de la responsabilidad penal en el despojo realizado por el arrendador.....	82
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		84
BIBLIOGRAFÍA		86
ANEXO N° 1.- Comentarios respecto al delito de usurpación en la modalidad de turbación de la posesión.....		100
ANEXO N° 2: ¿Qué es la defensa posesoria extrajudicial?		102
ANEXO N° 3.- ¿Qué otras medidas civiles facultan el despojo?		106

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo proponer la exención de responsabilidad a la Usurpación cometida por el Arrendador de un bien inmueble destinado a vivienda, así como diversas atenuantes de responsabilidad, en los casos de posesión ilegítima por parte del arrendatario, particularmente, al encontrarse en mora, con contrato vencido ó mantener y/o ejercer la posesión ilegítima mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza. El Derecho Civil ya ha procedido cambiar el paradigma proteccionista al atenuar el derecho posesión que pueda tener el arrendatario ante supuestos específicos dentro de un contrato de arrendamiento, través de la cláusula de allanamiento a futuro y el desalojo con intervención notarial. En tanto el fenómeno de la desposesión del arrendatario es tanto civil como penal, en efecto, se busca cuestionar también el paradigma penal de que la posesión “real” es bien jurídico tutelado absoluto (en todos los casos) y que el propietario, a pesar de tener derecho a la posesión de su bien arrendado, tiene la misma condición que un usurpador común. De este modo, se proponen diversas medidas de exención de responsabilidad y atenuantes adicionales en sentido.

INTRODUCCIÓN

En la casuística sobre usurpación inmobiliaria se trata con bastante frecuencia el problema de la usurpación de un tercero sobre un terreno eriazo o sobre una propiedad abandonada. Sin embargo, el desarrollo del sector inmobiliario en el Perú en los últimos 10 años ha permitido que se generen ilícitos que giran en torno a los contratos de arrendamiento con fines de vivienda ó habitacionales. En este contexto, mientras no exista un proceso civil de desalojo, el despojo de la posesión del arrendatario puede ser calificado como un ilícito civil y también como un ilícito penal: la usurpación.

De este modo, la usurpación no es problema solo de zonas rurales, no urbanizadas o urbanizadas, pero no habitadas, sino también de zonas urbanas con viviendas de alta densidad, vale decir, edificios multifamiliares, de uno o más propietarios. Así mismo, conviene precisar que muchos propietarios de bienes inmuebles son efectivamente los arrendadores, sin que medie un tercero, empresa o agente inmobiliario. Entonces, el usurpador ya no es necesariamente una persona de escasos recursos que invade un

terreno, sino que también podría ser el arrendador-propietario del inmueble. Dicha relación de arrendamiento puede ser formal (contrato con firma legalizada ó escritura pública), cuasi-formal (contrato sin firma legalizada ó “contrato privado”) ó informal (contrato verbal).

Por un lado, de manera indebida, el arrendador-propietario (en adelante, simplemente el arrendador) podría desconocer arbitrariamente la posesión del arrendatario, originada por un contrato, y perturbarle (por ejemplo, con la interrupción de los servicios públicos ó suministros) o privarle la posesión a este último. Pero, por otro lado, el arrendatario podría mantener la posesión de un inmueble a pesar de que el contrato de arrendamiento haya fenecido, ya sea por cumplimiento del plazo, morosidad superior a dos meses y medio o por resolución del mismo. En ambos casos se está afectando un derecho de posesión y un derecho a la posesión respectivamente (Mejorada, 2013). Se trata de dos supuestos muy distintos, pero que a la luz de las autoridades policiales y penales son idénticos.

El principal problema parte del derecho civil y procesal civil, ya que el proceso de desalojo no fue concebido como un proceso ejecutivo derivado de un contrato de arrendamiento (el desalojo ó lanzamiento propiamente dicho), sino un proceso de cognición derivado de múltiples causales complejas (por ejemplo, el poseedor precario), en el cual el derecho a la posesión del arrendador se pone en duda hasta que obtenga una sentencia firme a su favor. En algunos casos es evidente que corresponde derecho a la posesión (vencimiento de contrato); sin embargo, otros (resolución de contrato por incumplimiento) podría ser más difícil, y de ahí que el legislador ha preferido proteger al arrendatario en caso de controversia. Las reformas posteriores han ido reconociendo

el carácter ejecutivo del proceso de desalojo, pero con muchas restricciones y vacíos que aún impiden una eficacia procesal en los casos más evidentes, tales como el vencimiento de contrato y la mora del arrendatario.

Dicho de otro modo, si bien el arrendador-propietario no puede retirar al arrendatario del bien inmueble por el simple hecho de ser el dueño del bien, es necesario que se diferencie jurídicamente el supuesto de una posesión conforme a un contrato de arrendamiento y una posesión que incumple el contrato y la Ley. No obstante, las autoridades policiales y penales no ven tal diferencia, simplemente porque la ley penal no hace una diferenciación clara y explícita de ambos supuestos de posesión legítima y posesión ilegítima. En efecto, el supuesto de arbitrariedad por parte del arrendador no debería ser defendible por el Derecho, más sí debería en el caso que el arrendatario se encuentre actuando de manera antijurídica.

Si bien la normativa penal y la civil defienden la posesión, y sobre todo limitan o eliminan el uso de la violencia dentro del accionar de los privados, dicha defensa se justifica en el valor social y jurídico que tiene la misma (Pastrana, 2017), pero también en el valor económico que su uso implica o el daño económico que su exclusión indebida genera. La relación entre la defensa de la posesión y el ataque a la posesión es muy estrecha y une los enfoques civil y penal, donde “la línea entre el ejercicio regular de un derecho y la comisión de un delito es muy tenue” (Ninamancco, 2017)

La Normativa y la jurisprudencia Penal han dictaminado que en ningún caso el arrendador puede “hacer justicia con mano propia” sin cometer el delito previsto en el artículo 417° del Código Penal¹, por lo que en materia de desalojo y cualquier intento de

¹ **“Artículo 417.- Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano**

ello, es considerado usurpación (agravada) y delitos conexos (daños, lesiones, entre otros), protegiendo penalmente la posesión del arrendatario independientemente de la legalidad o no de su situación jurídica (Recursos de Nulidad N° 2156-2018-Lima Norte, 2019, Recurso de Nulidad 2477-2016-Lima y Sala Penal de Apelaciones de Chiclayo, 2016).

La Normativa Civil ha intervenido en gran medida para tratar el supuesto de desalojo, en particular, en el caso del poseedor precario, donde la controversia puede ser de alta complejidad. Sin embargo, la discusión se ha tornado por demás confusa y controvertida (Casación 1751-2014, 2016, Fundamento 10°). Así mismo, se ha intentado acelerar y desjudicializar la orden de desalojo, a través del llamado “desalojo notarial”, sin resultados que hayan resultado efectivos, dada su naturaleza no coercitiva, a pesar de que tenía buenas perspectivas antes de su publicación (Gonzales Loli, 2019).

Podría decirse, entonces, que existen rezagos indirectos, de la antigua Ley del Inquilinato (Decreto Ley N° 21938 de 1977), en el sentido, que se tiene el paradigma que no es posible solicitar presencialmente a un arrendatario a que se retire del inmueble, sin que ello tenga efectos jurídicos penales contraproducentes para el arrendador. Y, peor aún, la formalización de esta solicitud eleva automáticamente la complejidad del proceso civil, al convertir al arrendatario en precario.

Afortunadamente en la doctrina y casuística ya ha quedado aclarado que el bien jurídico protegido de la usurpación es la posesión y no la propiedad (Casación N° 468-2015-Cajamarca, 2018). Y que la violencia se considera ejercida contra personas o

El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”

bienes inmuebles (Recurso de Nulidad N° 2831-2017, en adelante, “Caso Cerraduras”). De otro lado, las interrupciones a los servicios públicos o suministro son consideradas turbación de la posesión (Casación N° 56-2014-Ayacucho, 2015), algo que también tiene coincidencia en la doctrina (Reyna, 2018). Incluso, la jurisprudencia (Casación N° 233-2013-Arequipa, 2014) considera que antes de la modificación del Código Penal, realizada por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, ya se podía colegir que la violencia sobre las cosas no estaba permitida y constituía un ilícito penal.

[]. En ese mismo sentido, la doctrina confusamente todavía considera como defendible cualquier tipo de posesión, incluso la precaria (Recurso de Nulidad N° 2477-2016, Lima, en adelante “Caso Precario”), decisión que genera más problemas que soluciones, similar a lo que acontece en la rama civil en materia de desalojo. Pero a nivel penal aún no parece admitirse la posibilidad que el usurpador sea efectivamente el arrendatario del inmueble.

La presente investigación se tienen los siguientes objetivos:

- 1) Abandonar el paradigma que no es posible ningún acercamiento pacífico (no violento) presencial o físico entre arrendador y arrendatario, de tal manera que el arrendador tome la posesión del inmueble pacíficamente por sus propios medios
- 2) Contradecir el paradigma de que cualquier despojo realizado por el arrendador requiere una sanción penal, por el simple hecho que existía una vía alternativa de naturaleza civil, el proceso de desalojo.
- 3) Sustentar que el Derecho Penal no puede proteger el ejercicio abusivo de un

derecho ni un mal jurídico como lo es la posesión ilegítima o precaria, y que dicho razonamiento jurisdiccional se ha debido esencialmente a una interpretación desfasada de la doctrina y literal de la legislación penal

- 4) Proponer exenciones de responsabilidad y atenuantes basadas en las circunstancias tales como la presencia de un arrendatario moroso que incumple su obligación de devolver el bien, así como la prevención de un daño patrimonial del arrendador (rentas impagadas).
- 5) Proponer que en casos muy específicos es posible sustentar la usurpación por parte del arrendatario con título fenecido de un inmueble.

Cabe precisar que no es objetivo de la presente investigación sustentar que cualquier acto de un arrendador-propietario se encuentre exento de responsabilidad penal, sino que ciertos actos pueden ser menos graves que otros y/o estar mejor amparados jurídicamente, cuyo análisis simplemente se deja de lado debido al incorrecto desarrollo jurisprudencial centrado en una interpretación literal del Código y una interpretación *contra reo*.

Sin perjuicio de ello, esta investigación se centrará en la libre voluntad de las partes para poner fin a la posesión del arrendatario en el marco de un contrato de arrendamiento no inscrito, de manera civilizada, esto es, sin mediar violencia ó amenaza, cuando el objeto contractual es una casa ó un departamento dentro de un edificio multifamiliar. No se tomará en cuenta la casuística relacionada con situaciones excepcionales, tales como el COVID-19 o afines, ni tampoco otros tipos de contratos que se asemejen al contrato de arrendamiento (Varsi, 2020a, pp. 55), por ejemplo, usufructo, uso, servidumbre, superficie, multipropiedad entre otros, ni tampoco

conflictos de titularidad en el derecho de propiedad ni tampoco conflictos civiles por mejor derecho de posesión (Casación N° 2566-2015-Ucayali).

Finalmente, esta investigación se justifica por cuanto progresivamente se observa una preocupación frecuente si calificar automáticamente un desalojo privado como delito de usurpación cometido por el arrendador. En dicha discusión también interviene la problemática de si es correcta la posición sobre el bien jurídico que busca defender el Código Penal en este caso y/o si los actos ilícitos (penales o no penales) cometidos por el arrendatario pueden eximir de responsabilidad al arrendador.

Por ejemplo, siguiendo la reforma francesa de los delitos de usurpación y violación de domicilio incluyó que el mantenimiento de una persona sin título o derecho en un local utilizado como casa habitación en violación a una orden de justicia definitiva y ejecutiva que le intime en retirarse del bien inmueble es considerada delito, según el artículo 315-2 del Código Penal Francés, modificado por la Ley N° 2023-668 del 27 de julio de 2023 (Legifrance, 2023)².

Así mismo, se tiene la reforma italiana en el mismo sentido indica que quien, mediante violencia, artificio o engaño, tome posesión, ocupe o retenga sin título legítimo una propiedad destinada a domicilio de otros o impide el regreso del propietario o tenedor legal en la misma propiedad es castigada con pena de prisión, según el proyecto de incorporación del artículo 625-ter “Ocupación arbitraria de inmueble destinado al domicilio de otros”, contenido al proyecto de Ley N° 566 del 14 de noviembre de 2022,

² **Texto Original:**

“Article 315-2

Le maintien sans droit ni titre dans un local à usage d'habitation en violation d'une décision de justice définitive et exécutoire ayant donné lieu à un commandement régulier de quitter les lieux depuis plus de deux mois est puni de 7 500 euros d'amende”.

modificado y actualizado en noviembre de 2023 (Cámara de Diputados de Italia, 2023)³.

La presente investigación se divide en tres capítulos. El primero relacionado con la posesión desde el punto de vista civil en el marco de un contrato de arrendamiento. El segundo relacionado con la desposesión o despojo desde el punto de vista civil cuando el sujeto activo es el arrendador. Y en el tercer capítulo se proponer reformas normativas para poder lograr la exención de responsabilidad y atenuantes en diversos casos específicos protegiendo al arrendador diligente.

³ **Texto Original:**

“Art. 624-ter. – (Occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui) – Chiunque, mediante violenza, artifizii o raggiri, si impossessa, occupa o detiene senza titolo legittimo un immobile destinato a domicilio altrui ovvero impedisce il rientro del proprietario o detentore legittimo nel medesimo immobile è punito con la pena della reclusione da due a sette anni. Alla stessa pena prevista dal primo comma soggiace chiunque si intromette, coopera, riceve o corrisponde denaro o altra utilità per l’occupazione dell’immobile o cede ad altri l’immobile occupato. Nel caso in cui l’occupante collabori all’accertamento dei fatti, non opponga resistenza e ottemperi volontariamente all’ordine di rilascio dell’immobile, la pena è ridotta da un terzo alla metà”

CAPITULO I:

La posesión en el arrendamiento desde la legislación civil

1.1.La posesión y la despojo en el arrendamiento de vivienda. –

1.1.1. Elementos esenciales de la posesión según el Código Civil

El Código Penal no hace precisión alguna sobre la definición de posesión. Para ello es necesario acudir a la legislación civil. No obstante, en dicho nivel existe una discusión muy amplia sobre los tipos de posesión y los efectos jurídicos de cada uno. A continuación, se analizará lo relacionado con el contrato de arrendamiento.

En primer lugar, el artículo 896° del Código Civil aclara que la posesión se configura con el ejercicio de hecho de al menos uno de los derechos (poderes) inherentes a la propiedad. Esto quiere decir que, bastaría el uso, sin un disfrute, para ser considerado poseedor, en este caso el arrendatario. En términos de Varsi (2020) el arrendador ostenta el *ius possidendi* (derecho a la posesión), mientras que el arrendatario ostenta el *ius possessionis* (derecho de posesión). En este sentido, según la doctrina nacional (Mejorada, 2017 y Pozo, 2015) amparados en el postulado de Ihering (1926), más no el de Savigny (1845) la posesión es un tema de hecho, no de derecho. Esto provoca que las obligaciones contenidas en convenios, acuerdos y normas legales tengan menos valor que el elemento fáctico.

En segundo lugar, el artículo 899° del Código Civil indica que puede existir una coposesión no excluyente entre varias personas. En otras palabras, que la posesión no tiene que ser exclusiva de una persona, siempre que sea factible, por ejemplo, un uso simultáneo o intermitente. Ello no debe confundirse con la problemática de la posesión inmediata y mediata, la cual si bien es simultánea son de distinta naturaleza, siendo la primera ejercida de manera fáctica y la segunda una consecuencia del derecho de disposición de la posesión.

En tercer lugar, los artículos 900°, 901°, 902° y 903° del Código Civil (CC) indican que la posesión se adquiere a través de la tradición, la cual puede darse de tres formas: i) la entrega del bien, ii) el cambio del título posesorio y iii) la comunicación de transferencia indirecta. Esto último es especialmente interesante, ya que la legislación civil permite una entrega no física de la posesión a través de un título; y en consecuencia permitiría extender la interpretación de la posesión más allá del enfoque de lo material

o físico. Sin perjuicio de ello, en virtud del artículo 902° del CC las partes pueden pactar un acto de entrega de posesión y de hecho, firmar un acta de entrega de la misma, sin que ello implique ningún tipo de usurpación ni una acción de desalojo.

En cuarto lugar, el artículo 905° del Código Civil distingue entre posesión mediata e inmediata. En este sentido, aquél que confiere un título posesorio a otro, no deja de ser poseedor en términos civiles, simplemente que lo es de manera indirecta. ¿Pero al ser dicha posesión mediata no física, eso quiere decir que no es una posesión en los términos del Derecho Penal? ¿Si tanto la adquisición como el ejercicio de la posesión no necesariamente es físico según el Código Civil, por qué dicho elemento tangible es el único relevante para el Derecho Penal? Al respecto Coca (2020) citando a Vásquez Ríos precisa que el poseedor mediato tiene un título posesorio secundario y que la coexistencia de posesión mediata e inmediata no implica coposesión, siendo dos situaciones jurídicas distintas. Sobre este punto, Morales (2018) precisa que, a la luz de esta doble naturaleza posesoria, el arrendamiento es un contrato de mediación posesoria, pero con la excepción que el vencimiento del plazo acordado del contrato no caduca dicha mediación hasta que se devuelve el bien, conforme lo indica el artículo 1700° del Código Civil.

En quinto lugar, el Código Civil hace mención a la posesión ilegítima (Artículo 906° del CC), aunque no la define expresamente, sino sus efectos. No obstante, en el artículo 911° del CC se define la posesión precaria, aunque no existe un vínculo expreso con la posesión ilegítima, en el sentido que la posesión precaria sea efectivamente el equivalente a la posesión ilegítima o que sea un tipo de ésta. No obstante, existe interpretación doctrinal civil ha indicado que la posesión precaria es una posesión

ilegítima, según Mejía (2017) y Lopez Avendaño (2022) citando a Avendaño (1985, p.35), Cuadros Villena (1995, p.308) y Sanchez-Palacios Paiva (2003, p.95); pero la interpretación jurisprudencial civil aún las busca distinguir (Casación 8821-2012-Piura, 2014). Aunque persiste la controversia si al determinar que una posesión es ilegítima, eso implica que ya no es un bien jurídico protegido y en consecuencia no sería defendible por el Derecho Penal.

1.1.2. Las obligaciones del arrendamiento de bien inmueble destinado a vivienda.-

En primer lugar, el artículo 1666° del Código Civil hace referencia a que el arrendamiento implica una cesión de uso temporal a cambio de una renta convenida. Dicha cesión se ha entendido, en efecto, como un derecho real, por lo que, al tratarse del ejercicio de una de las potestades inherentes a la propiedad, calificaría como posesión.

En segundo lugar, el artículo 1680° del Código Civil indica que es obligación del arrendador mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento. Esta obligación se constituye como elemento esencial del contrato de arrendamiento y entrega de posesión con la modalidad del plazo contractual, no obstante, nada impide que las partes pacten otras modalidades, tales como otros plazos u otras condiciones, ya que la cláusula en cuestión no presenta prohibición de pacto en contrario.

En tercer lugar, el artículo 1681° del CC permite afirmar que la posesión entendida en el contexto de un contrato de arrendamiento es restringida, en el sentido que no se trata de un pleno ejercicio del derecho de uso, sino dentro de los límites del contrato de arrendamiento, por ejemplo, casa-habitación. Desde este punto de vista, no existiría un pleno ejercicio de un derecho real, ni mucho menos como si fuera

propietario, debiendo cuidarlo diligentemente (inciso 1°), permitir el ingreso del arrendador por causa justificada y con preaviso (inciso 5°), a no hacer un imprudente del bien o contrario al orden público o las buenas costumbres (inciso 7°), no alterar el bien (inciso 8°) y a devolver el mismo al vencerse el plazo del contrato (inciso 10°). Cabe preguntarse si el arrendatario puede desnaturalizar esta relación contractual al incumplir estas obligaciones, y en consecuencia adquirir *ipso facto* la condición de poseedor precario. Tal como se indicará, si este incumplimiento se hace comportándose como propietario, a través del pago de los impuestos prediales⁴, hacerse cargo de las reparaciones esenciales, entre otras obligaciones que le corresponden al arrendador-propietario, entonces podría cumplirse dicho supuesto, lo cual le ayudaría para probar suerte con la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión.

En cuarto lugar, la limitación antes indicada se reitera por el artículo 1687° del Código Civil, en el extremo que se trata de una posesión de duración determinada, salvo que las partes acordaran expresamente una de tipo indeterminada, por lo que si bien al tratarse de una casa-habitación, el arrendatario no puede formarse la convicción ni realizar actuaciones de que es propietario o de que va a vivir de manera indefinida en el inmueble.

Sin perjuicio de ello, tal como se ha mencionado, en lo que respecta la posesión, la jurisprudencia civil y penal, han dejado de lado el título habilitante, y se concentran

⁴ Al respecto, para poder acceder a los pagos de los tributos municipales es necesario darse de alta en la municipalidad del distrito en el cual se encuentra el bien inmueble. Se debe indicar el título que justifica la posesión, acompañando los recibos de servicios públicos, entre otros requisitos. Luego de ello, mientras exista un propietario registrado como contribuyente en la municipalidad, el poseedor sólo puede acceder al pago de arbitrios a través de una cartilla tributaria, más no al pago del impuesto predial, pues este sólo está disponible para propietarios. No obstante, si en caso la cartilla del propietario es obtenida de alguna manera y el propietario no está cumpliendo con el pago de impuestos, la jurisprudencia civil ha considerado como un elemento conductual de propiedad cuando el arrendatario hace el mencionado pago.

en las circunstancias materiales (“posesión fáctica”), por lo que el incumplimiento contractual no acarrea *per se* una pérdida de la posesión. Aún más, para dicha jurisprudencia, el incumplimiento contractual resulta irrelevante respecto al nivel de protección que debe tener la posesión del arrendatario. Y, peor aún, la resolución del contrato iniciada por el arrendador provoca un incremento de la mencionada protección al arrendatario, a través de la posesión precaria y/o la activación de la prescripción adquisitiva de dominio, según se desprende de la duramente criticada Regla Quinta del IV Pleno Casatorio Civil del año 2013 (Casación N° 2195-2011-Ucayali).

1.1.3. ¿Cuándo concluye el contrato de arrendamiento?

Al respecto, corresponde recordar que el artículo 1699° del CC indica claramente una regla general por la cual “*el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario previo aviso de ninguna de ellas”*. (Subrayado y resaltado agregado). En otras palabras, el vencimiento del plazo no es algo indeterminado o sujeto a una condición, sino que es cierto, tiene una fecha precisa e indubitable (salvo que se trate de arrendamiento de duración indeterminada). Así mismo, el Código Civil no requiere que dicho vencimiento de plazo sea anunciado, aunque tampoco se hace mención a que opere una caducidad o vencimiento de pleno derecho de manera expresa.

Dicho artículo debe concordarse con el artículo 1704° del Código Civil, por el cual “*vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución (...)*”. En este punto el código diferencia el vencimiento del contrato y el aviso de conclusión del arrendamiento (el cual también debería tener fecha cierta), no obstante,

también otorga el mismo efecto jurídico: el derecho a la posesión del arrendador, es decir, derecho a exigir la devolución del bien inmueble. Cabe precisar que son eventos distintos, uno es la causa (vencimiento o aviso de conclusión) y otro el efecto (derecho a exigir la devolución). Y de acuerdo con el IV Pleno Casatorio Civil, ejercer el derecho de exigir la devolución mediante una carta notarial (documento de fecha cierta), convierte automáticamente al arrendatario en un poseedor precario. Ahora bien, el tenor del artículo no indica realmente que el arrendador está obligado a exigir la devolución, sobre todo en el caso de vencimiento del contrato, donde las partes omitieron suscribir una renovación. Caso contrario podría ser si el arrendatario comunica la conclusión del arrendamiento, salvo que sea una comunicación meramente declarativa y no contenga una exigencia expresa de devolución del bien inmueble.

¿Y qué ocurre si luego de vencido el contrato y/o comunicado el aviso de conclusión del arrendamiento, el arrendatario sigue en el bien inmueble? En este caso se aplica lo previsto en el artículo 1700° del CC, por el cual, *“no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento”*. La confusión en la redacción de este artículo puede darse entre los términos renovación y continuación, donde la primera es un acto jurídico suscrito entre las partes mientras que la segunda es más hecho jurídico, un aspecto material o fáctico, pero que no entra en conflicto con el contrato de arrendamiento suscrito originalmente en las demás cláusulas (salvo la del plazo, obviamente). Nuevamente, si en esta etapa de continuación del arrendamiento, el arrendador solicita la devolución, fenece el título posesorio de fuente legal (Art. 1700° del CC) y el arrendatario se convierte en precario.

De otro lado, si bien hay una clara diferencia posesoria entre solicitar la devolución del bien constituyendo en precario al arrendatario y no solicitarlo amparándose en la continuación del contrato, a nivel pecuniario el efecto es casi el mismo. Mientras que en el artículo 1704° permite claramente que la penalidad (y/o indemnización) “*sea una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva*” cuyo pago no implica la continuación del arrendamiento; en el caso de continuación del arrendamiento se mantiene la obligación de pagar la renta convenida. No obstante, dado que el pago de dicha prestación no genera la continuación ni la renovación del contrato de arrendamiento, no revive el título ya fenecido y de ello, esta interpretación es consistente con la transformación del arrendatario en poseedor precario. Dicho de otro modo, si el arrendador solicita el bien convierte al arrendatario en precario obligado al pago de una penalidad periódica (y/o indemnización); no obstante, de manera contradictoria, ello llevaría a que, a pesar que el contrato sigue vigente, en particular la cláusula relativa a las penalidades, habría una posesión sin título pero una obligación dineraria con título, lo cual puede resultar contradictorio.

Finalmente, nada impide que exista una secuencia entre los artículos 1700° y 1704° del CC en el extremo que podría darse que, primero el arrendador permite la continuación del arrendamiento durante un periodo determinado unilateralmente, pero luego solicita directamente la devolución del bien, pero el arrendatario no lo devuelve. Así para el primer periodo la prestación sería la renta misma en el marco del contrato y la posesión sería legítima, mientras que para el segundo periodo la prestación será la penalidad (y/o indemnización) en el marco del contrato y la posesión sería precaria.

1.2.¿Qué relevancia civil tiene la posesión precaria en los contratos de

arrendamiento de casa-habitación?

En primer lugar, se parte de la premisa, no todo precario ha sido arrendatario, pero un arrendatario puede devenir en precario según se cumplan algunos supuestos previstos en la norma y en la jurisprudencia. En este último supuesto se encontraría el contrato de arrendamiento vencido o resuelto, cuyo análisis civil se hará a continuación.

Según Mejorada (2017), la modificación del 920° del Código Civil es una “torpeza del legislador”, pues él entiende que la condición de precario es una institución que solo debe encuadrarse en los fines de un proceso de desalojo, más no en ninguna otra acción posesoria. No obstante, esa interpretación sería muy restrictiva de dicha institución, contrariamente a lo que han venido gestando las modificaciones normativas, de considerar al precario en diversos supuestos adicionales, tales como la defensa posesoria extrajudicial.

El fin de la posesión del arrendatario también está previsto en el artículo 1699° del Código Civil, el cual concluye con el fin del arrendamiento, ante lo cual no es necesario ningún aviso previo. Esto es especialmente relevante, porque la jurisprudencia mediante el IV Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-UCAYALI y Poder Judicial, 2017) ha entendido el simple hecho de solicitar la devolución del bien con carta notarial es constitutivo de posesión precaria “a favor” del arrendatario, e incluso con la solicitud a conciliar (Casación 4628- 2013, Arequipa). Esto es especialmente crítico ya que, básicamente, cualquier manifestación relativa al vencimiento del contrato y su devolución implicaría automáticamente la constitución de poseedor precario.

Así mismo, los artículos 906° a 910° del Código civil, hacen una distinción adicional: la posesión ilegítima de mala fe y la de buena fe, aunque no se combina esta

definición con la precariedad o no. No queda claro si la precariedad es automáticamente un concepto de mala fe o si también puede ser de buena fe. No obstante, una interpretación sistémica de dichos artículos sugiere que la posesión ilegítima de buena fe implica que el poseedor tiene un título viciado o inválido, pero que desconoce o ignora o comete error sobre dicho vicio. Es decir, tiene un título inválido, lo cual es distinto a no tener título en absoluto o que este haya fenecido. ¿El vencimiento de un título es lo mismo que la invalidez del mismo ó la ausencia absoluta del mismo? Si bien tendría el mismo efecto, la ausencia de derecho posesorio, la causa es diferente: caducidad versus invalidez.

En general, esta problemática en la relación entre posesión ilegítima y posesión precaria ha sido discutida también en la Casación N° 2156-2015-Arequipa, donde la doctrina (Pasco Arauco, 2017 y Zeña, 2019) estarían interpretando que el concepto de precario incluiría todo tipo de posesión ilegítima, es decir, que precario e ilegítimo serían prácticamente sinónimos, independientemente del criterio de la mala o buena fe. Aunque esta interpretación podría resultar a favor del demandante (arrendador) en el sentido que, si el demandado presenta un título, ya no puede alegarse que su sola presentación autoriza su posesión, sino que es necesario verificar si ésta es válida, siendo irrelevante si hubo error por parte del demandado.

En adición a ello, resulta muy extrema la interpretación jurisdiccional y doctrinal respecto a la posesión precaria devenida de una simple solicitud de devolución del bien objeto del contrato de arrendamiento de bien inmueble. En realidad, el concepto poseedor arrendatario nunca debió vincularse con el de poseedor precario, no obstante, la definición de este último es tan amplia que puede incluirlo al fenecimiento del título

posesorio (contrato de arrendamiento) conforme ha sido interpretado hace mucho con las casaciones N° 1426-2006-Lima del 8 de noviembre de 2006 y N° 2758-2004-Lima del 24 de noviembre del 2005. Resulta interesante mencionar que, en la primera casación citada, la Corte Suprema encontró que luego que el título posesorio de la demanda derivado del derecho de familia y/o sucesiones feneciera, ésta no legitimó su posesión a través de un acto jurídico posterior, por lo que su posesión mantenía la condición de precaria.

De otro lado, nada impide que en la solicitud en cuestión se indique un plazo perentorio para ejercer dicha devolución, de modo que la precariedad no sea aplicable de manera inmediata sino al vencer dicho plazo adicional y/o combinar dicha estrategia con una sentencia a futuro o una cláusula de allanamiento a futuro (594° del Código Civil). Este enfoque ha sido reforzado con el Cuarto Pleno Casatorio Civil del 2013, con ocasión de la Casación N° 2195-2011-Ucayali, el cual ha sido uno de los plenos casatorios más aplicados en el Derecho Civil.

En otras palabras, la jurisprudencia ha interpretado que la precariedad de la posesión por título fenecido (vencimiento de contrato ó resolución de contrato), en el caso de arrendamiento, no opera de pleno derecho, sino que debe ser exigida. Y ello se realiza a la luz del artículo 1700° del CC que permite la continuación (legal) del contrato de arrendamiento posterior a su vencimiento, siendo éste un título de fuente legal para ostenta la posesión. Cabe precisar que de una lectura sistémica del artículo 1699° del CC y 1700° del CC, la renovación no es lo mismo que la continuación, por cuanto la primera se entiende en el caso de un nuevo plazo determinado ante el vencimiento del plazo anterior, mientras que la continuación no conlleva plazo determinado alguno, sino

indeterminado, hasta la solicitud de devolución por parte del arrendador.

En conclusión, concordante con Avendaño (1986) es que la posesión precaria es equivalente a una posesión ilegítima, en particular de mala fe. Y si se genera una posesión precaria, con ocasión de una resolución contractual, vencimiento del contrato u otro supuesto acordado por las partes, entonces deviene en ilegítima, ya que, en el contexto antes descrito, el arrendatario no devuelve el bien a pesar de que está obligado y de que conoce dicha obligación. Por lo tanto, dicho escenario no debería ser tutelado por el Derecho, por no tener las características de un bien jurídico protegido, lo cual será discutido en el siguiente capítulo.

1.3. ¿Cómo hacer cumplir la obligación de devolución del bien inmueble arrendado?

Es importante precisar que la devolución del inmueble puede ocurrir cuando: i) el contrato ha sido resuelto y la devolución de las prestaciones es consecuencia inevitable (Art. 1372° del CC) ó i) el plazo del contrato ha vencido y se debe cumplir la obligación de devolución contenida en el mismo (Art. 1681° del CC). Ahora bien, tal como se verá en las secciones siguientes, existe una tercera causa de devolución del bien: la mora de dos meses y quince días, la cual puede venir con una resolución de contrato (Art. 1372° y 1697° CC) ó no.

1.3.1. La Solución pacífica: La Restitución Convencional (Desalojo⁵ convencional).

A veces ocurre que, al finalizar el contrato de arrendamiento, el arrendatario no

⁵ Según la Real Academia Española (RAE) desalojo es la “acción de desalojar”, lo cual significa retirar (“des”) el alojamiento. Si bien no lleva explícitamente un término compulsivo o coercitivo, la interpretación es equivalente en los casos de “sacar o hacer salir de un lugar a alguien o algo” ó “abandonar un puesto o lugar”. En otras palabras, el desalojo no es compulsivo o coercitivo por naturaleza. Distinto es el caso de la “orden de desalojo”.

manifiesta su interés en continuar con el mismo y avisa (o no) al arrendador que se va a retirar del inmueble y desea la liquidación del contrato de arrendamiento, esto es, la devolución de la garantía.

En algunos casos puede ocurrir una controversia respecto a la cuantía de la garantía remanente, descontada del desgaste o reparaciones que debe hacer el arrendador, lo cual puede solucionarse con el arrendatario fuera del inmueble o dentro del inmueble. Este segundo caso puede ser riesgoso, por cuanto si la relación contractual se ve afectada por esta controversia, podría ocurrir que el arrendatario cambie de opinión y decida no retirarse del bien inmueble, por un plazo equivalente a los meses de garantía o, inclusive un plazo mayor. En la actualidad, este “cambio de opinión arbitrario” no es sancionado ni por el derecho (procesal) civil ni por el derecho penal.

De otro lado, también ocurre que el arrendatario comienza a incurrir en mora en el alquiler y a fin de evitar mayores problemas, comunica al arrendador su voluntad de retirarse del inmueble con la finalidad de no acumular una deuda mayor. Si bien esto podía ocurrir en el pasado, en la actualidad, ante el conocimiento masivo del delito de usurpación que puede cometer el arrendador al querer recuperar impulsivamente su inmueble y de la lentitud del proceso de desalojo, no existen incentivos para que el arrendatario se retire del bien inmueble, por cuanto la garantía es usualmente determinada por un importe equivalente entre uno a dos meses de alquiler como máximo. Distinto sería el caso en el cual la garantía sea de mayor valor o bien se haya establecido a una persona como fiador. Nuevamente, en la actualidad, esta decisión “estratégica” del arrendatario moroso (y también con plazo vencido), no tiene sanción alguna por el derecho (procesal) civil ni el derecho penal.

Si bien el código civil tiene prevista una formalidad para la restitución del bien, mediante la autorización del arrendador para desocupar el bien arrendador, este se busca para evitar efectos pecuniarios contra el arrendatario que podrían existir, es decir, la renta impaga, los pagos de servicios, los daños y perjuicios correspondientes, así como la introducción de un tercero en el bien. En la práctica suele hacerse un acta de entrega, aunque también se suele hacer de manera verbal sin documento. Eventualmente, esto podría implicar un riesgo si es que el ex -arrendatario después pretende alegar que fue despojado del inmueble o incluso que se realizó un ingreso ilegítimo al inmueble.

1.3.2. La Solución compulsiva: El proceso de desalojo judicial

Con fecha 30 de octubre de 2023, mediante la Resolución Administrativa el poder Judicial N° 427-2023-CEPJ se aprobó el “Protocolo del Proceso Especial de Desalojo”, en el cual se hace una recapitulación de todos los procesos de tipos de procesos de desalojo que tiene prevista la legislación civil.

Conviene recordar que el proceso de desalojo tiene por objetivo recuperar la posesión del bien, lo cual en términos civiles se conoce como “la devolución del bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato”, de conformidad con el inciso 10° del Artículo 1681° del Código Civil. Cabe precisar que en realidad se trata de una obligación a cargo del arrendatario, la cual bajo el principio de *pacta sunt servanda* no debería requerir el inicio de un proceso de desalojo. No obstante, es justamente la voluntad de no cumplir el contrato que acarrea la necesidad del arrendador de recurrir al poder judicial. Dicho de otro modo, el arrendador acude al poder judicial ante la negativa manifiesta del arrendatario de devolver el bien.

Debe quedar claro que sí existe una controversia real respecto de si el arrendatario

ya tiene el derecho a la posesión o no, entonces lo razonable es acudir a instancias judiciales, pero la conclusión no debería ser la misma cuando el arrendatario “arbitrariamente” decide no cumplir con lo acordado en el contrato, siendo este un caso de ejercicio abusivo del derecho (Artículo II del Código Civil). Dicho de otro modo, lo evidente del derecho del arrendador a la posesión tiene correlato con el nivel de arbitrariedad del arrendatario y con la gravedad del injusto que está generando al arrendador. ¿Cómo saber si evidente el derecho del arrendador? A través de un proceso de cognición.

Así el proceso de desalojo se concibió inicialmente como un proceso sumarísimo, el cual es uno de los tres tipos de procesos cognitivos (conocimiento, abreviado y sumarísimo) según se da cuenta en el inciso 4 del artículo 546° del Código Procesal Civil. Los procesos sumarísimos tienen una parte general (Artículo 546° a 559° del CPC) y una parte especial según el tipo de proceso (Artículo 560 a 607° del CPC). En efecto, el (proceso) de desalojo tiene dedicado un subcapítulo completo, desde el artículo 585° al 596° del CPC.

En primer lugar, el artículo 585° del CPC indica que esta acción implica la “restitución de un predio”, a pesar que el código civil hace referencia a la “devolución” (en el caso de arrendamiento). Posiblemente, este cambio de verbo puede justificarse por la mayor frecuencia en el uso del verbo “restituir” y/o por que en el caso de bienes muebles, según el artículo 1675° del CC, opera la restitución.

En segundo lugar, el artículo 586° del CPC deja claro que el sujeto activo (accionante ó demandante) del proceso de desalojo es el propietario, el arrendador, entre otros que consideren tener derecho a la restitución del predio. Si bien la norma adjetiva

distingue al arrendador del propietario, en la presente investigación siempre será el arrendador-propietario. De otro lado, los demandados pueden ser el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución. Evidentemente, la exigibilidad de la restitución implica el derecho a la posesión a favor del arrendador.

En tercer lugar, puede observarse que no sólo corresponde el desalojo en los casos de arrendamiento, sino por ejemplo, desalojo por ocupante precario y/o reivindicación, entre otros, que son casos de mayor complejidad. No obstante, en el caso de arrendamiento, el artículo 591° CPC precisa que, si la causal para el desalojo es la falta de pago o el vencimiento de plazo, sólo son medios probatorios admisibles los documentos, la declaración de parte y la pericia, dejando de lado la declaración de testigos y la inspección judicial (Art. 192° del CPC). Si bien el vencimiento del plazo puede ser evidente, la falta de pago podría requerir alguna precisión: ¿Cuántos meses o periodos de falta de pago son necesarios para otorgar una legitimidad activa? En este caso, la doctrina y la jurisprudencia civil se remiten al artículo 1697° del CC, por el cual el contrato puede resolverse si el arrendatario no pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días; en otras palabras, dos meses y medio.

En cuarto lugar, las etapas de este proceso sumarísimo “ordinario” se regulan en la parte general antes expuesta, en lo relativo a la competencia, inadmisibilidad, procedencia, excepciones, defensas previas, cuestiones probatorias, la audiencia única y la sentencia. Del mismo modo, se permite la apelación de la referida sentencia con efectos suspensivo. En términos de plazos, podría indicarse que se requieren 5 días para la contestación de demanda (Artículo 554° del CPC), 10 días para la realización de la

audiencia una vez contestada la demanda o vencido el plazo para realizarse (Artículo 554° del CPC), posteriormente 10 días para expedir sentencia (Artículo 555° del CPC), 3 días para se emita el decreto que declara consentida la sentencia y 6 días para la orden de lanzamiento. En términos teóricos parecería un proceso rápido para lograr la devolución del bien inmueble al arrendador.

Conviene indicar que algunos operadores del derecho, así como público en general suelen confundir la orden de desalojo (mediante sentencia, Art. 121° del CPC) con la orden de lanzamiento (Art. 592° del CPC). Mientras que la primera es una declaración del derecho del arrendador y una orden judicial para que el arrendatario se retire voluntariamente del bien inmueble toda vez que ya se aclaró la incertidumbre jurídica y/o controversia si ocurría la causal para la restitución del bien; la segunda es una orden ejecutiva para que se haga uso de la fuerza ante la negativa del arrendatario en devolver el bien. Dicho de otro modo, el proceso sumarísimo de desalojo viene aparejado con su propia ejecución, expresada con el lanzamiento. Por ello, debe entenderse que el proceso de desalojo (ordinario) no es en sí mismo un proceso ejecutivo sino de cognición con subsecuente ejecución.

Por todo lo expuesto, se trata de un proceso que debería durar 34 días hábiles como mínimo en términos teóricos. Ahora bien, en este punto es necesario agregar necesariamente los plazos internos para la provisión de documentos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que deben ser de 48 horas ó dos días (Artículo 153° de la LOPJ) y 1 día para su notificación para autos o decretos y 2 días para sentencias. Esto provoca que el proceso tenga una duración expectaticia de 34 más 2 (demanda) más 3 (contestación) más 3 (audiencia) más 4 (sentencia) más 3 (decreto de consentimiento)

más 3 (orden de lanzamiento), lo cual da un total de 52 días hábiles, lo cual se puede traducir en aproximadamente 87 días calendario. Obviamente estos plazos no se cumplen en la práctica, sobre todo por las demoras en la provisión de documentos y en segunda medida por las demoras en la notificación, las cuales no tienen sanción expresa y/o la judicatura aduce sobrecarga procesal irresistible y/o que no es humanamente posible cumplir con esos plazos. Dicho de otro modo, durante casi 3 meses más los días que se agende el lanzamiento propiamente dicho, como mínimo, el demandado debe esperar para recuperar su bien. Y si en caso se trata de un proceso de desalojo iniciado por la falta de pago de dos meses y medio, ello quiere decir que recién luego de 5 meses y medio (como mínimo) el arrendador puede recuperar el bien, con un claro daño por lucro cesante ascendente a 5 meses y medio de renta (como mínimo). De este modo, a mayor duración del proceso de desalojo, mayor será el daño por lucro cesante indicado.

En quinto lugar, la sentencia en este proceso “ordinario” puede ser apelada con efecto suspensivo, por lo que, a pesar de contar con una sentencia favorable, ésta no surte efectos entre las partes procesales, sino se debe esperar a la elevación del expediente, la audiencia de vista, la confirmación (o rechazo) del *Aquem*, la devolución del expediente y la orden de cumplimiento del *Aquo*. Esto inevitablemente retrasa aún más el plazo en este proceso de desalojo, sin perjuicio de las apelaciones de autos que pudieran ocurrir, así como las solicitudes de nulidad, entre otros. De ello, incluso cuando el derecho a la posesión a favor del arrendador sea manifiesto o evidente, el derecho constitucional a la doble instancia debe ser respetado (inciso 6° del artículo 139° de la Constitución), por lo que el proceso de desalojo durará probablemente más del doble, es decir, 11 meses (como mínimo). Nuevamente, esto generará un daño al arrendador, en caso de desalojo por mora del arrendatario, ascendente a por lo menos 13 meses y medio, incrementándose el

indicado daño por lucro cesante.

Por lo expuesto, el proceso de desalojo judicial no es en lo absoluto expeditivo para reconocer el derecho del arrendador de recuperar su bien inmueble ante una de las causales previstas en el Código.

Ahora bien, inicialmente se tenía prevista la figura de la “Sentencia con condena de futuro” (Art. 594° del CPC), cuya regulación inicial indicaba que el arrendador puede demandar:

“el desalojo antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento solo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo. Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso”.

En la práctica se trataba de un artículo sin mayor uso, puesto que la sola demanda realizada por el arrendador antes del vencimiento del contrato tenía una consecuencia inmediata e inevitable: la cesación en el pago de la renta convenida. Tomando en cuenta el plazo mínimo de un proceso de desalojo (89 días calendario), el arrendador tendría que demandar el desalojo 3 meses antes de que venza el contrato, lo cual implicaba perder 3 meses de renta, por lo menos. En otras palabras, no ocurría el allanamiento por parte del arrendatario, sino que esta acción debilitaba la relación de confianza en el contrato de arrendamiento e inevitable generaba la cesación de pagos.

Con la noble finalidad de hacer más expeditivo el proceso de desalojo, se reformó el artículo 594° mediante Ley N° 30201 del 28 de mayo de 2014, cuya técnica legislativa

ha sido confusa de entender tanto por abogados como jueces, lo cual derivó en la necesidad de emitir el protocolo antes expuesto⁶. Se agregaron entre otros, los siguientes párrafos:

*“En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con **firmas legalizadas** ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan **una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario**, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el **artículo 1697° del Código Civil**, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de **seis días**, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.”*

*“Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, **el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles**, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.”*

En términos procesales civiles, estos párrafos permiten que el proceso sumarísimo de desalojo, como subproceso cognitivo, se convierta en uno de tipo ejecutivo con contradicción, sin audiencia y sin sentencia, sólo con auto de ejecución forzada (lanzamiento).

Finalmente, antes de la aparición del protocolo, se observó que los operadores jurídicos no utilizaban este nuevo proceso especial, por lo que se implementó el Proceso Único de Desalojo, mediante Decreto Legislativo N° 1177 en el año 2015, así como el

⁶ Resolución Administrativa N° 247-2023-CE-PJ, el “Protocolo de gestión del proceso especial de desalojo de la Ley N° 30201”

Desalojo Notarial mediante Ley N° 30933 en el año 2019, los cuales tampoco han logrado resolver el problema. En otras palabras, el Derecho Procesal Civil ha intentado facilitar el desalojo por parte de los sujetos legitimados, sin embargo no ha podido, lo cual enerva aún más la convicción de los arrendadores de tomar justicia por propia mano, a través del desalojo extrajudicial, que ha sido interpretado como usurpación de bien inmueble.

1.3.3. La Solución Intermedia: El “Desalojo Notarial”.-

La última medida que busca solucionar la problemática del desalojo, es el “desalojo notarial”, aprobado por Ley N° 30933. Desde un punto de vista procesal, el nombre desalojo notarial es parcialmente correcto en el extremo que el notario emite una “orden de desalojo” a través de un parte notarial, no obstante, éste no goza de la fuerza compulsiva que si tiene un juez en caso el arrendatario no acate dicha orden. En otras palabras, el notario no puede emitir una orden de lanzamiento pero si una “orden” de desalojo.

Para poder acceder a este procedimiento es necesario contar con una escritura pública, por lo que no basta las firmas legalizadas, así como otras formalidades, tales como la individualización del bien inmueble y un número de cuenta para hacer los pagos.

Una de las principales críticas a este mecanismo es que no está exento de debilidades cuando se presenten situaciones altamente controvertidas, a pesar de contar con una pequeña etapa contradictoria, que pueden provocar la denegación de la emisión del acta no contenciosa y por lo tanto, derivar el debate cognitivo al poder judicial.

De modo similar al desalojo por cláusula de allanamiento a futuro, lo que se pretende es acortar la parte cognitiva de este proceso e ir rápidamente a la parte ejecutiva, partiendo del supuesto que la actividad notarial se centra en una constatación de hechos concretos: el vencimiento del contrato ó el incumplimiento del pago de arrendamiento.

No obstante, el tenor de la Ley N° 30933 del 2019 colisionaría con el IV Pleno Casatorio Civil de 2013, en el extremo que admite la posibilidad de iniciar un desalojo en virtud de un contrato de arrendamiento (y no desalojo por ocupante precario), mediando resolución del contrato y/o envío de la Carta Notarial de restitución del bien inmueble (Artículo 6° de la Ley 30933), como requisitos de la solicitud de desalojo. En tanto es un trámite no judicial, podría entenderse que en sí mismo no se ve afectado por el IV Pleno Casatorio civil.

Empero, en el año 2017 se emitió el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, en el cual se reanaliza los efectos del IV Pleno Casatorio Civil, y se concluye que el requerimiento de restitución del bien mediante carta notarial convierte el arrendatario en precario y, en consecuencia, impide *“interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato sino únicamente por ocupación precaria”*. *Contrariu sensu*, si el arrendador no solicita la restitución del bien inmueble mediante carta notarial e inicia directamente el proceso de desalojo por vencimiento de contrato (o por falta de pago de la renta por arrendamiento), entonces sí es procedente dicha vía.

Ante esta confusión y potenciales contradicciones entre la judicatura y el legislador, es que se procedió a emitir el “Protocolo de gestión del proceso especial de desalojo de la ley N° 30201”, en el cual queda claro que el único supuesto de resolución que no impide el inicio del proceso de desalojo es la falta de pago. En otras palabras, si el título fenece por resolución amparado en otra causal, se entiende fenecido y convertida la posesión en precaria. Así mismo, el tenor de la Ley en cuestión es que se sustituye la mencionada solicitud de restitución mediante carta notarial, con la interposición de la demanda, por lo que dicha acción no genera el fenecimiento del título posesorio y por lo tanto implicaría la continuación del contrato de arrendamiento, hasta la fecha del auto final. Esta

interpretación permite no caer en la trampa procesal creada por el IV Pleno Casatorio Civil, sin embargo, el protocolo es tan reciente como pendiente de ser asimilado por la judicatura.

1.4.¿Por qué un arrendador “usurparía” su propio bien inmueble?

Este último acápite tiene por finalidad unir el enfoque civil con el enfoque penal. ¿En qué momento una restitución *de facto* del bien inmueble se convierte en usurpación? ¿Por qué desearía un arrendador usurpar su propio inmueble? La pregunta parece contradictoria, sin embargo, es necesario un contexto. Si un arrendatario cumple con su parte del contrato, es decir, cuida razonablemente el bien y paga su arrendamiento, no existiría razón lógica para que el arrendador ingrese al inmueble. En dicho caso, hacerlo implicaría vulnerar el acuerdo de las partes, desconociendo el contrato suscrito.

No obstante, el escenario es distinto si es que se trata de un arrendatario que no cumple con su parte del contrato, por ejemplo, no paga la renta y/o no devuelve el bien cuando debería hacerlo según la Ley o el contrato. En dicho caso, el arrendatario le está generando un daño al arrendador, un perjuicio económico dinerario pues no le compensa por el uso del bien inmueble y/o un perjuicio económico real pues no le permite usar dicho bien inmueble. Ambos daños son excluyentes. Así mismo, ambos daños son continuados, mientras el arrendatario mantenga su negativa de cumplir el contrato.

Ante esta situación de daño, el arrendador desea reducirlo. Una opción es solicitar el pago del arrendamiento por la vía privada y luego por la vía judicial. Otra opción es solicitar la restitución del bien, tanto por la vía privada como por la judicial. No obstante, el sistema judicial tiene una estructura tal que permite la oposición (contradicción) del arrendatario, por corresponder al debido proceso (Art. 2° del CPC) y

a la pluralidad de instancia (Artículo X del CPC). Sin embargo, esta situación afecta de sobremanera los intereses del arrendador, por cuanto no obtiene de manera coercitiva una orden inmediata para el cumplimiento del contrato.

Si bien el arrendador debería ser más diligente al momento de suscribir un contrato de arrendamiento con un tercero, existe notoriamente asimetría de la información⁷ respecto de las características de este último, así como los verdaderos riesgos que debe enfrentar que podrían reducir sus ingresos disponibles para el pago de la renta. Aunque nada impide que el arrendador sea mucho más activo y vigilante ante cada suceso, por más pequeño que sea, que pueda generar siquiera el riesgo más mínimo sobre el bien inmueble ó la renta.

Definitivamente, este análisis pragmático y realista no puede contradecir todo el sistema de justicia ya establecido en el Perú, sino que busca entender las causas socioeconómicas que llevarían a un arrendador a cometer dicho acto: El ingreso al inmueble. Cabe recordar que el ingreso en cuestión puede realizarse en presencia del arrendatario o en ausencia de éste. En el primer caso, estaríamos en el inciso 2° del Código Penal, mientras que, en el segundo caso, en el inciso 4° del artículo 202° del Código Penal, los cuales serán analizados en el siguiente capítulo. No obstante, debe quedar claro que no todo ingreso al inmueble por parte del arrendador sería ilegítimo, máxime si cuenta con una sentencia favorable de desalojo.

Conviene agregar que, si bien la violencia es totalmente inaceptable, la defensa propia es una excepción a dicha regla. Aún más, la amenaza se entiende como la

⁷ La asimetría de información es la situación en la cual una de las partes de una relación contractual tiene más información que la otra respecto de las características del objeto del contrato, así como de sus propias características personales.

coacción para evitar un potencial daño físico o moral. No obstante, no puede entenderse como una amenaza el hecho de ejercer acciones legales contra el arrendatario.

Ahora bien, una vez desalojado al arrendatario/poseedor e ingresado al inmueble el arrendador/propietario puede tener intereses en habitar ahí, en utilizarlo para otros fines y/o en ofrecerlo en arrendamiento a una nueva persona. En todos los casos, se trata de intereses distintos a los del arrendatario, ya que éste deseaba continuar ejerciendo la posesión del bien inmueble.

¿Pero qué ocurriría si se trata de un vencimiento del contrato? En otras palabras, el arrendador indica que la salida del arrendatario se da el último día del mes. Al concluir dicho mes, éste procede a ingresar a su inmueble y se encuentra con el arrendatario. ¿Es dicho ingreso y desposesión legítimos? ¿Constituye supuesto de usurpación? ¿Por qué no puede ingresar el arrendador al inmueble cuando se entiende que la posesión ya concluyó? ¿Es realmente necesaria una formalidad al respecto? ¿La conclusión del contrato otorga legitimidad al ingreso del arrendador ese mismo día?

Las respuestas a estas preguntas se realizarán en el capítulo siguiente, mediante un análisis del tipo penal. No obstante, conviene preguntarse si puede entenderse concluido el arrendamiento de duración terminada de pleno derecho, mediante el vencimiento de contrato, acto de resolución contractual o contexto de mora del arrendatario. Tal vez el simple incumplimiento contractual no debería ser suficiente para eximir de responsabilidad al arrendador, sino luego de que exista un requerimiento para cumplir con lo previsto, es decir, una intimación y una resistencia por parte del arrendatario. En otras palabras, la exención de responsabilidad penal debería comenzar en tanto el arrendador adquiera el derecho a la posesión de manera evidente.

CAPITULO II

Análisis de la usurpación cometida por el arrendador según el Código Penal

En el presente capítulo se realizará un análisis de las características del delito de usurpación, desde un enfoque sustantivo, más no procesal, revelando la problemática del propietario-arrendador, el bien jurídico protegido, entre otros, ahora desde una perspectiva penal.

En efecto, este capítulo tiene su fundamento en que “*delito de usurpación [...]*”

es un delito que tiene zonas limítrofes con el Derecho civil, específicamente con el Libro correspondiente en el Derecho Real [Libro V, artículos 881 a 1131], ya que el bien jurídico protegido, según el Código Penal peruano, es exclusivamente el 'patrimonio'. Sin embargo, en la figura legal de la usurpación, el bien jurídico tutelado es la 'posesión' conforme al artículo 202° del Código penal (...)". (Reategui y Espejo, 2012, p. 104).

Sin perjuicio de ello, conviene indicar que la jurisprudencia ya se ha manifestado sobre diversos elementos adjetivos con relación al delito de usurpación, tales como el elemento probatorio, la formación de convicción ó los requisitos de debida motivación (R.N. 1928-2016- Ayacucho, 2016).

Cabe recordar que, a la fecha, resulta válido lo indicado por Galvez y Delgado (2011, p1150) cuando manifiestan que *"el agente de delito de usurpación es indiferenciado, por lo que puede ser cualquier persona, incluso el propietario, (...), así por ejemplo, el propietario que despoja de la posesión al arrendatario, usufructuario, comodatario, etc"*. (Subrayado agregado). En es mismo sentido, Peña Cabrera (2008, p 377) precisa que *"para ser considerado sujeto activo no se requiere de ninguna condición especial, pues inclusive puede ser el propietario no poseedor, así como el co-poseedor"*.

2.1.El bien jurídico protegido de la usurpación según el Código Penal y la jurisprudencia penal.-

En primer lugar, conviene reducir la problemática del bien jurídico protegido al patrimonio, conforme a su ubicación en el Código Penal, y no a la libertad o intimidad a pesar de que dichos derechos podrían ejercerse dentro de un bien inmueble. En

efecto, siguiendo a Quinteros y Morales (1996, p. 478), *“los delitos de usurpación no dejan de ser delitos contra el patrimonio, y en eso, se diferencian de otros delitos que también se ejecutan sobre inmuebles, como por ejemplo, el allanamiento de morada [violación de domicilio], con los que guardan notable similitud material, pero en los que no existe componente de daño patrimonial”*.

2.1.1 La Posesión física e inmediata

El delito de usurpación se encuentra en el artículo 202° del Capítulo VIII del Título V (Delitos contra el patrimonio) del Código Penal. En este sentido, el bien jurídico protegido en sentido estricto es el patrimonio. Cabe precisar que la Real Academia Española (RAE) concibe al patrimonio como *“aquello que viene del padre”*, dicho de otro modo, los bienes heredados por los ascendientes. Dicha concepción cercana al derecho de sucesiones se debe complementar a una concepción de tipo económica, de este modo siguiendo a Prado (2017, pp83):

“(…) existe coincidencia en calificar al patrimonio como una universalidad jurídica que se representa en la integralidad de los bienes muebles e inmuebles, o de las acciones o valores que componen el activo o pasivo, el debe y el haber de toda persona natural o jurídica; que no hay individuo que no sea titular de un patrimonio aunque sus componentes sean siempre desiguales para unos y para otros; así mismo, que el patrimonio debe visualizarse como un bien jurídico flexible, medible, mutable y transferible”.

En este orden de ideas, podría entenderse que el patrimonio (y los delitos que le afectan) se podría manifestar mediante la propiedad, sin embargo, el delito

de usurpación tiene una interpretación distinta, concentrada en la posesión de bienes inmuebles. Así mismo, los bienes inmuebles son los entendidos en el artículo 885° del Código civil, sin embargo, en la presente investigación, se hará referencia estrictamente a los bienes inmuebles construidos, habitables, en zonas urbanas y arrendados con fines de vivienda, esto es, casas o departamentos.

Conviene recordar que el enfoque civil hace referencia a que la posesión es la manifestación y ejercicio del derecho de uso y/o disfrute (Código Civil, artículo 896°). Esto revela una colisión civil-penal respecto al término “disfrute”: Mientras que el derecho penal entiende al disfrute como el uso pacífico, el derecho civil lo entiende como la percepción de frutos provenientes del bien poseído. Un ejemplo concreto de ello sería el subarrendamiento, lo cual escapa de los alcances de la presente investigación. Por lo tanto, el “disfrute penal” debe entenderse como el “uso civil”.

La jurisprudencia penal tiene claro que el bien jurídico protegido es la posesión inmediata y/o “real”, en principio sin restricciones significativas, salvo la de “posesión pacífica” (Casación N° 1252-2021-Huaura, 2022). En otras palabras, a diferencia del enfoque civil que tiene diversos matices respecto a la posesión, así como los mecanismos de oposición, en el derecho penal la discusión es casi nula en la jurisprudencia.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia también ha reconocido la “posesión ficta” en los casos de ingreso al inmueble en ausencia del poseedor (Corte Superior de Ventanilla, 2017).

En este sentido, la Jurisprudencia Penal ha dejado totalmente aclarado que

la interpretación vigente a la fecha es que el bien jurídico es la posesión (pacífica y/o pacífico-ficta) y no la propiedad (Casación N° 727-2019-Ica, 2021).

No obstante, incluso la discusión es de tipo fáctica, en el sentido a la fecha que tampoco se admite el “derecho a la posesión” ni la “posesión mediata”, lo cual presuntamente simplifica el análisis del tipo penal, pero que en la práctica incrementa la criminalidad penal por las acciones de despojo y/o ingreso al inmueble.

¿Esto quiere decir que toda posesión física e inmediata es susceptible de protección por el derecho penal? ¿Qué ocurre con la distinción entre la posesión legítima e ilegítima? Dicha interrogante no es de menor importancia, por cuanto en diversas legislaciones se plantea el requisito de la legitimidad como un elemento adicional. Por ejemplo, en el caso chileno *“la posesión y la mera tenencia corporales de inmuebles y de derechos reales constituidos en ellas sólo se protegen cuando son ‘legítimas’”* (Van Weezel, 2008 p484)”. Así mismo, Van Weezel (2000, p485) agrega, a partir del derecho penal español, que *“la posesión legítima es la posesión regular y la posesión ilegítima es la posesión irregular. Posesión regular es la ‘que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (...). Posesión irregular es la que carece de estos requisitos.”*. Pero en el derecho penal argentino, el enfoque es opuesto, ya que a decir de Donna (2008, p 817) *“resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que da el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión”*. Y tal como se ha visto en el capítulo anterior, en el caso peruano, la posesión ilegítima se asocia con la posesión precaria.

2.1.2 ¿Puede ser la posesión precaria realmente un bien jurídico protegido en contrato de arrendamiento?

Un sector de la doctrina (Quispe Labra, 2013 y Villalobos, 2020) y de la jurisprudencia (R.N. 2477-2016-Lima) afirman que no resulta relevante evaluar la legitimidad de la posesión, sino simplemente el hecho mismo de la posesión. Así mismo, la jurisprudencia considera que el simple hecho de tratarse de un sujeto activo propietario del bien no le exime de responsabilidad penal, por el delito de usurpación (Casación 259-2013-Tumbes).

Ahora bien, cabe precisar que dicha jurisprudencia se ampara en la doctrina citada, en otras palabras, la base doctrinal para esta decisión polémica es sólo una (01), lo cual debería resultar insuficiente y podría fácilmente ser cuestionada por argumentos jurídicos más sólidos, por ejemplo, la Sentencia del Exp. 00418-2015-90-2505-JR-PE-02 (Corte Superior de Justicia de Santa, 2019) en adelante la “Sentencia Antiprecario”.

No obstante, conviene aclarar que un bien jurídico protegido *“constituye el conjunto de valores, intereses y aspiraciones de los individuos y la sociedad”* (Leyva, 2016). Así mismo, Leyva (2016) agrega que *“lo anterior legitima la despenalización de aquellas conductas que no representan un riesgo real y grave a la humanidad”*.

A mayor abundamiento, la “Sentencia Antiprecario” ha indicado en su fundamento 2.6 los siguientes aspectos relevantes: i) que los bienes jurídicos sólo pueden ser lícitos, más no ilícitos, ii) que “habrá bien jurídico cuando no resulte contrario a Derecho”, iii) que “los actos ilícitos no son dignos de tutela penal”, iv)

que “sólo la afectación de un bien jurídico, valida la injerencia penal” y v) que “el derecho penal no protege ilícitos, sino bienes jurídicos”.

En este orden de ideas, al proteger penalmente la posesión precaria se estaría salvaguardando un hecho ilegal y/o ilegítimo, aunque de naturaleza civil, lo cual debería ser contrario a la protección penal (Reynaldi, 2020 y Reynaldi 2020a). Es decir, se estaría penalizando una situación que no debería ser sancionable. Si bien es cierto que los jueces, en aras de evitar el prevaricato, “no podrían diferenciar donde el derecho no diferencia”, ello va en contra del “principio intervención mínima”.

Dicha inconsistencia ha sido desconocida en reiteradas veces, a través de la interpretación literal de la norma penal, la cual en efecto no diferencia la posesión legítima de la ilegítima. Sin embargo, al mismo tiempo, la doctrina penal se ampara en la definición de la posesión según la definición civil. Y el hecho de incluir a la posesión precaria como bien jurídico protegido ha respondido a una interpretación del juez penal de que, a pesar de la precariedad, se trata del ejercicio de una posesión y de ello jurídicamente protegida (Casación 2477-2014-Lima, 2015). En otras palabras, por un lado, el derecho penal incorpora la noción civil de posesión precaria, la legítima y la defiende (al igual que las otras), pero por otro lado, no incorpora la ilegitimidad civil que ésta contiene y que autoriza al propietario su desalojo en la vía civil.

No obstante, por el momento, las decisiones judiciales enfrentadas son de distinta jerarquía (Juez Penal versus Sala Penal de la Corte Suprema), aunque los argumentos del primero sean considerablemente más extensos que el segundo. Si

bien el Juez Penal puede apartarse de la Sala Penal, al no ser un criterio vinculante, ni acuerdo plenario ni Sentencia Plenaria. Sea como fuere, la doctrina debería apoyar el razonamiento de exención de responsabilidad en la usurpación cometida por el arrendador, bajo el principio de *ultima ratio* y bajo el concepto que realmente no hay un bien jurídico que haya sido vulnerado (Reynaldi, 2020), sino un mal jurídico.

Es posible que la lógica del juez penal sea la de evitar la justicia con mano propia, previsto en el artículo 417° del Código Penal y que la autotutela no se convierta en la regla. Sin embargo, ya se ha visto que dicho paradigma ha cambiado con la modificación del artículo 920° del Código Civil, por lo que es necesario que los jueces penales también cambien su concepción de la autotutela, máxime si ya existe un artículo conferido específicamente al delito por justicia por mano propia (Artículo 417° del CP) que debería ser aplicable en lugar de la usurpación, en el contexto mencionado.

Finalmente, la problemática de la no protección a los actos ilícitos no es propia del delito de usurpación, a pesar de ya existir un precedente en ese sentido (Casación N° 2195-2011-Ucayali), sino que también se aplica, por ejemplo, a la no protección penal ante la estafa en el marco de actos ilícitos no penales (Casación N° 421-2015-AREQUIPA).

2.2. Visión general de los supuestos de la usurpación según el Código Penal.-

Si bien existen diversas conductas y medios en el delito de usurpación, sólo serán considerados aquellos más cercanos al contexto de un contrato de arrendamiento. Por ejemplo, no serán consideradas diversas modificaciones del año 2015 (Mediante Decreto

Legislativo N° 1187°), por ser más índole estatal.

2.2.1.- Las acciones típicas de la usurpación de los incisos 2° y 4° . -

A continuación, se analizarán los supuestos de usurpación del artículo 202° del Código Penal, que podrían aplicarse a un arrendador que no ejerce la posesión sobre su bien inmueble. Así la usurpación ocurre cuando el propietario (arrendador):

“2. Despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.”

“4. Ingresa ilegítimamente a un inmueble.”

Estos tipos objetivos penales tienen precisiones en su redacción, que serán analizadas en su debido momento. Sin embargo, cabe una reflexión inicial: ¿En qué casos podría ingresar legítimamente a su inmueble por encima de la oposición del arrendador? La respuesta más sencilla la otorga el Derecho Procesal Civil, indubitadamente mediante una orden de lanzamiento.

Conviene agregar también que, según el citado artículo, el supuesto 2° requieren además el uso de violencia o amenaza sobre bienes o personas, mientras que el supuesto 4° requiere actos ocultos.

2.2.2.- Las finalidades típicas detrás de la usurpación (inciso 2° y 4°). -

De una lectura del artículo 202° (incisos 2° y 4°) del Código Penal, puede deducirse que las finalidades típicas detrás de la usurpación son tres:

- a) El ingreso al inmueble (sin finalidad posesoria)
- b) La desposesión parcial
- c) La desposesión total

En efecto, la desposesión o despojo va más allá del simple ingreso, sino que se refiere, según Bramont-Arias (2020, p381) a *“todo arrebató o desposesión a su titular de la posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real”*, con la precisión que debe entenderse a la posesión como *“la existencia de una relación jurídica que ligar al bien inmueble con su titular (...)”* (Bramont-Arias, 2020, p381)

Así mismo, a decir de Fontán Balestra citado en Rojas (2013, p560) , el despojo tiene dos efectos: i) *“de una parte, el poseedor, tenedor o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación”* y *“el usurpador ha de estar en condiciones de permanecer en la ocupación”*. Así mismo, tal como indica Rojas (2013, p560) citando a la Sala Plena de jurisprudencia Vinculante de 1994, no puede haber desposesión sin posesión previa.

En este punto, tal como lo ha destacado la jurisprudencia, (R. N. 1691-2017- Junín, 2018 y Sala Penal de Apelaciones, 2018) es de especial interés la carga probatoria del elemento subjetivo del tipo, ya que permite esclarecer los alcances de la comprensión de la descripción legal prevista en los incisos del artículo 202° del Código Penal.

2.2.3.- Los medios para lograr la usurpación (incisos 2° y 4°) -

El código penal precisa diversos medios a través de los cuales se puede constituir el delito de usurpación:

Para el inciso 2º: violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza.

Para el inciso 4º: actos ocultos en ausencia ó asegurando el desconocimiento.

En este sentido, la ausencia de estos medios ó elementos de tipicidad acarrea la atipicidad y ausencia de responsabilidad penal. Por ello su análisis, separado de los elementos objetivos, podría ser incorrecto.

¿Es posible dejar de lado la violencia y/o la amenaza para ejercer el despojo al inmueble? Considerando que dichos actos violentos serán verificados por los efectivos policiales, el hecho de ingresar al inmueble con su propia copia de las llaves puede implicar una situación de atipicidad, siempre que no se trate de una situación de actos ocultos en ausencia o en desconocimiento del arrendatario. Por ello, nada impide que el arrendador avise al arrendatario que, dadas las circunstancias, va a ejercer su derecho a ingresar al bien y tomar posesión, conforme lo haya pactado en el contrato. Este escenario excepcional podría permitir la ausencia de tipicidad y en consecuencia ausencia de responsabilidad penal. No obstante, la probabilidad de que se genere un conflicto es alta en estas circunstancias, dado que este acto requiere el consentimiento del arrendatario.

¿Y qué ocurriría si ingresado el arrendador al inmueble, sea el arrendatario quien ejerza la violencia sobre éste? ¿Se tratará de un delito de usurpación ó será uno de lesiones, coacción u otro afín? ¿Podría deducirse que lo hace por

encontrarse en defensa legítima de un derecho, en particular la defensa posesoria extrajudicial? Lamentablemente, en este caso, al ser el sujeto activo el arrendador-propietario, simplemente dicha argumentación no se sostendría a la luz de lo indicado por la modificación del artículo 920° del Código Civil.

En cuanto al ingreso en ausencia del arrendatario, uno podría dudar si realmente se está defendiendo la posesión “real”, no obstante, la jurisprudencia (Corte Superior de Ventanilla, 2017) habría reconocido, tal vez sin darse cuenta, la existencia de una posesión ficta.

2.3. Análisis de la tipicidad objetiva de la usurpación (incisos 2 y 4°). –

2.3.1.- El despojo de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real (inciso 2°)

El inciso 2° del artículo 202° indica textualmente que comete usurpación *“El que, con violencia, 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.”*

Este supuesto puede incluir otros derechos reales aparte de la posesión o tenencia, por ejemplo, el derecho de usufructo, el derecho de frutos, el derecho de superficie, el derecho de servidumbre. Sin embargo, para el presente análisis no se tomarán en cuenta, por tratarse de contratos de arrendamiento elementales con fines de vivienda, sin opción de subarrendamiento ni otro tipo de obtención de frutos. Así mismo, este tipo penal también incorpora la posibilidad de que ocurra un despojo total o parcial de la posesión. En adición a ello, cabe la actuación con

violencia o amenaza.

En cierto modo, este tipo representa el principal caso de usurpación en el sentido de que no sólo se busca ingresar al bien inmueble, sino que tiene por finalidad despojar al poseedor del mismo, ya sea parcialmente o totalmente. Esto último puede asemejarse al desalojo, en el sentido que se procede al retiro total del arrendador. Sin embargo, la posesión parcial podría implicar una coposesión entre arrendador y arrendatario, lo cual según este inciso 2º representaría un ilícito penal.

Así, en este último supuesto, corresponde concentrarse en los medios para lograr tal fin. Considerando las aclaraciones ya hechas en lo relativo a la violencia y amenaza, corresponde concentrarse en el abuso de confianza. En términos sencillos, un abuso de confianza implicaría que el arrendador tiene la aprobación del arrendatario para ejercer algunos actos en relación con el inmueble, sin embargo, consistiría un abuso, si dicho propietario excede de lo permitido por el arrendador en el extremo que implique el despojo. Sería atípico el caso en que el abuso de confianza implique un uso temporal ó consumo de bienes muebles dentro del inmueble.

Cabe indicar que este permiso podría constar de manera verbal, pero a efectos de ser más formales, podría quedar escrito en el propio contrato. Por ejemplo, que el arrendador puede ingresar en caso de que suene la alarma de seguridad del bien inmueble, con la finalidad de apagarla, pero dicho permiso no incluye tomar posesión del bien, es decir, pernoctar o tomar posesión específica de una habitación.

O, por ejemplo, en el caso que el arrendatario esté de viaje, se le permite al arrendador ingresar al inmueble para hacer uso del bien, pero sólo hasta el regreso de dicho arrendatario. Un abuso de confianza sería que se instale permanentemente en el inmueble o peor aún que lo ofrezca en arrendamiento.

¿Pero correspondería abuso de confianza si ambas partes acuerdan que, al finalizar el contrato, el arrendador puede ingresar al inmueble e instalarse en algún área disponible del inmueble, si la hubiera? ¿O una que previamente hayan acordado? ¿Y qué ocurriría si ya se tiene un acuerdo de coposesión desde el inicio del contrato? En este último caso no cabría la desposesión total ni parcial, dado que esta última ya preexistiría. Es decir, para que exista un despojo parcial, debe existir una posesión total que la anteceda. Así mismo, en todos los casos indicados no sólo no habría abuso de confianza, sino tampoco violencia ni amenaza.

Por lo tanto, no sólo importa el despojo parcial o total sino también los medios típicos sobre los cuales se ejecuta la desposesión. En este sentido si se trata de un despojo parcial o total pero que no implique ni un abuso de confianza, ni violencia ni amenaza, entonces no se cumple el supuesto del inciso 2.

Finalmente, por ser de interés de un arrendatario, conviene precisar que la jurisprudencia (R.N. 502-2002-Huánuco, 2005) ha considerado que, al ser el delito de usurpación en esta modalidad, se trata de un “delito de estado o instantáneo con efectos permanentes”, el plazo de prescripción comienza cuando ocurre el acto de despojo previsto en este inciso, siendo irrelevante si el arrendador-propietario se mantiene o no en el bien inmueble. Esto quiere decir que la permanencia o no del arrendador- propietario no suspende ni interrumpe el

plazo de prescripción.

2.3.2.- El ingreso ilegítimo al inmueble mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor (inciso 4°). -

Si bien, este inciso también podría ser aplicable al arrendador-propietario que tiene un inmueble desocupado por cuanto *“se considera usurpación al ingreso clandestino al inmueble, situación que recoge una realidad social, en la que una persona que tiene varios inmuebles (y no se encuentra posesionado en uno de ellos) puede ser víctima del despojo de su propiedad”* (Arbulu, 2019, p211), en la presente investigación el arrendador-propietario tendrá más de un inmueble (el que vive y el que da en alquiler).

Sin perjuicio de lo anterior, a decir de Arbulu (2019, p212), en este supuesto, *“la norma no tutela, en estricto, la posesión como situación actual, presente y de facto, sino como a su derecho potencial de ejercicio de la posesión”*, lo cual permite distinguir este inciso del despojo previsto en el inciso 2°.

Este inciso es especialmente importante, por cuanto inicialmente el arrendatario trabaja para obtener un ingreso económico a fin de pagar la renta, ausentándose del bien inmueble; no obstante, si la morosidad es arbitraria, unilateral y sin causa económica (no ha perdido el empleo), el arrendatario continuará ausentándose del bien inmueble. Sin perjuicio de ello, también es posible que el arrendatario se ausente, pero no su familia, por ejemplo, su conviviente ó cónyuge y/o sus hijos u otros familiares. En efecto, pueden ocurrir dos escenarios: 1) Que no haya absolutamente nadie en el inmueble ó 2) Que las personas familiares que se encuentren en el inmueble no se encuentran en

capacidad de ejercer oposición alguna. De otro lado, corresponde averiguar si dicha ausencia es temporal (horas) o más prolongada (viaje).

Por sí mismo, el ingreso al inmueble no implica automáticamente una desposesión, por lo que en sentido estricto no estaría atentando contra el bien jurídico protegido. Sin embargo, sí puede indicarse que éste permite o facilita ejecutar la desposesión total o parcial. Podría entenderse que el ingreso al inmueble es más un delito de peligro que realmente una afectación real y efectiva a la posesión del arrendador.

Al mismo tiempo dicho ingreso debe ser ilegítimo. Dicho de otro modo, existen casos legítimos que podrían haber acordado las partes para dicho ingreso. En particular, el código afirma que dicha ilegitimidad se configura específicamente en el caso de actos ocultos. ¿Esto quiere decir que el ingreso con violencia o amenaza, pero sin fines de posesión no se encuentra en este tipo penal? En realidad, este último supuesto podría enmarcarse en el tercer inciso, turbar la posesión.

¿Podrían existir otros supuestos ilegítimos, en el sentido que no fueron acordados por las partes, pero que no implicaban actos ocultos? ¿Por ejemplo, qué ocurre si el arrendador ingresa al inmueble porque algún vecino ha reportado un problema estructural en las paredes ó una fuga de agua u otro escenario de fuerza mayor? Entonces debe quedar claro que el simple ingreso del arrendador al bien inmueble no implica el delito de usurpación, pues debe mediar la ilegitimidad prevista en el código.

Finalmente, resulta lógico que sí, luego de este ingreso, el arrendador toma

posesión del inmueble, se trataría de un caso de desposesión del arrendatario. Claramente si ingresa con la venia del arrendatario, pero luego de manera imprevista toma posesión parcial o total del bien, entonces podría calificarse como un engaño o abuso de confianza, y aplicar el inciso 2 del artículo 202. ¿Pero qué ocurre si ingresa para negociar la renovación del contrato, y según el procedimiento de negociación previsto, al no haber acuerdo entre las partes, el contrato le faculta a tomar posesión inmediata? ¿Existiría engaño, abuso de confianza u actos ocultos?

Es conveniente precisar que el artículo 202° del CP no hace mención explícita de la necesidad de comunicar la intención de toma de posesión de manera adicional a la previamente acordada por las partes. Es decir, que la omisión de comunicar una intención o una finalidad ya conocida implique uno de los medios no violentos tales como los actos ocultos, el engaño o el abuso de confianza. En el ámbito civil se ha visto que esta comunicación, a pesar de ser facultativa, genera efectos jurídicos civiles y procesales civiles significativos.

2.4.- Estructura de la tipicidad en del delito de usurpación (Incisos 2° y 4°).

Por lo expuesto en los incisos anteriores, es posible resumir la estructura de la tipificación del delito de usurpación del siguiente modo:

Acción Típica	Medios				
	Violencia	Amenaza	Abuso de Confianza	Engaño	Actos ocultos en ausencia
Ingreso al	Atípico	Atípico	Atípico	Atípico	Inciso 4

inmueble					
Desposesión Total o Parcial	Inciso 2	Inciso 2	Inciso 2	Inciso 2	Atípico

No obstante, otro sector de la doctrina (Reategui y Espejo, 2016) considera que, en particular, la violencia no es un medio sino un elemento y requisito de tipicidad, por lo que, ante su ausencia, se trataría un acto atípico y por lo tanto no punible. Este enfoque modificaría la tabla antes descrita.

2.5.- ¿Qué relevancia penal tiene el Desalojo privado ó extrajudicial realizado por el arrendador? .-

El desalojo como institución jurídica es concebida como la decisión y orden de un juez para que el poseedor de un inmueble se retire del mismo por la fuerza, independientemente de su voluntad o sus circunstancias. Se justifica la necesidad de utilizar el aparato jurisdiccional ya que dicha orden implica el uso legítimo de la fuerza, la cual puede implicar violencia, amparada en el Derecho. Dicha excepcionalidad sólo puede ser otorgada por una decisión legítima de un juez. Esta decisión judicial puede calificarse como desalojo por ocupación precaria, desalojo por vencimiento de contrato o desalojo por incumplimiento en el pago, aunque estos dos últimos estarían dentro del espectro del “desalojo anticipado”, es decir, a partir de la cláusula de allanamiento a futuro prevista en el artículo 594° del Código Procesal Civil.

Ahora bien, el desalojo no sólo es de naturaleza civil, sino también penal, según lo prevé el artículo 311° del Código Procesal Penal, con el desalojo preventivo y la ministración de la posesión. Cabe precisar que dicho tipo de desalojo sólo resultaría

aplicable si efectivamente se hubiere cometido el delito de usurpación, y obviamente, no cabría en el caso contrario. Sin embargo, un sector de la doctrina (Bazán, 2016) considera que sólo basta la posesión como tal para acreditar la potencial comisión del delito de usurpación, más no la convicción de que se haya cometido dicho delito. Empero, ello podría vulnerar el principio de excepcionalidad de dicha medida; aunque el arrendador, en dicho caso, puede impugnar dicha decisión con efecto suspensivo.

Desde otro enfoque, la jurisprudencia penal (Casación 38-2010-Huaura, 2011) ya se ha encontrado con el reconocimiento de que el desalojo preventivo y/o la ministración de la posesión puede ser reparaciones muy exageradas y/o innecesarias, según las circunstancias, y que es plenamente posible negarlas, a fin de proteger al arrendador-propietario que ha usurpado el bien, incluso no sólo para poseerlo, sino para crear otro contrato de arrendamiento con un tercero. Empero, la ausencia de la medida en cuestión no implica la exención de responsabilidad penal del propietario, aunque, según las circunstancias es posible que no haya una pena efectiva y en consecuencia dicho propietario mantenga la posesión mediata ó inmediata del bien inmueble, habida cuenta que no hubo desalojo preventivo ni ministración de la posesión ni orden de lanzamiento.

No obstante, dicho paradigma ha cambiado, a través del “desalojo notarial”, sobre el cual es el notario que da la “orden” de desalojo. Aunque, a diferencia del juez, el notario no tiene el poder suficiente para ordenar el uso de la fuerza a fin de que se cumpla su mandato, en particular el descerraje y/o el apoyo judicial.

En otras palabras, se ha precisado los alcances del concepto de desalojo: La orden de desalojo y el desalojo propiamente dicho (lanzamiento), siendo este último todavía

reservado al juez civil. No obstante, aún no se ha diferenciado el “desalojo pacífico” del “desalojo por coerción”. Dicho de otro modo, según la legislación civil, sólo en caso de que persista la negativa de desocupar (desalojar) por parte del arrendatario, es que la policía interviene con el descerraje.

Por lo tanto, deberían existir tres dimensiones en el concepto de desalojo: la orden, la ejecución pacífica del orden, la ejecución forzada de la orden. Y, obviamente, el hecho de que la orden judicial pueda desencadenar sin limitación alguna en una ejecución forzada de la misma es que se requiere que un juez la dirija.

¿Pero es posible entonces que exista una “orden privada”, entendiendo, una solicitud para que el arrendatario cumpla con honrar lo pactado en el contrato y se retire del inmueble? El problema radica en que la palabra desalojo se ha asociado exactamente con orden judicial, cuando en realidad se trata de un acto de transferencia ó toma de posesión, entendido como la tradición desde el enfoque civil (Art. 902° del CC)

De este modo, el género es la toma de posesión, la cual puede ser privada ó pública y sólo esta última se denominará desalojo según la legislación civil. O bien, alternativamente se podría denominar desalojo al género y las especies serían la judicial, la notarial y la privada. No obstante, tal como se ha mencionado, sólo la primera es la única que puede utilizar la fuerza violenta sobre los bienes y/o sobre las personas.

2.6.- ¿Comete delito de usurpación el arrendador que desalojó al arrendatario en virtud del artículo 920° del Código Civil? .-

El “desalojo privado” ó “toma de posesión extrajudicial” indicado en el acápite anterior es un supuesto distinto a la defensa posesoria extrajudicial configurada en el

artículo 920° del Código Civil. Mientras que en el primero el sujeto activo procede a la desposesión del sujeto pasivo; en el segundo caso, el sujeto pasivo procede a la defensa y/o recuperación de la posesión que tenía. A simple vista parecieran actos que podrían ocurrir secuencialmente.

Su versión original de 1984 era bastante sencilla, es decir: “*Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*”. No obstante, mediante Ley N° 30230, del 12 de julio de 2014, dicho artículo se complicó aún más, introduciendo la figura del propietario y del poseedor precario.

Es importante mencionar que la modificación al artículo 920° del CC se aplicó para proceder al desalojo privado de arrendatarios morosos durante el COVID-19 (Villalobos, 2020), interpretando literalmente el último párrafo, ante el cual no corresponde la defensa posesoria extrajudicial por parte del arrendador, por el simple hecho de que quien toma la posesión es el propietario. Claramente debe existir algún elemento adicional, por ejemplo, la situación irregular ó mala fe del arrendatario. Al mismo tiempo Villalobos (2020) refiere el riesgo de inaplicación del artículo 202° del CP por tratarse de un hecho atípico y/o no antijurídico.

Es necesario reiterar que no se puede extender la Defensa posesoria Extrajudicial (artículo 920° del Código Civil) a cualquier caso en el cual el arrendador arbitrariamente e indebidamente despoja al arrendatario de la posesión pacífica y tranquila del bien.

No obstante, en el caso presentado existe un incumplimiento contractual y una intimación a retirarse del bien inmueble, ante lo cual el arrendatario se niega

expresamente o no contesta la solicitud. ¿Podría decirse que es el fin de la posesión pacífica y tranquila? Y en cuanto a la practicidad probatoria (Villalobos, 2020), ¿podría aclararse la controversia mostrando el contrato de arrendamiento y documentación complementaria al efectivo policial al momento de los hechos? La jurisprudencia penal aún no admite este tipo de supuestos, y lo usual es que se procese al arrendador por usurpación si desaloja de manera privada al arrendatario.

En efecto, la autotutela autorizada por el 920° del CC es restringida en términos de los medios utilizados para su consecución y su relevancia es crítica ya que, a decir de Varsi (2020), una finalidad es evitar de que se consume el delito de usurpación o que se configure una posesión precaria, en defensa del poseedor actual.

En otras palabras, si el arrendador-propietario tiene derecho a la posesión, ¿basta ello para que desaloje al arrendatario y el último, al querer reingresar, no lo pueda hacer debido a la defensa posesoria que ejerce el arrendador, máxime si es propietario? Nuevamente, la doctrina y jurisprudencia civil distinguen claramente el derecho a la posesión y el derecho de posesión, donde se le otorgue un mayor peso al segundo por su cercanía fáctica con el bien que se posee. Y esto a su vez ha sido recogido por la doctrina y jurisprudencia penal, en el extremo que es la posesión fáctica la defendible, por lo que, desde una visión completa de los hechos, la posesión real la tenía el arrendatario. Por lo tanto, en la actualidad, la imposibilidad civil del arrendatario para ejercer la defensa posesoria extrajudicial frente al propietario no exime de la responsabilidad penal que pueda tener por el delito de usurpación y, de ello, recuperar el bien, vía desalojo preventivo y/o ministración de la posesión previsto en el artículo 311° del Código Procesal Penal.

Empero, lo indicado en el párrafo anterior podría denotar una cierta contradicción entre el ámbito civil y penal, no habría responsabilidad civil pero sí habría responsabilidad penal, lo cual podría colisionar con el principio de derecho penal mínimo. Dicho de otro modo, ¿podría cambiarse el enfoque actual y admitir que, en el caso planteado, la defensa posesoria estaría funcionando como una sustracción de la materia, eliminando el supuesto de hecho configurativo de la usurpación (despojo al propietario) ó la inevitable precariedad del arrendatario (al evitar continuar con la posesión luego del fenecimiento del título)?

Sin embargo, nuevamente, esta última interpretación podría ser contradictoria ya que el mismo 920° del CC habla que también es aplicable al precario, por lo que debería entenderse que se trataría de un precario, susceptible de ser “desalojado” vía autotutela dentro de los 15 días que permite el código, luego de lo cual quedaría consumada su situación jurídica y se tendría que acudir a la defensa posesoria judicial o el desalojo judicial.

Cabe precisar que no puede considerarse el uso de la fuerza violenta el hecho de increparle a un arrendatario a que se retire del inmueble, siempre que no medie afectaciones psicológicas a través de improperios o amenazas a la vida, al cuerpo, a la salud. De modo similar, el simple hecho de tomar los bienes del arrendatario para descargarlos a un vehículo de mudanza no puede considerarse como violencia a los bienes, por cuanto la violencia tiene un fin destructivo más no de desplazamiento. La violencia ocurrirá cuando el arrendatario agreda al arrendador a fin de que no se lleve sus bienes muebles, aunque según la norma penal, la violencia se entenderá ejercida sobre el bien inmueble, dentro del delito de usurpación.

En este orden de ideas, Ahora bien, si al arrendador retira los bienes muebles del inmueble (lo cual no es defendido por el delito de usurpación) y el arrendatario le violenta, sería el agresor. Cabe reiterar que dicha agresión no debería tener amparo legal, por cuanto su posesión es ilícita. Si el arrendatario acude a la vía policial para solicitar la protección de su posesión, el arrendador debería poder mostrar al policía que su derecho es legítimo y éste no debería intervenir, salvo que el arrendatario agrede al arrendador. Resulta lógico que los bienes del arrendatario forman parte de su dominio y las partes deberían acordar cuál sería el destino de éstos cuando la posesión de éste devenga en ilícita, a fin de que no se configure un delito de hurto agravado, daños o apropiación ilícita. Al mismo tiempo, el retiro de los bienes del arrendatario no debería hacerse en la vía pública, por cuanto se estaría alterando el orden público, por lo que podría acompañarse con un camión de mudanza, aunque ello ya dependerá del riesgo asumido por el arrendador durante este acto de desocupación. Aunque en este punto, debe recordarse que ya no es necesario solicitar una autorización de mudanza, según el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1246.

Por lo expuesto, el desalojo privado, entendido como la decisión, comunicación ó acuerdo para que el arrendador solicite la devolución del bien y la efectúe por sus propios medios no se encuentra prohibida en sí misma por la ley en sentido general, sino que es posible en casos específicos del artículo 920° del Código Civil ó sin que medie la violencia u otros medios (tipicidad) del artículo 202° del Código Penal. La figura jurídica es *sine qua non* y es posible que venga acompañada de un abuso del derecho por parte del propietario, lo cual debe evitarse.

2.7. ¿Podría considerarse al arrendatario con título fenecido como sujeto activo del

delito de usurpación si se mantiene en el bien inmueble? .-

En el presente caso se analizará si es posible la existencia de usurpación por parte del arrendatario al mantenerse en el bien inmueble incumplimiento el contrato, lo cual es distinto a la exención de la responsabilidad en la usurpación cometida por el arrendador-propietario discutida en los acápites anteriores.

Conviene recordar el cambio de paradigma de los casos Francés (Legisfrance, 2023) e Italiano (Camera dei Deputati, 2022), en los cuales el mantenimiento de la posesión contrario a la ley extrapenal puede configurar un supuesto de usurpación y/o de un delito afín.

Este orden de ideas, el supuesto en discusión es una potencial la usurpación del arrendatario que podría darse en el supuesto que éste deba devolver la posesión sin necesidad de intimación y en una fecha pactada ó determinada (según las formalidades del contrato); empero, no lo hace. Y en dicha fecha, el arrendador decide ingresar al inmueble conforme a Derecho para tomar posesión y se encuentra que el arrendatario aún sigue ahí, manteniendo la posesión.

Ante este supuesto, pueden ocurrir dos escenarios: que el arrendador y el arrendatario no hayan tenido otros tipos de conflictos a nivel de posesión ó que si los hayan tenido. La ausencia de conflictos facilita la ausencia de responsabilidad en el delito de usurpación del arrendador. Y en cuanto al arrendatario, permite inferir que no cuestiona su rol como poseedor limitado del bien. Distinto sería el caso, en el que el arrendatario se comportara como un propietario y ante ello, por ejemplo, realizara modificaciones al bien inmueble, introdujera ocupantes adicionales al bien inmueble ó pagará impuestos prediales.

En conclusión, mientras que el ingreso del arrendador al predio sea pacífico, de conocimiento del arrendatario (anterior o presente) y que la posesión no esté protegida no debería existir una sanción tan drástica a dicho sujeto activo por encima de la justicia por propia mano (Art. 417° del CP). Incluso, correspondería una denuncia del arrendador por usurpación del arrendatario si éste último se resiste a retirarse del inmueble, máxime si realiza actos violentos. En dicho caso, puede ser necesario que el arrendador-propietario tenga preparado un escrito de denuncia por delito de usurpación (Legis Perú, 2020a).

CAPITULO III

Exención de Responsabilidad en el delito de usurpación, atenuantes y agravantes

En el presente capítulo se buscará el camino para sustentar la Exención de Responsabilidad en el delito de usurpación, cuando es cometido por un arrendador de un arrendatario moroso. No obstante, el análisis también incluirá el incremento de atenuantes y/o la eliminación de algunas agravantes, como opciones complementarias al objetivo de esta investigación.

3.1.- El Principio de lesividad (Artículo IV del Código Penal)

En el caso que no haya una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados, será de aplicación el principio de lesividad. En particular, si en los capítulos anteriores se ha indicado que la posesión ilegítima y la posesión precaria (analizadas en los capítulos anteriores) no deberían ser bienes jurídicos tutelados, una modificación de la norma penal en ese extremo automáticamente eliminaría dicho requerimiento de pena.

3.2.- El Error de Tipo y el error de Prohibición aplicada al delito de usurpación por el arrendador (Artículo 14° del Código Penal)

Ahora bien, tal como lo sugiere Gonzales Barrón (2017), dada la novedad en la aplicación concordada entre el artículo 920° del Código Civil y el 202° del Código Penal, podría ocurrir el denominado “error de prohibición” con la consecuente exclusión de responsabilidad en caso de ser invencible ó reducción de la pena en caso de ser vencible. Este aspecto aún no estaría siendo plenamente analizado por los jueces penales, pues aún se estaría limitando a una lectura restringida sólo del primer párrafo del artículo 920° del Código Civil (Sala Penal de Apelaciones de Chiclayo, 2016).

Si bien no se trata de una atenuante, el hecho de usurpar su propio inmueble para evitar la posesión ilegítima del arrendatario podría subsumirse en el delito ejercicio arbitrario de un derecho y/o justicia por propia mano (Artículo 417° del Código Penal), la cual no cuenta con pena de cárcel, aunque sí servicio comunitario. Contrario a lo postulado por Reynaldi (2020a), este delito requiere no sólo la acción del arrendador, sino, como su nombre lo dice, que haya sido un ejercicio arbitrario de un derecho, lo cual es distinto al ejercicio abusivo de un derecho.

3.3.- La exención de responsabilidad penal y el delito de usurpación (Artículo 20° del Código Penal)

Una revisión del artículo 20° del Código Penal podría ofrecer un alcance adicional aplicado al delito de usurpación en el contexto de un contrato de arrendamiento. No obstante, el análisis de estas exenciones se realizará durante el proceso penal, salvo que su aplicación sea tan evidente que podría aplicarse la excepción de improcedencia de la

acción conforme al literal b), inciso 1 del artículo 6° del Código Procesal Penal⁸, con las precisiones otorgadas por la Corte Suprema (Apelación, 2022).

3.3.1.- Legítima defensa (inciso 3° del Artículo 20° del Código Penal)

Así, una exención de interés podría ser la indicada en el inciso 3° de dicho artículo: obrar en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, en el caso de una agresión ilegítima. En este punto, la hipótesis de que el arrendador-propietario es poseedor mediato y por ende poseedor también, y en tanto el delito de usurpación defiende a la posesión sin restricción alguna, correspondería aplicar este supuesto de exención.

Al respecto, Salinas Siccha (2015, pp409) menciona que esta hipótesis alguna vez ocurrió en la jurisprudencia penal (Expediente N° 3237-97-Lima), en el sentido que se acreditó que el propietario venía ejerciendo una posesión mediata del inmueble, a pesar de no domiciliar en el inmueble, *“a través de actos de disposición, constituido por todas las construcciones efectuadas en el mismo, por orden suya, constadas en la inspección ocular realizada por el Juzgado (...)”* (Siccha, 2015, pp410)

No obstante, en dicho caso, la hipótesis parte de la premisa que sólo existía posesión mediata, más no posesión inmediata, real o física, lo cual es diferente en el caso de un contrato de arrendamiento, en el cual coexisten simultáneamente la

⁸ “Artículo 6.- Excepciones

1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:

(...)

b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

(...)

Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente.”

posesión mediata (arrendador) y la posesión inmediata (arrendatario).

3.3.2.- Estado de necesidad Justificante (Incisos 4° del Artículo 20° del Código Penal)

¿Podría el arrendador podría argumentar se encuentra ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace su vida, su integridad, libertad u otro bien jurídico? Un ejemplo sería que un arrendador que otorgó su bien inmueble en arrendamiento para adquirir uno nuevo con crédito hipotecario, ante el impago de la renta por parte de su arrendatario, incumpla a su vez el pago de sus cuotas de hipoteca y por lo tanto sea desalojado del mismo. Ante esta situación, decide usurpar el bien del su arrendatario.

En tanto que la vida e integridad del arrendador podría verse afectadas si se queda en la calle, ello en principio sería superior al derecho de posesión del arrendatario. Sin embargo, al despojarlo totalmente del bien inmueble, también se está afectando su integridad. Así, dependiendo del caso podría se aplicable el estado de necesidad exculpante o el estado de necesidad justificante.

Una posible solución sería que se realice un despojo parcial de un área del bien inmueble arrendado, para que el arrendador posea y evite un daño a su integridad.

3.3.3.- Ejercicio legítimo de un derecho (Inciso 8° del Artículo 20° del Código Penal).

Por otro lado, el inciso 8 del artículo 20° del CP hace referencia a La exención de responsabilidad quien obra por disposición de la ley, en cumplimiento

de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

¿No actúa en el ejercicio legítimo de un derecho aquél arrendador-propietario que pretende recuperar la posesión de su inmueble luego de concluido o resuelto el contrato de arrendamiento? Tal como se ha indicado, la jurisprudencia penal no llega a evaluar este tema, debido a que se concentra en sí hubo o no violencia en la mencionada recuperación y si había un posesionario físico en el bien inmueble, siéndoles “suficiente” dichos requisitos para la configuración del delito.

Cabe precisar que evidentemente si la recuperación del bien se hace con violencia, amenaza, engaño y los otros medios previstos, es inevitable la adecuación al inciso 2° del artículo 202° del CP. Salvo que, se cuente con una orden de desalojo y/o de lanzamiento. Así, mientras que en la primera (desalojo) ya se tiene reconocido el derecho a recuperar el bien (etapa de cognición), en la segunda (lanzamiento) se tiene además la orden de ejecución propiamente dicha.

3.3.4.- Consentimiento (Inciso 10° del Artículo 20° del Código Penal)

Este inciso permite la exención de responsabilidad para el que actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición. En particular, el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición, esto es la posesión física y pacífica, podría otorgarse mediante un instrumento público, por ejemplo, una escritura pública.

No obstante, la doctrina ha sido muy protectora del agraviado (arrendatario) en estos casos, quien podría haber dado su consentimiento a ser

despojado del bien inmueble vencido o resuelto el contrato. En efecto, se permite la revocación de este consentimiento en cualquier momento incluso antes de consumado el hecho.

En ese mismo sentido, Chang (2017, pp 405) ha tratado extensamente dicho tema, por ejemplo, en el caso médico, mediante el denominado “consentimiento informado” y algunos negocios jurídicos. Sin embargo, en el caso de contrato de arrendamiento de bien inmueble, podría aplicarse lo indicado por Roxin (1997, pp, 535) citado por Chang (2018, pp. 405), en el extremo a la existencia de un contrato vinculante con autorización de intervención ajena.

A mayor abundamiento, Roxin (1997, pp. 535) manifiesta que *“el consentimiento debe ser prestado antes del hecho (...) y es libremente revocable, en tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual”*. Así mismo, basándose en H.-D. Weber (1986) da un ejemplo *“si un propietario se obliga a permitir al vecino el derribo de un árbol. En efecto, ello implica un consentimiento, de modo que la tala acordada del árbol no constituye daños (...)”*.

Indiscutiblemente, tanto Chang (2017) como Roxin (1997) y H.-D Weber (1986) tienen claro que tiene que tratarse de derechos disponibles, lo cual se cumple, porque se trata del derecho de posesión inmediata, en el marco de un contrato de arrendamiento. Dicha discusión obviamente muy específica, tanto así que H.-D. Weber (1986, pp.48-50) le dedica a lo mucho tres páginas, pero defiende aún la tesis que el aspecto contractual de incumplimiento es un aspecto

eminentemente civil y no penal⁹, por lo que, tal como está redactado el artículo 123° del código Penal alemán¹⁰, no beneficiaría al arrendador. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar, que la pena es mínima, al ser menor a un año, con la posibilidad de ser sustituida por una multa.

Nuevamente, desde el enfoque alemán, Spendel (2003: pp.189), si bien el artículo 556° del Código Civil Alemán genera una obligación de devolución del inmueble (aceptada por el arrendatario al firmar el contrato), mantenerse en el inmueble no constituye un ataque o agresión a un bien jurídico desde el enfoque penal. Dicho de otro modo, el derecho a la posesión no sería un bien jurídico protegido. No obstante, los autores afirman que el mantenimiento en el bien inmueble arrendado sí podría constituir una afectación al derecho de posesión y de propiedad del arrendador por omisión, no por comisión. Este razonamiento es confirmado por Krüger (2021, pp.12-14) al comentar el artículo 123° del Código Penal Alemán en relación con los contratos de alquiler.

Finalmente, en los casos antes indicados, se podría complementar con la responsabilidad restringida prevista en el artículo 21° del Código Penal, por la cual,

⁹ *“Hat der Mieter aber seinerseits rechtmäßig den Besitz an den Räumen erlangt, geht die Berechtigung des Vermieters unter, so daß der Mieter weder durch vertragswidrige Nutzung noch durch Verbleib in den Räumen nach Ablauf der Mietzeit Hausfriedensbruch begehen kann. Betritt der Vermieter in diesen Fällen gegen den Willen des Mieters die Räume, bevor er die tatsächliche Herrschaftsmacht wiedererlangt hat, ist er es, der den Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllt. Ein vertraglicher Anspruch auf Zutritt in die Räume zu Renovierungszwecken oder der Räumungsanspruch nach Ablauf der Mietzeit macht den Vermieter nicht schon zum Berechtigten im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB. Der Anspruch hat lediglich Bedeutung für die Privatrechtsordnung und ist für die Auslegung des § 123 Abs. 1 StGB irrelevant.”*

¹⁰ *“Código Penal (StGB)*

§ 123 Invasión

(1) El que ilegalmente entre en casa, local comercial o propiedad segura ajena o en habitaciones cerradas con llave destinadas al servicio o tráfico público, o que, si permanece allí sin autorización, a petición de la persona autorizada. castigado con pena de prisión de hasta un año o multa.

(2) El delito sólo se perseguirá previa solicitud.”

Obtenido de: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_123.html

aunque no concurran todos los supuestos para la exención de responsabilidad, es posible reducir la pena hasta límites inferiores al mínimo penal.

3.4.- Las agravantes en el delito de usurpación (Artículo 204° del Código Penal). -

Las formas agravadas del delito de usurpación se encuentran contenidas en el artículo 204° del Código Penal. Dicho artículo ha sido modificado en diversas oportunidades, mediante la adición de agravantes, así como el incremento de los años privativos de libertad.

Las modificaciones son las siguientes:

- ✓ Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013
- ✓ Ley N° 30327 del 21 de mayo de 2015.
- ✓ Decreto Legislativo N° 1187 del 16 de agosto de 2015.
- ✓ Ley N° 30556 del 29 de abril de 2017

En el presente caso no son de aplicación todas las agravantes, por lo que puede rescatarse las siguientes:

1. Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos.
2. Con la intervención de dos o más personas.
3. Sobre inmueble reservado para fines habitacionales.

(...)

9. Utilizando documentos privados falsos o adulterados.

Al respecto los agravantes más críticos son los relativos a los fines habitacionales y con intervención de dos o más personas previsto en lo incisos 2° y 3° del artículo 204° del Código Penal.

3.4.1.- Con la intervención de dos o más personas (inciso 2° del artículo 204° del Código Penal).-

En este caso, el código limita a que el arrendador actúe sólo sin el apoyo de nadie más. Se entiende que la intervención hace referencia a una participación activa *in situ* de otra persona, siendo diferente el caso de una persona que no esté presente al momento de la intervención, como el caso de la autoría mediata, o por ejemplo, un instigador.

¿Y qué ocurre en el caso de pluralidad de arrendadores? En tanto la norma no lo excluye, también sería un caso de agravante. ¿Y qué ocurre si uno decide ejercer la desposesión y/o ingresar al inmueble más no el otro? ¿Se entiende que hay intervención de dos o más personas?

No obstante, distinto es el que esta pluralidad de arrendadores se valga del apoyo de terceros para retirar los bienes muebles del arrendatario, lo cual indudablemente constituiría el agravante antes alegado.

3.4.2.- Sobre el inmueble para fines habitacionales (inciso 3° del artículo 204° del Código Penal). -

Este caso resulta inevitable en el contexto de la presente investigación, por

lo que, al tenor de la norma actual, automáticamente se podría calificar la acción del arrendador como una usurpación agravada.

En efecto, en el caso de la finalidad habitacional del inmueble, se generaría que en todos los contratos de arrendamiento se aplique el agravante antes indicado. Aunque cabe precisar que el agravante sólo podrá ser aplicado si es que se cumple la tipicidad objetiva prevista en el artículo 202° del Código Penal.

En estos casos la pena privativa de aumentaría de 2 a 5 años como mínimo y de 5 a 12 años como máximo. Cabe precisar que en el caso de esta agravante se dificulta la posibilidad de evitar la pena efectiva. Sin perjuicio de ello, debe recordarse que primero debe analizar la tipicidad de las acciones del sujeto activo antes de ver las agravantes.

Sin perjuicio de lo anterior, a fin de evitar la aplicación de esta agravante podría modificarse indicando que los fines habitacionales sean legítimos, es decir, que se cuenta con un título para ello. En el presente contexto, un contrato de arrendamiento que no se encuentre vencido ni resuelto de pleno derecho ni que se tengan más de dos meses y medio de mora.

3.5.- Las formas atenuadas del delito de usurpación (Artículo 208°-A)

[] En el caso de los contratos de arrendamiento no parece existir una atenuante específica que pudiera acercarse al tipo objetivo o tipo subjetivo. No obstante, resulta de interés, ya que este artículo permite reducir la pena.

3.5.1.- Inciso 1° del Artículo 208°-A.-

En el primer inciso, es casi imposible que un bien inmueble destinado a fines habitacionales tenga un valor menor a cinco por ciento de una unidad impositiva tributaria (UIT). Debería entonces modificarse dicho importe para bienes inmuebles, tal que **“Si el valor del bien no sobrepasa el cinco por ciento de una unidad impositiva tributaria (UIT) para bienes muebles y cinco unidades impositivas tributaria para bienes inmuebles”**. Este último importe es consistente con el artículo 547° del Código Procesal Civil, por el cual el Juez de Paz puede resolver mediante conciliación materias hasta una cuantía de cincuenta unidades de referencia procesal (URP) lo cual es equivalente a cinco unidades impositivas tributarias (UIT).

No obstante, sí podría ocurrir que la violencia o amenaza infringida por el agente resulten mínimas o insignificantes, por ejemplo, acompañado por dos personas cuya finalidad no es la coacción del arrendatario para que desocupe, sino la protección del arrendador. En efecto, se ha indicado que la amenaza no es algo potencial ó hipotético sino debe ser algo más concreto e inminente (Recurso de Nulidad 911-2023-Callao)¹¹. No siendo suficiente increparle al arrendatario para que se retire.

De otro lado, este inciso hace referencia al empleo (uso) de armas simuladas o inservibles, mientras que el artículo 204° del Código Penal menciona armas de fuego. En este sentido, son situaciones atípicas la utilización de instrumentos que no sean peligrosos por su propia fabricación, por ejemplo, escobas, sillas, ladrillos, piedras o afines. ¿Y qué ocurriría si el “instrumento” utilizado es un semoviente, una mascota de

¹¹ “Por lo expuesto, si hubiese existido la frase amenazante contra la agraviada, por sí sola y en las condiciones narradas, no habría sido el condicionante para la materialización del robo, puesto que dicha frase, **sin ningún otro acto de intimidación**, no podría haber alcanzado el nivel de amenaza inminentemente que hubiera puesto en riesgo de algún mal a la agraviada, por lo que al no haberse cumplido con acreditar la existencia de uso de amenaza, la conducta no se subsume dentro del tipo de robo agravado” (Fundamento 5.8). [Subrayado agregado]

raza agresiva? Por lo tanto, podría agregarse: “(...) *se emplea armas simuladas o inservibles, así como instrumentos u objetos no peligrosos*”

3.5.2.- Inciso 2° del Artículo 208°-A.-

En cuanto al segundo inciso, si el autor repara espontáneamente el daño ocasionado o devuelve el bien, en igual estado de conservación. No obstante, en el presente caso, el arrendador que realiza el despojo no tiene interés en dicha devolución, sin perjuicio de estar en la posibilidad de proceder a la reparación del daño.

Ahora bien, la cuantificación de este daño puede ser compleja, ya que se está haciendo referencia a un despojo de un bien inmueble utilizado como habitación, por lo que cabría realizar delimitaciones jurisprudenciales sobre la cuantía de la reparación del daño.

Un ejemplo, podría ser una reparación de dos meses y quince días de alquiler. Ello podría justificarse ya que es el plazo legal que permite la ley civil para que el arrendatario se retrase en el alquiler, lo cual funciona como un período de gracia.

Ahora bien, en los casos que nos ocupan, el arrendatario ya se encuentra en situación de mora, por encima de los dos meses y medio, por lo que, en la práctica, debería existir una compensación entre lo que el arrendatario le debe al arrendador y el mencionado importe de responsabilidad civil.

Dicho de otro modo, si el arrendatario le debe al arrendador seis meses de renta, y como consecuencia del despojo éste último, renuncia al cobro de dos meses y medio, entonces, vía compensación, el saldo deudor del arrendatario sería solamente de tres meses y medio.

Inclusive tal vez se podría permitir una regla especial para que la reparación civil sea como mínimo un mes de renta.

Ahora bien, la interrogante consiste en evaluar si corresponde realizar dicha forma atenuada en este artículo o en otro. Por ejemplo, se podría indicar lo siguiente: *“La reparación a la que se hace mención puede realizarse vía pago, novación, compensación, condonación, consolidación ó transacción.”*

3.6.- Propuestas Normativas. -

Considerando que jurisprudencia penal no desea discutir la existencia y/o legitimidad del título de posesión del sujeto pasivo, aceptando que la posesión ilegítima puede ser un bien jurídico protegido, lo cual es en realidad manifiestamente contrario a Derecho, es necesario corregir dicha inconsistencia jurídica.

En ese sentido, se propone incluir las siguientes modificaciones normativas expresas al Código Penal y al Código Procesal Penal, los cuales quedaría redactados de la siguiente manera¹²:

Artículo 1°.- Modificaciones al artículo 202° del Código Penal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

- 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*

¹² Conviene aclarar que el orden de redacción de un articulado es: párrafo, inciso, literal y numeral. Siendo los incisos en números arábigos; y los numerales, en realidad, en números romanos. Véase: https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/eventos/proyecto_ley/ManualTecnicaLegislativa.pdf

2. *El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja **ilegítimamente** a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*
3. *El que, con violencia o amenaza, turba la posesión **legítima** de un inmueble.*
4. *El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.*
5. **El que, ilegítimamente, se mantiene y/o altera el inmueble, mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza y/o abuso de derecho.**

*La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes. **y debe ser iniciada por el sujeto activo.***

El despojo al cual se hace referencia en el numeral 2 no será ilegítimo cuando el sujeto activo cuente con título habilitante que conste en instrumento público e indique que la posesión ha vencido con fecha cierta, y el arrendador requiera la desocupación en un plazo no menor a los meses de garantía del contrato.

Artículo 2°.- Inclusión del artículo 204°-A del Código Penal

Artículo 204-A.- Formas atenuadas de usurpación. Despojo no punible.

1. La pena privativa de libertad será no mayor de 2 meses y 15 días ni efectiva cuando la usurpación se comete:
 - a. Por el arrendador-propietario en caso de vencimiento de contrato, sin intimación al arrendatario.
 - b. Por el arrendador-propietario de un arrendatario moroso mayor a dos meses y medio, sin intimación al arrendatario.
2. La pena será de prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas en caso:
 - a. El arrendador-propietario cuente con sentencia o laudo arbitral favorable de desalojo en primera instancia.
 - b. Por el arrendador-propietario cuando el arrendatario es declarado rebelde en proceso de desalojo.
 - c. Por el arrendador-propietario en caso de vencimiento de contrato, con intimación de pago al arrendatario.
 - d. Por el arrendador-propietario de un arrendatario moroso mayor a dos meses y medio, con intimación de pago al arrendatario y/o intimación a desocupar el bien.

En ningún caso procede el desalojo preventivo y/o ministración de la posesión. El despojo referido en el presente artículo puede ser en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 202° del CP.

No es punible el despojo o ingreso al bien cuando el arrendador-propietario cuente con sentencia judicial o arbitral firme en un proceso de desalojo, orden de desalojo notarial u orden de lanzamiento. Tampoco será punible cuando sea el arrendatario haya ejercido o ejerza violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza y/o abuso de derecho real durante la posesión del bien inmueble.

Artículo 3°.- Modificación del artículo 208°-A del Código Penal.-

En cualquiera de los delitos contra el patrimonio, a excepción de los previstos en los artículos 189 tercer párrafo, 200 noveno párrafo, y 204 numeral 10 del primer párrafo, siempre y cuando el agente no sea reincidente o habitual:

1. *Si el valor del bien no sobrepasa el cinco por ciento de una unidad impositiva tributaria (UIT) para bienes muebles y cinco unidades impositivas tributarias (UIT) para bienes inmuebles, o la violencia o amenaza infringida por el agente resultan mínimas o insignificantes, o para la ejecución del delito se emplea armas simuladas o inservibles, así como instrumentos u objetos no peligrosos por su naturaleza, se disminuye a la pena concreta, por única vez, un sexto de la pena mínima establecida para el delito.*

2. *Si el autor o partícipe hubiere reparado espontáneamente el daño ocasionado o haya devuelto el bien, en igual estado de conservación, al agraviado, cuando fuere aplicable, se disminuye a la pena concreta, por única vez, un séptimo de la pena mínima establecida para el delito.*

La reparación a la que se hace mención puede realizarse vía pago, novación, compensación, condonación, consolidación ó transacción.

3.7.- Precisiones interpretativas de las propuestas normativas.-

En primer lugar, se modifica el artículo 202° del CP, precisando que la legitimidad de la posesión debe ser evidente a través de un título que conste en instrumento público, de forma que sea objeto de protección penal. *Contrariu sensu*, sería un caso de atipicidad cuando la posesión del arrendatario no sea legítima o cuando dicha legitimidad no sea evidente, reconociendo expresamente que la posesión ilegítima no es un bien jurídicamente protegido. Sin embargo, este concepto de posesión ilegítima no sólo alcanzaría sólo a la ilegitimidad en sentido estricto de la legislación civil, sino también el de la posesión precaria. Esta ilegitimidad no debe incluir situaciones de resolución contractual (prueba del pago o prueba de otros incumplimientos contractuales), por cuanto ello requeriría un análisis jurídico civil complejo. Así mismo, se incluye el supuesto derivado de la legislación francesa del año 2023, en el caso que el arrendatario se mantenga en el bien inmueble a pesar de existir una sentencia firme. Esta modificación es crítica para los procesos de desalojo por ocupante precario, las cuales sólo serían aplicables en los casos exista controversia jurídica respecto a la validez del título ó a la validez de la resolución contractual por razones distintas al vencimiento del contrato o la mora por más de 2 meses y medio de renta. Ahora bien, dicha modificación no impide ni excluye otros delitos, tales como los daños, la justicia por propia mano, lesiones u otros. No obstante, sí excluye el supuesto de violación de domicilio, por cuanto en este caso el poseedor no tiene derecho a formular la intimación a retirarse del bien inmueble.

En segundo lugar, se modifica el artículo 204°-A del CP en el extremo de las

formas atenuadas del delito de usurpación cometido por el arrendador. Conviene precisar que estos casos solo son aplicables cuando aún persista una posesión legítima del arrendatario habilitada por el artículo 1700° del CC, es decir la continuación del arrendamiento. De este modo, el arrendador no realiza ningún acto formal de intimación, a pesar de tener derecho de hacerlo, y directamente interviene en el bien inmueble. Nuevamente, no corresponde atenuar la responsabilidad del arrendador que no cumpla los supuestos de vencimiento de contrato ni de dos meses y medio de mora.

En tercer lugar, la modificación del artículo 208°-A del CP está enfocada a precisar los medios físicos o instrumentos con los cuales el arrendador logra el despojo, así como se incorpora técnicas alternativas de reparación civil, especialmente útiles en caso haya mora del arrendatario.

Finalmente, por política criminal, se establece un caso no punibilidad si es que el arrendador cuenta con una sentencia judicial o arbitral firme, entre otros elementos, que si bien podría haber sido obvio, al momento de una intervención policial, el hecho de mostrar dicha documentación permitiría aclarar los hechos de una manera rápida y eficaz, derivando la controversia solo al plano civil

3.8.- Protocolo para el análisis de la responsabilidad penal en el despojo realizado por el arrendador.

N°	Conducta	Artículos Aplicables
1	El arrendador despoja al arrendatario durante la vigencia del contrato	Inciso 2° del 202° CP
2	El arrendador despoja al arrendatario durante la vigencia del contrato , pero con mora de éste menor a dos meses y medio.	Inciso 2° del 202° CP
3	El arrendador despoja al arrendatario cuando se da una causal de resolución distinta a la mora de dos meses y medio, con o sin intimación. (requerimiento notarial)	Inciso 2° del 202° CP
4	El arrendador despoja al arrendatario cuando el	Inciso 2° del 202° CP

	contrato estaba vencido sin intimación (requerimiento)	atenuado por el inciso 1-a del 204°-A
5	El arrendador despoja al arrendatario cuando se encontraba con más de dos meses y medio en mora, sin intimación (requerimiento).	Inciso 2° del 202° CP atenuado por el inciso 1-b del 204°-A
6	El arrendador despoja al arrendatario cuando se tiene una sentencia de desalojo no firme.	Inciso 2° del 202° CP atenuado por el inciso 2-a 204°-A
7	El arrendador despoja al arrendatario cuando el arrendatario es declarado rebelde en el proceso de desalojo.	Inciso 2° del 202° CP atenuado por el inciso 2-b 204°-A
8	El arrendador despoja al arrendatario cuando el contrato (privado) estaba vencido con intimación de devolución (requerimiento)	Inciso 2° del 202° CP atenuado por el inciso 2-c del 204°-A
9	El arrendador despoja al arrendatario cuando el contrato estaba resuelto con intimación (requerimiento) por adeudar más de dos meses y medio	Inciso 2° del 202° CP atenuado por el inciso 2-d 204°-A
10	El arrendador despoja al arrendatario cuando tiene sentencia firme de desalojo, con o sin orden de lanzamiento	No Punible por el artículo 208°-A del CP.
11	El arrendador despoja al arrendatario contando con orden de desalojo notarial.	No Punible por el artículo 208°-A del CP.
12	El arrendador despoja a un arrendatario que haya ejercido previamente o ejerza violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza y/o abuso de derecho real durante la posesión del inmueble.	No Punible por el artículo 208°-A del CP.
13	El arrendador despoja al arrendatario cuando el contrato en Escritura Pública estaba vencido con fecha cierta y requerimiento mediante carta notarial con un plazo no menor a los meses de garantía otorgados en el contrato.	Hecho atípico. Ultimo párrafo del Artículo 202° del CP.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego del análisis jurídico de la usurpación del arrendador se puede concluir lo siguiente:

- 1) Sí es posible ningún acercamiento pacífico (no violento) presencial o físico entre arrendador y arrendatario, de tal manera que el arrendador tome la posesión del inmueble pacíficamente por sus propios medios.
- 2) Cualquier despojo realizado por el arrendador debería tener una sanción penal, por el simple hecho que existía una vía alternativa de naturaleza civil, el proceso de desalojo. No hay razón suficiente para sancionar la usurpación del arrendador, cuando no hay posesión legítima del arrendatario.
- 3) El Derecho Penal debe buscar proteger bienes jurídicos, más no males jurídicos. No puede proteger el ejercicio abusivo de un derecho ni un mal jurídico como lo

es la posesión ilegítima o precaria, y que dicho razonamiento jurisdiccional se ha debido esencialmente a una interpretación desfasada de la doctrina y literal de la legislación penal. La aplicación del derecho penal implica respetar el principio del Intervención mínima, a fin de reducir la pena por estos actos.

- 4) Se han propuestos exenciones de responsabilidad, atenuantes y precisión en las formas agravadas, basadas en las circunstancias tales como la presencia de un arrendatario moroso, así como la prevención de un daño patrimonial del arrendador (rentas impagadas).
- 5) Se ha propuesto que en casos muy específicos es posible sustentar la usurpación por parte del arrendatario con título fenecido de un inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

Apelación N° 24-2022 (2022). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Apelacion-24-2022-San-Martin-LPDerecho.pdf>

Arbulú, Victor Jimmy (2019). *Derecho Penal – Parte Especial. Delitos contra el patrimonio*. Primera edición. Instituto Pacífico S.A.C.

Avendaño Valdez, J. (1985). Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil. THEMIS Revista De Derecho, (2), 6-7. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10486>

Bramont-Arias, Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano (2020). *Manual de Derecho Penal – Parte Especial. 6ª Edición*. Editorial San Marcos. Lima.

Bazán Carranza, Víctor. (2016). Desalojo preventivo y ministración de la posesión en el NCPP: la problemática respecto de los sujetos legitimados y el momento de su aplicación. Obtenido: <https://lpderecho.pe/desalojo-preventivo-y-ministracion-de-la-posesion-en-el-ncpp-la-problematika-respecto-de-los-sujetos-legitimados-y-el-momento-de-su-aplicacion/>

Camera dei deputati (2023). Proposta di Legge N° 566. Obtenido de:

[https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.566.19PDL0010730.](https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.566.19PDL0010730.pdf)

[pdf](#)

Seguimiento

Legislativo.

<https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=566&sede=&tipo>

≡

Casación N° 3740-2002-Moquegua. (2003). ¿Plazo prescriptorio de interdicto de recobrar

se suspende por proceso de usurpación? Obtenido de: [https://lpderecho.pe/plazo-](https://lpderecho.pe/plazo-prescriptorio-interdicto-recobrar-suspende-proceso-usurpacion-casacion-3740-2002-moquegua/)

[prescriptorio-interdicto-recobrar-suspende-proceso-usurpacion-casacion-3740-](https://lpderecho.pe/plazo-prescriptorio-interdicto-recobrar-suspende-proceso-usurpacion-casacion-3740-2002-moquegua/)

[2002-moquegua/](https://lpderecho.pe/plazo-prescriptorio-interdicto-recobrar-suspende-proceso-usurpacion-casacion-3740-2002-moquegua/)

Casación N° 38-2010-Huaura (2011). ¿Se debe restituir la posesión del bien si el

agraviado de la usurpación era ocupante precario? Obtenido de:

[https://lpderecho.pe/debe-restituir-posicion-bien-agraviado-usurpacion-ocupante-](https://lpderecho.pe/debe-restituir-posicion-bien-agraviado-usurpacion-ocupante-precario-casacion-38-2010-huaura/)

[precario-casacion-38-2010-huaura/](https://lpderecho.pe/debe-restituir-posicion-bien-agraviado-usurpacion-ocupante-precario-casacion-38-2010-huaura/)

Casación N° 2195-2011-UCAYALI. (2011) Pleno Casatorio: Desalojo por Ocupación

Precaria).

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6452c90040bf1d83959add726e1ea793/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6452c90040bf1d83959add726e1ea793/Cuarto+Pleno+Casatorio.pdf)

[Cuarto+Pleno+Casatorio.pdf](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6452c90040bf1d83959add726e1ea793/Cuarto+Pleno+Casatorio.pdf)

Casación N° 273-2012-Ica (2012). Obtenido de: [https://static.legis.pe/wp-](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Casaci%C3%B3n-273-2012-Ica-Legis.pe_.pdf)

[content/uploads/2019/02/Casaci%C3%B3n-273-2012-Ica-Legis.pe_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Casaci%C3%B3n-273-2012-Ica-Legis.pe_.pdf)

Casación N° 4628-2013-Arequipa. (2013) Desalojo por ocupación precaria. Obtenido de:

[https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/CAS.-N-4628-2013-](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/CAS.-N-4628-2013-Arequipa.Legis_.pe_.pdf.pdf)

[Arequipa.Legis_.pe_.pdf.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/CAS.-N-4628-2013-Arequipa.Legis_.pe_.pdf.pdf)

Casación 8821-2012-Piura (2014). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/09/Casacion-8821-2012-Piura-LPDerecho.pdf>

Casación N° 233-2013-Arequipa (2014). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/02/Legis.pe-Casaci%C3%B3n-233-2013-Arequipa-Usurpaci%C3%B3n-agravada.pdf>

Casación N° 259-2013-Tumbes (2014). Violencia en el delito de usurpación. Obtenido de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ebf054804806bd3b82cdebce400e5104/CAS.+259-2013-TUMBES.pdf>

Casación N° 56-2014-Ayacucho (2015). violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión. Obtenido de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b3844f804fe4980b81d9ebbf83c04674/Resolucion_56-2014.pdf

Casación N° 458-2015-Cajamarca (2017). Caso Yanacocha vs Máxima Acuña. Obtenido de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casaci%C3%B3n-458-2015-Cajamarca-Caso-Yanacocha-vs.-M%C3%A1xima-Acu%C3%B1a-Legis.pe_.pdf

Casación N° 1751-2014-Lima (2016). Desalojo por ocupación precaria. Diario Oficial El Peruano. Pág. 77860. 30 de mayo de 2016. Obtenido de: <https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/Descarga.asp?Referencias=Q0EyMDE2MDUZMA=>

Casación N° 421-2015-AREQUIPA. (2017) Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp->

[content/uploads/2017/05/Casacion-421-2015-Arequipa-Supuestos-de-estafa-con-fines-ilicitos-no-son-tutelados-por-el-derecho-penal.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casacion-421-2015-Arequipa-Supuestos-de-estafa-con-fines-ilicitos-no-son-tutelados-por-el-derecho-penal.pdf)

Casación N° 2566-2015-Ucayali (2017). Obtenido de: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casacion-2566-2015-Ucayali-legis.pe .pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casacion-2566-2015-Ucayali-legis.pe.pdf)

Casación N° 727-2019-Ica (2021). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Casacion-727-2019-Ica-LP.pdf>

Casación 24713-2018-Cusco (2020) Desalojo por ocupación precaria. Diario Oficial el Peruano, Pág. 417. Obtenido de: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/05PqonIRqR49QwpwPVGhuZ>

Casación N° 1252-2021-Huaura (2022). Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/Casacion-1252-2021-Huaura-LPDerecho.pdf>

Chang, Romy. (2018). ¿Sabes en qué consiste del delito de usurpación? Obtenido de: <https://lpderecho.pe/video-pucp-delito-usurpacion-romy-chang/>

Chang, Romy (2017). Consentimiento en Derecho Penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas. Obtenido de: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/135763/DDPG_ChangKcomtRA_DerechoPenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Coca, Saúl (2020). Las clases de posesión en el Código Civil. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/clases-posesion-codigo-civil/>

Código Penal. (1991, 2017). Artículos 20°, 202°, 204°.

Código Procesal Penal. Artículo 311°.

Corte Superior de Justicia de Ventanilla (2017). Pleno Distrital en materia penal.

Obtenido de: <https://lpderecho.pe/delito-usurpacion-actos-ocultos-protege-propiedad/>

Corte Superior de Justicia de Arequipa (2018). Exp. 00790-2016-95-0401-JR-PE-04.

Obtenido de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Exp.-00790-2016-95-0401-JR-PE-04-Legis.pe_.pdf.pdf

Corte Superior de Justicia de Santa (2019). 00418-2015-90-2505-JR-PE-02, resolución

20. Obtenido de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp-00418-2015-90-2502-JR-PE-O2-Lima.pdf.legis_.pe_.pdf

Cuadros Villena, Carlos. (1995). Derechos reales. Tomo I. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A.

Decreto Legislativo N° 1246. Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa. Obtenido:

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-aprueba-diversas-medidas-de-simplifi-decreto-legislativo-n-1246-1451932-2/>

Derecho Ley 21938, El Gobierno establece el régimen de alquiler para los precios destinados a casa habitación. Obtenido de:

<https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/21938-sep-20-1977.pdf>

Donna, Edgardo Alberto (2008). Delitos contra la propiedad. 2da Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires.

Galvez, Tomas A. y Walther J. Delgado (2011). *Derecho penal – Parte Especial*. Tomo II. Jurista Editores. Lima.

Gonzales Barrón, Gunther (2017). Informe sobre el desalojo extrajudicial conforme a los términos del artículo 920° del Código Civil modificado por la Ley N° 30230. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/informe-desalojo-extrajudicial-conforme-terminos-articulo-920-del-codigo-civil-modificado-ley-30230/>

Gonzales Loli, Jorge. (2019). Ni Notarial y “Express”: simple desalojo con lanzamiento anticipado basado en título ejecutivo notarial. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/simple-desalojo-lanzamiento-anticipado-titulo-ejecutivo-notarial/>

Ihering, Rudolf von (1926). El fundamento de la protección posesoria, La Posesión, traducción de Adolfo Posada, Editorial Reus, Madrid 1926, p. 29.

Krüger, Mattias (2021). En: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Band 8*. De Gruyter.

Legis Perú (2020). Modelo de Denuncia de Usurpación y daños. <https://lpderecho.pe/modelo-denuncia-usurpacion-danos-ncpp/>

Legis France (2023). Ley N° 2023-668 del 27 de julio de 2023 que busca proteger las viviendas contra la ocupación ilícita. Obtenida de: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000047898589/2023-07-29/>

Ley N.º 29618. Ley que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal. Obtenido de:

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29618.pdf>

Ley N° 29090 (2016). Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas. Modificado por Ley N° 30494. Obtenido de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-la-ley-29090-ley-de-regulacion-de-habilita-ley-n-30494-1410669-1/>

Ley N° 30230 (2014). Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Obtenido de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/473228/LEY_N%C2%BA_30230.pdf

Ley N° 30556. (2017). Ley 30556: Modifican artículo 204 del Código Penal (formas agravadas de usurpación). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/05/Ley-30556-Modifican-art%C3%ADculo-204-del-C%C3%B3digo-Penal-formas-agravadas-de-usurpaci%C3%B3n.pdf>

Leyva, Manuel y Larisbel Lugo (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho Penal. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVI, Número 100, enero-junio de 2015. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5586021.pdf>

Lopez Avendaño, Janner (2002). ¿Qué es realmente la posesión precaria y cuáles son sus alcances? Blog La Ley. Obtenido de: <https://laley.pe/2022/08/19/que-es-realmente-la-posesion-precaria-y-cuales-son-sus-alcances/>

Ministerio de Vivienda y Saneamiento. (2006). Reglamento Nacional de Edificaciones. Obtenido de: <https://ww3.vivienda.gob.pe/ejes/vivienda-y->

[urbanismo/documentos/Reglamento%20Nacional%20de%20Edificaciones.pdf](#)

Mejía Jara, C. M. (2017). La posesión en virtud de un título manifiestamente nulo ¿debe ser considerada como posesión precaria?. *Lumen*, (13), 37–50.
<https://doi.org/10.33539/lumen.2017.v13.570>

Mejorada, Martín (2013). La posesión según el Código Civil. Obtenido de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/12805/13362/>

Mejorada, Martín (2018). ¿Quién es el poseedor precario? Obtenido de:
<https://lpderecho.pe/quien-poseedor-precario-martin-mejorada/>

Mejorada, Martín (2019). La nueva defensa extrajudicial. *Revista Advocatus* N° 029, págs. 199-204. Obtenido de:
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4247>

Morales, Dante (2018). Efectos del envío de la carta notarial requiriendo la desocupación del bien cuando el contrato de arrendamiento ha vencido . Obtenido de:
<https://lpderecho.pe/desalojo-efectos-envio-carta-notarial-requiriendo-desocupacion-bien-cuando-contrato-arrendamiento-vencido/>

Ninamancco, Fort. (2017). El desalojo extrajudicial. Entrevista a Fort Ninamancco. En: *Legis Perú -Pasión por el Derecho*. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/desalojo-extrajudicial-entrevista-fort-ninamancco/>

Quinteros, Gonzalo y Fermín Morales. (1996). *Comentarios a la Parte Especial del*

Derecho Penal. Editorial Aranzadi. Pamplona.

Quispe Labra, Jhaisson (2013). La violencia en el delito de usurpación regulado en el Código Penal, *Gaceta Jurídica, Gaceta Penal & Procesal Penal*, Marzo 2013, Tomo 45, p. 63.

Pasco Arauco, Alan (2017). Del desalojo por precario... ¿al desalojo por poseedor ilegítimo? Obtenido de: <https://lpderecho.pe/del-desalojo-precario-al-desalojo-poseedor-ilegitimo/>

Pastrana, Fiorella (2017). ¿Por qué se protege la posesión?: Fundamentos de la tutela posesoria. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/por-que-se-protege-la-posesion-fundamentos-de-la-tutela-posesoria/>

Paz Luis y Ricardo Cánepa (2015). La nueva defensa “posesoria” extrajudicial. Obtenido de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/4293/4227>

Peña Cabrera, Alonso (2009). Delitos contra el patrimonio. *Derecho Penal – Parte Especial*. Editorial Rhodas.

Peña Cabrera, Alfonso (2013). *Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. La reforma del delito de usurpación (Ley N° 30076): aspectos penales y procesales

Poder judicial. (2017). Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil Parte 1 y Parte

2. Obtenido de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf689e00432d693eb348fbd670827503/Parte+1.pdf?MOD=AJPERES>

y <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3aad6c80432d699eb361fbd670827503/>

Parte+2.pdf?MOD=AJPERES

Poder Judicial (2023). Protocolo de Gestión del Proceso Especial de Desalojo de la Ley

N° 30201. Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/Anexo-Resolucion-Administrativa-000427-2023-CE-PJ-LPDerecho.pdf>

Pozo, Julio (2015). La defensa extrajudicial de la posesión por parte del Estado. Obtenido de:

https://www.sbn.gob.pe/curso_capacitacion/2019/material/smp/POZO,%20Julio.%20La%20defensa%20extrajudicial%20de%20la%20posesi%c3%b3n%20por%20parte%20del%20Estado.pdf

Prado Saldarriaga, Victor (2017). *Derecho Penal – Parte especial: los delitos*. En: Lo Esencial del Derecho 27. 1era edición. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima. Obtenido de:

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170685/27%20Derecho%20penal%20Parte%20especial%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Reategui, James y Carlos Espejo (2012). *El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano*. Jurista Editores, Lima.

Reyna, Luis Miguel (2018). Consideraciones sobre el medio típico en el delito de usurpación por turbación de la posesión (Casación 56-2014, Ayacucho). En Ministerio de Justicia y Derecho Humanos (Págs. 222-231) Análisis y Comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal: Obtenido

de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/An%C3%A1lisis-y-comentarios-de-las-principales-sentencias-casatorias-en-materia-penal-y-procesal-penal-LP.pdf>

Reynaldi, Roberto. (2020). La posesión precaria como elemento extratípico del delito de usurpación. Obtenido: <https://lpderecho.pe/posesion-precaria-elemento-extratipico-usurpacion/>

Reynaldi, Roberto. (2020a). ¿Puede construirse un delito de usurpación a partir de la lesión de una posesión ilegítima? Obtenido: <https://lpderecho.pe/puede-construirse-delito-usurpacion-partir-la-lesion-una-posesion-ilegitima/>

Recurso de Nulidad N° 502-2002-Huánuco. La usurpación es un delito instantáneo. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/la-usurpacion-es-un-delito-instantaneo-o-continuado-r-n-502-2002-huanuco/>

Recurso de Nulidad N° 1928-2016-Ayacucho (2016). Obtenido de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/R.N.N%C2%B0-1928-2016-Ayacucho-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N.º 2477-2016-LIMA (2017), Obtenido de: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Resolucion1020170.pdf>

Recurso de Nulidad N° 1691-2017-Junín (2018). Obtenido de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/R.N.1691-2017-Jun%C3%ADn-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N° 2831-2017-LIMA NORTE (2018). Obtenido de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/RN-2831-2017-Lima->

Norte-LP.pdf

Recurso de Nulidad N° 2156-2018-Lima Norte (2019). Obtenido de:

<https://estudiocastilloalva.pe/tag/nulidad-n-2156-2018/>

Recurso de Nulidad N° 911-2023-Callao (2023). Obtenido de:

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/01/Recurso-nulidad-911-2023-Callao-LPDerecho.pdf>

Rojas Vargas, Fidel (2013). *Los delitos contra el patrimonio en la jurisprudencia*.

Editorial Gaceta Jurídica, Lima. Obtenido de:

http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/resource_GP/PubOnlinePdf/11082014/45%20Los%20delitos%20contra%20el%20patrimonio%20en%20la%20jurisprudencia.pdf

Roxin, Claus (1997). Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura

de la Teoría del Delito. Edición Civitas, Madrid (España). Obtenido de:

https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

Salinas Siccha, Ramiro (2015). Delitos contra el patrimonio. Instituto Pacifico SAC.

Von Savigny, F. (1845). Tratado de la posesión según los principios del derecho romano.

Madrid: Biblioteca Virtual de la Universidad Complutense. Citado en Varsi (2020a)

Solís, Mario. (2020). La crisis de la protección posesoria (ius possessionis) en épocas de

pandemia. Obtenido de: <https://laley.pe/art/9626/la-tesis-de-la-proteccion-posesoria-ius-possessionis-en-epocas-de-pandemia>

Sala Penal de Apelaciones de Chiclayo (2016). Sentencia Exp. N° 5733-2015.

Obtenido de: <https://lpderecho.pe/abogado-asesorar-cliente-defensa-posesoria-condenado-usurpacion-agravada/>

Sala Penal de Apelaciones Sede Central (2018). Sentencia de Vista N° 157-2018, 04534-

2015-57-0401-JR-PE-01. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/usurpacion-agravada-imputacion-concreta-elementos-subjetivos-distintos-dolo/>

Sánchez -Palacios Paiva, M. (2003). El ocupante precario . Lima: Ediciones legales.

Spendel, Gunter (2003). En: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Band 2*. De Gruyter.

Van Weezel, Alex (2008). *Los delitos de usurpación*. Pena y sentido. Estudios de derecho penal. Ara Editores, Perú.

Varsi Rospigliosi, Enrique. (2020). Tratado de Derechos Reales. Tomo II. Obtenido de:

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/10164/Varsi_derechos_reales_posesion_propiedad.pdf

Varsi Rospigliosi, Enrique. (2020a). Tratado de Derechos Reales. Tomo III. Obtenido de:

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/10772/Varsi_Tratado_de_derechos_reales.pdf

Varsi Rospigliosi, Enrique. (2020b). Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Obtenido de:

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/9257/Varsi_derechos_reales_parte_general.pdf

Vásquez Ríos, Alberto (2005). Derechos Reales. Los Bienes. La Posesión. Tomo I, Lima:

San Marcos.

Villalobos Villalobos, Vicente (2020). ¿Es legítima la defensa posesoria extrajudicial de los arrendadores? La perniciosa interpretación del artículo 920 del Código Civil
Obtenido de: <https://lpderecho.pe/legitima-defensa-posesoria-extrajudicial-arrendadores/>

Vizcarra, Paul (2019). Alcances del delito de usurpación. Obtenido de:
<https://lpderecho.pe/alcances-del-delito-de-usurpacion-entrevista-paul-vizcarra/>

Weber, Hans-Dieter von (1986). Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht. Schriften zum Strafrecht. Band 68. Duncker & Humblot, Berlin.
Obtenido de: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-46095-3>

Zeña, Manual (2019). Dicotomías en torno al desalojo por ocupación precaria. ¿El IV Pleno Casatorio acabó con los conflictos? Obtenido de:
<https://lpderecho.pe/dicotomias-desalojo-ocupacion-precaria-iv-pleno-casatorio/>

ANEXO N° 1.- Comentarios respecto al delito de usurpación en la modalidad de turbación de la posesión.

El tercer caso contenido en el inciso 3° del artículo 202 del Código Penal, no ofrece mayor descripción legal. Es simplemente la turbación sobre la posesión del inmueble, con violencia o amenaza. Este último punto es muy importante, ya que, de no existir violencia ni amenaza, entonces la turbación como tal no sería punible.

Es importante notar que, a diferencia de los supuestos anteriores, en este caso el código no hace referencia a la finalidad de desposesión total o parcial. Obviamente, el supuesto no exige que dicha desposesión se realice, pero tampoco requiere que la intención ó móvil del arrendador sea ésta. Esto puede interpretarse de modo que cualquier tipo de turbación puede ser susceptible de constituir el ilícito penal, siempre que haya ocurrido violencia o amenaza.

Esta característica ya fue tratada por la jurisprudencia (Caso Cerraduras y Casación N° 56-2014-Ayacucho, 2015), incluso en los casos de interrupción de la luz ó el agua. No obstante, el fundamento legal no ha sido el derecho a la luz o a el agua, como derechos elementales de la persona humana, sino elementos intrínsecos al bien inmueble, cuya interrupción desvirtúa la finalidad de dicho bien, configurándose la turbación, pero no violenta, lo cual sería atípico. Ahora bien, al tratarse de bienes accesorios, más no como derechos del arrendatario, se entiende que estos pueden ser disponibles, y de ello, se podría incluir en el contrato, que el arrendatario, en caso de encontrarse en situación precaria o morosa, consentirá la interrupción de dichos servicios hasta que regularice la situación.

Finalmente, conviene agregar que el código no hace referencia al caso de abuso de confianza ó el caso de acto de confianza. Es decir que, si se turba la posesión como abuso de confianza o como parte de un acuerdo entre las partes, no existiría tampoco delito alguno según la disposición del código.

Así, por ejemplo, si las partes acordaron que, en caso de impago o retraso en el pago, el arrendador puede acercarse al inmueble a solicitar presencialmente la renta ó la restitución del bien, las veces que sean necesarias, ello no constituiría turbación de la posesión. Inclusive si dicha presencia se realiza en horas consideradas no adecuadas, por ejemplo, de noche, o a través de restricciones a la posesión. Inclusive, no existiría el impedimento que mediante actos ocultos o en ausencia del poseedor se perturbe la posesión, incluso si no estuviera acordada.

ANEXO N° 2: ¿Qué es la defensa posesoria extrajudicial?

El primer párrafo del artículo 920° del Código Civil regula la defensa posesoria extrajudicial, cuestionablemente también denominada “desalojo extrajudicial”, modificada por Ley 30230 del 12 de julio de 2014, otorgando un plazo máximo de 15 días para la defensa posesoria en cuestión. Ahora bien, en términos de un propietario que desee recuperar, legítimamente o ilegítimamente, su bien inmueble, podría verse liberado de la devolución al desposeído del mismo luego de dicho plazo de 15 días. Cabe precisar que el código no hace referencia a la legitimidad o no de la posesión, ni a la legitimidad o no del derecho a la posesión del propietario. Simplemente se hace mención a los 15 días, de caducidad y/o prescripción del derecho a recuperar el bien por parte del desposeído.

Cabe precisar que no sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 920° del Código Civil en el caso de arrendamiento de casa-habitación, en el entendido que ya existe una edificación en el mismo y que ésta ha sido cedida en uso temporal a un arrendatario. Para este caso es necesario acudir a la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas (Ley 29090 y sus modificatorias) ó al Reglamento Nacional de Edificaciones (D.S. N.º 011-2006-VIVIENDA) a fin de confirmar el concepto de edificación. No obstante, no está claro en el caso en el cual el bien inmueble se encuentra individualizado (lo cual es diferente a independizado), es decir que registralmente es un bien único, sin embargo, se encuentra subdivido en unidades inmobiliarias de facto (departamentos), y que una parte de éste aún se encuentra en construcción. Aquí cabrían dos supuestos: que esa etapa en construcción resulta de una ampliación de la edificación que ya cuenta con declaratoria de fábrica o que es la edificación misma que nunca se terminó hasta el

último piso, sino solo parcialmente. Así mismo, también resulta relevante averiguar cuál es el bien individualizado objeto de litis, el que forma parte de la ampliación o no. A efectos notariales, lo común es que se trate de una edificación que ya se terminó y ese será el supuesto principal de análisis.

Así mismo, el cuarto párrafo del artículo 920° del Código Civil impediría que el propietario del bien sea el sujeto pasivo de la defensa posesoria (extrajudicial), usualmente el arrendador. Con esta disposición se limita el derecho del poseionario despojado a oponerse al accionar del propietario, por los medios fácticos ó vías de hecho. Deberá acudir entonces a la vía judicial a fin de interponer las acciones posesorias o interdictos de retener o recobrar que correspondan, según el caso. No obstante, esta disposición ni la norma en general (Ley N° 30230) hacen mención a la usurpación, por lo que aún le asiste al desposeído la vía penal para responsabilidad al propietario por dicho acto. En realidad, la Ley en cuestión buscaba proteger las propiedades del Estado, y no tanto las propiedades privadas, lo cual se pudo haber realizado con una legislación especial, sin embargo, a fin de generalizar los supuestos de hecho y sus consecuencias, se dispuso a modificar innecesariamente el Código Civil. Esto ha traído problemas en cuanto a la interpretación demasiado extensiva que incluso un propietario arbitrariamente y frente a un arrendador de buena fe, no pueda oponérsele con una defensa posesoria, según critica un sector de la doctrina (Paz y Cánepa, 2015 y Solís, 2020). Aún más, la jurisprudencia (Casación 24713-2018-Cusco, 2020) ha concordado el artículo 920° del Código Civil con el 603° del Código Procesal Civil, en el caso del Interdicto de Recobrar, concluyendo que *“si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el Artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente”*.

Un sector de la jurisprudencia (Corte Superior de Justicia de Ventanilla, 2017) ha interpretado los cambios del artículo 920° del Código Civil como la existencia de un nuevo tipo de posesión, la posesión ficta o la presunción de posesión (en los términos de la Ley N.º 29618), aunque la interpretación doctrinal civil no es exactamente coincidente (Pozo, 2015 y Ninamancco, 2017), lo cual se podría justificar por la protección de los bienes inmuebles a efectos de estimular y proteger la inversión privada o pública.

El desalojo extrajudicial es una denominación incorrecta de la defensa posesoria extrajudicial, ya que su connotación puede ser distinta. Mientras que, en el desalojo, entendido judicialmente, el sujeto activo es el arrendador y el pasivo es el arrendatario (asumiendo que no hay otros ocupantes), en la defensa posesoria, la situación es inversa. Desde ese punto de vista no podría concebirse la figura del desalojo extrajudicial por parte del arrendador pues no cuenta con la posesión inmediata que legitime una defensa posesoria.

No obstante, el artículo 920° del Código Civil permite que el propietario, por el simple hecho de serlo, es decir, sin que exista posesión inmediata, puede despojar al poseedor del bien inmueble, siempre que se cumplan los supuestos de la norma, en particular la ausencia de edificación ó una edificación sin terminar. Ahora sí, esto ya se asemeja a un desalojo extrajudicial, en el entendido que el término desalojo es aplicable sólo en el caso que el sujeto activo no es poseedor inmediato del bien (Mejorada, 2019). Y tal como se ha indicado, el interdicto de recobrar del poseedor despojado debería declararse improcedente (Casación 24713-2018-Cusco, 2020).

Si bien se trata de un supuesto muy especial, no necesariamente aplicable a los contratos de arrendamiento de viviendas multifamiliares, sobre todo si ya cuentan con

declaratoria de fábrica e independización, igual reviste especial interés el hecho de que la norma le de semejante poder al propietario. Empero, debe recordarse que dicha modificación proviene de la Ley N° 30230, la cual en realidad estaba pensada para los predios del Estado, y no para los privados, sin embargo, al modificarse el Código Civil en este extremo también tiene efectos jurídicos sobre los arrendadores-propietarios privados.

En efecto, esta defensa posesoria ha generado mucha controversia en la doctrina, pero resulta relevante para el delito de usurpación ya que puede devenir en el ejercicio legítimo de un derecho, y por lo tanto, no sería un supuesto típico el mencionado delito, y en consecuencia no sería punible. Diversos autores, esencialmente civilistas (Mejorada, 2019 y Gonzales Barrón, 2017) concluyen que se está generando una no punibilidad en el delito de usurpación, y aunque pudieran estar en desacuerdo, reconocen esta es la interpretación típica que se le está dando al nuevo artículo 920° del Código Civil, con la consecuente eliminación de la responsabilidad penal del propietario “usurpador” (Gonzales Barrón, 2017) y/o la aplicación del error de prohibición (Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2018)

ANEXO N° 3.- ¿Qué otras medidas civiles facultan el despojo?

En primer lugar, el artículo 587° del Código Procesal Civil hace referencia a la presencia de terceros en el predio, por ejemplo, amigos, familiares o, subarrendatarios del arrendatario, quienes también deben ser emplazados. Se indica que el arrendador-propietario debe “denunciarlo” en su demanda, ante lo cual será notificado. Esto no tiene mayor sentido, ya que exigiría que el demandante conozca quienes son, aspecto que resulta nada práctico. Si bien puede tener un derecho a la tutela jurisdiccional, ello no debe implicar un retraso en el proceso principal de desalojo. Sin perjuicio de ello, las partes en el contrato pueden prohibir que habiten permanentemente terceros y, de ser el caso, que se genere una adenda, agregando dichas personas a la relación contractual.




En segundo lugar, el artículo 598° y siguientes del Código Procesal Civil otorgan el derecho de interdicto de retener o recobrar a quien ostente la posesión u otro derecho real y se le perturbe o despoje de la posesión. Nótese que esta acción posesoria es distinta a la del desalojo por ocupante precario, conforme lo reitera Mejorada (2018), aunque se encuentra dentro del mismo capítulo. Conviene precisar que la jurisprudencia ha dejado constancia la interrelación entre las protecciones civiles y penales de la posesión, en el extremo que el proceso de usurpación suspende el plazo de prescripción del interdicto de retener (Casación N° 3740-2002-Moquegua).

En tercer lugar, el artículo 685° del Código Procesal Civil hace referencia a la aplicación de medidas cautelares innovativas ante el ejercicio abusivo de un derecho, esto puede ser aplicable tanto al arrendatario (que abusa de su derecho de posesión

afectando indebidamente al arrendador) o al arrendador quien ejercita arbitrariamente una defensa posesoria sin contar con la posesión inmediata. Cabe reiterar que la arbitrariedad antes aludida implica que no le asista el derecho previsto en el artículo 920° del Código Civil.

JOSE MARTIN

TESIS

-  NOV DIC
-  INFORME GRADO
-  Universidad de Lima

Detalles del documento

Identificador de la entrega
trn:oid:::1:3120256368

Fecha de entrega
20 dic 2024, 2:37 p.m. GMT-5

Fecha de descarga
20 dic 2024, 3:10 p.m. GMT-5

Nombre de archivo
Tesis.docx

Tamaño de archivo
193.2 KB

107 Páginas

24,549 Palabras

136,379 Caracteres

15% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...




Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado

Exclusiones

- ▶ N.º de coincidencia excluida

Fuentes principales

- 15%  Fuentes de Internet
- 3%  Publicaciones
- 6%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

Fuentes principales

- 15% Fuentes de Internet
- 3% Publicaciones
- 6% Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	
idoc.pub		2%
2	Internet	
hdl.handle.net		2%
3	Internet	
qdoc.tips		2%
4	Internet	
repositorio.uladech.edu.pe		1%
5	Internet	
vsip.info		0%
6	Internet	
repositorio.unapiquitos.edu.pe		0%
7	Internet	
vbook.pub		0%
8	Internet	
repositorio.unfv.edu.pe		0%
9	Internet	
doku.pub		0%
10	Internet	
img.lpderecho.pe		0%
11	Internet	
repositorio.unasam.edu.pe		0%

12	Internet	repositorio.pucp.edu.pe	0%
13	Trabajos del estudiante	Universidad Católica de Santa María	0%
14	Internet	www.lexsoluciones.com	0%
15	Internet	www.slideshare.net	0%
16	Internet	kupdf.net	0%
17	Internet	archive.org	0%
18	Trabajos del estudiante	Universidad Católica San Pablo	0%
19	Internet	blog.pucp.edu.pe	0%
20	Internet	diariooficial.elperuano.pe	0%
21	Internet	www.tribunal.pr	0%
22	Trabajos del estudiante	Galileo Global Education	0%
23	Internet	livrosdeamor.com.br	0%
24	Internet	tesis.pucp.edu.pe	0%
25	Internet	www.scribd.com	0%

26	Trabajos del estudiante	Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote	0%
27	Internet	cartamagnape.blogspot.com	0%
28	Internet	contadores-aic.org	0%
29	Internet	documentop.com	0%
30	Internet	repositorio.ucv.edu.pe	0%
31	Internet	icade.com.pe	0%
32	Internet	www.researchgate.net	0%
33	Internet	juristasfraternitas.files.wordpress.com	0%
34	Trabajos del estudiante	Universidad de Lima	0%
35	Internet	repositorio.unab.edu.pe	0%
36	Internet	tesis.usat.edu.pe	0%
37	Internet	repositorio.ulasamericas.edu.pe	0%
38	Internet	repositorio.unc.edu.pe	0%
39	Internet	www.dspace.unitru.edu.pe	0%

40	Internet	pirhua.udep.edu.pe	0%
41	Internet	repositorio.upao.edu.pe	0%
42	Trabajos del estudiante	Universidad Autonoma de Chile	0%
43	Internet	legislacionparaintervenir.weebly.com	0%
44	Internet	prezi.com	0%
45	Internet	pt.scribd.com	0%
46	Internet	legis.pe	0%
47	Internet	repositorio.uns.edu.pe	0%
48	Internet	chodal18.com	0%
49	Internet	es.scribd.com	0%
50	Internet	repositorio.upagu.edu.pe	0%
51	Trabajos del estudiante	unsaac	0%
52	Internet	repositorio.usanpedro.edu.pe	0%
53	Internet	translate.academic.ru	0%

54 Internet

laley.pe 0%

55 Internet

repositorio.unap.edu.pe 0%