



---

**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES  
CHIMBOTE  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y  
SEGUNDA INSTANCIA SOBRE PROCESO DE  
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA EN,  
EL EXPEDIENTE N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01,  
DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUMBES – PIURA.  
2018.**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**AUTORA  
GRETHEL NOELIT GONZALES INFANTE**

**ASESOR  
Mgtr. ELVIS MARLON GUIDINO VALDERRAMA**

**PIURA – PERÚ  
2019**

**JURADO EVALUADOR DE TESIS Y ASESOR**

**Mgtr. CARLOS CESAR CUEVA ALCÁNTARA**  
**Presidente**

**Mgtr. MARÍA VIOLETA DE LAMA VILLASECA**  
**Secretaria**

**Mgtr. RAFAEL HUMBERTO BAYONA SÁNCHEZ**  
**Miembro**

**Mgtr. ELVIS MARLON GUIDINO VALDERRAMA**  
**Asesor**

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero expresar mis más sinceros agradecimientos a mi Alma Mater ULADECH CATÓLICA, por albergarme y brindarme profesionales de excelencia todos estos años de estudio.

Al Mgtr. Elvis Guidino Valderrama, por su importante aporte, participación activa y paciencia en el desarrollo de esta tesis que ha enriquecido el trabajo realizado. Sus capacidades para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable en mi formación como investigador.

**Grethel Noelit Gonzales Infante**

## **DEDICATORIA**

La presente tesis la dedicó a Dios a toda mi familia y amigos, principalmente a mi madre que ha sido un pilar fundamental en mi formación como profesional, por brindarme la confianza, consejos, oportunidad y los recursos para lograrlo, a mis docentes por educarnos con esfuerzo y entusiasmo para así poder lograr nuestros objetivos.

**Grethel Noelit Gonzales Infante**

## RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿Cuál es la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre, (Sobre desalojo por ocupante precario) según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Juzgado especializado en lo civil , del Distrito Judicial de tumbes- Piura 2018, El objetivo fue: determinar la calidad de las sentencias en estudio. Es de tipo, cuantitativo cualitativo, nivel exploratorio descriptivo, y diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación, y el análisis de contenido, y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive, pertenecientes a: la sentencia de primera instancia fue de rango: alta, muy alta y muy alta; y de la sentencia de segunda instancia: baja, muy alta y muy alta; Se concluyó, que la calidad de las sentencias de primera y de segunda instancia, fueron de rango: muy alta y alta respectivamente.

**Palabras clave:** calidad, desalojo; motivación; ocupación precaria y sentencia.

## **ABSTRACT**

The problem of the investigation was: What is the quality of the sentences of first and second instance on (On eviction by precarious occupant) according to the relevant normative, doctrinal and jurisprudential parameters, in the file N° 00065-2011-0-2601 -JR-CI-01, Court specialized in civil matters, of the Judicial District of Tumbes-Piura 2018. The objective was to determine the quality of the judgments under study. It is of type, qualitative quantitative, descriptive exploratory level, and non-experimental, retrospective and transversal design. Data collection was done, from a file selected by convenience sampling, using observation techniques, and content analysis, and a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the quality of the expository, considerative and resolute part, pertaining to: the sentence of first instance was of rank: high, very high and very high; and the sentence of second instance: low, very high and very high; It was concluded that the quality of first and second instance sentences ranged from very high to high respectively.

Keywords: quality, eviction; motivation; precarious occupation and sentence.

## ÍNDICE GENERAL

JURADO EVALUADOR DE TESIS Y ASESOR.....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
DEDICATORIA.....	iv
RESUMEN .....	v
ABSTRACT.....	vi
ÍNDICE GENERAL .....	vii
ÍNDICE DE CUADROS DE RESULTADOS.....	xii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA .....	25
2.1. ANTECEDENTES .....	25
2.2. BASES TEÓRICAS.....	37
2.2.1. Desarrollo de Instituciones Jurídicas Procesales relacionados con las sentencias en estudio.....	37
2.2.1.1. La Acción .....	37
2.2.1.1.1. Definición .....	37
2.2.1.1.2. Acepciones de la acción .....	39
2.2.1.1.3. Características de la acción.....	39
2.2.1.2. La jurisdicción.....	40
2.2.1.2.1. Generalidades .....	40
2.2.1.2.2. Conceptualización .....	40
2.2.1.3. La competencia .....	43
2.2.1.3.1. Definición .....	43
2.2.1.2.3. Clases de competencia.....	45
2.2.1.4. El proceso.....	48
2.2.1.4.1. Definición .....	48
2.2.1.4.2. Funciones del proceso .....	52
2.2.1.4.3. Función pública del proceso.....	52
2.2.1.4.4. El proceso como tutela y garantía constitucional .....	52
2.2.1.4.5. Teoría del proceso como entidad jurídica compleja .....	53
2.2.1.4.6. Los principios constitucionales relacionados al proceso.....	53

2.2.1.5.	El proceso sumarísimo .....	55
2.2.1.5.1.	Definición .....	55
2.2.1.5.2.	El proceso sumarísimo en la normatividad legal.....	56
2.2.1.6.	El proceso de desalojo.....	56
2.2.1.6.1.	Finalidad: .....	56
2.2.1.6.2.	Naturaleza de la acción.....	57
2.2.1.6.3.	Requisitos para que proceda la acción de desalojo.....	58
2.2.1.6.4.	Bienes respecto a los cuales procede el desalojo.....	59
2.2.1.6.5.	Vía procedimental del desalojo por posesión precaria. ....	59
2.2.1.6.6.	Juez competente.....	59
2.2.1.6.7.	Sujeto activo de la relación jurídica. ....	60
2.2.1.6.8.	Sujeto pasivo de la relación jurídica. ....	61
2.2.1.6.9.	Demanda de desalojo respecto a bien ocupado por tercero. ....	61
2.2.1.6.10.	Limitación de medios probatorios en el desalojo. ....	63
2.2.1.6.11.	Acción reivindicatoria y la acción de mejor derecho. ....	63
2.2.1.6.13.	Lanzamiento de desalojo por ocupación precaria.....	64
2.2.1.7.	La prueba.....	64
2.2.1.7.1.	Definición .....	64
2.2.1.7.2.	La prueba en sentido común.....	67
2.2.1.7.3.	La prueba en sentido jurídico procesal.....	67
2.2.1.7.4.	Concepto de prueba para el Juez .....	68
2.2.1.7.5.	El objeto de la prueba. ....	69
2.2.1.7.6.	El principio de la carga de la prueba. ....	72
2.2.1.7.7.	Sistemas de valoración de la prueba.....	74
2.2.1.7.8.	Las pruebas y la sentencia. ....	77
2.2.1.7.9.	Principios procesales aplicables a la prueba.....	77
2.2.1.7.10.	Principios procesales aplicables a los medios probatorios .....	84
2.2.1.7.11.	Finalidad y fiabilidad de la prueba .....	87
2.2.1.7.12.	Los medios de prueba actuados en el caso en estudio.....	88
2.2.1.7.13.	Clases de medios probatorios .....	90
2.2.1.7.13.1.	Medios probatorios típicos .....	90



2.2.1.7.13.2.	Medios probatorios atípicos .....	90
2.2.1.7.13.3.	Los documentos.....	91
2.2.1.8.	Las excepciones procesales.....	92
2.2.1.7.1.	Definición .....	92
2.2.1.7.2.	Jurisprudencia sobre las excepciones .....	93
2.2.1.7.3.	Clases de excepciones procesales.....	93
2.2.1.7.4.	Efectos de las excepciones. ....	96
2.2.1.8.	El debido proceso formal .....	97
2.2.1.8.1.	Definición .....	97
2.2.1.8.2.	Elementos del debido proceso. ....	98
2.2.1.8.3.	Teorías del debido proceso formal.....	101
2.2.1.8.4.	Jurisprudencia sobre el debido proceso .....	102
2.2.1.8.5.	Principios relacionados al debido proceso.....	102
2.2.1.8.5.1.	El principio de congruencia procesal. ....	102
2.2.1.8.5.2.	El principio de la motivación de las resoluciones judiciales.....	102
2.2.1.8.5.3.	El deber constitucional de motivar.....	104
2.2.1.9.	La sentencia.....	104
2.2.1.9.1.	Definición .....	104
2.2.1.9.2.	Estructura de la sentencia. ....	105
2.2.1.9.3.	Fundamentación judicial de las sentencias.....	107
2.2.1.9.4.	Funciones de la motivación .....	108
2.2.1.9.5.	La fundamentación de los hechos.....	109
2.2.1.9.6.	La fundamentación en derecho.....	110
2.2.1.9.7.	Requisitos para una adecuada motivación de las resoluciones judiciales. .....	113
2.2.2.	Desarrollo de instituciones jurídicas sustantivas relacionados con las sentencias en estudio .....	119
2.2.2.1.	Identificación de la pretensión resulta en la sentencia.....	119
2.2.2.2.	Desarrollo de instituciones jurídicas previas, para abordar el desalojo por ocupación precaria .....	119
2.2.2.2.1.	Derechos Reales. ....	119
2.2.2.2.1.1.	Definición .....	119

2.2.2.2.1.2. Características de los Derechos Reales.....	120
2.2.2.2.2. La propiedad .....	120
2.2.2.2.2.1. Definición .....	120
2.2.2.2.2.2. La propiedad como concepto legal. ....	121
2.2.2.2.2.3. Características del derecho de propiedad.....	121
2.2.2.2.3. La posesión .....	122
2.2.2.2.3.1. Etimología.....	122
2.2.2.2.3.2. Definición .....	122
2.2.2.2.3.3. Teoría del derecho de posesión. ....	126
2.2.2.2.3.4. Clases de posesión. ....	131
2.2.2.2.3.5. La clave de la posesión mediata: relación jurídica o social de carácter temporal. ....	133
2.2.2.2.3.6. Posesión mediata e inmediata: ¿dos posesiones o dos funciones de la misma posesión? .....	135
2.2.2.2.3.7. Porque la ley reconoce la posesión mediata e inmediata. ....	135
2.2.2.2.3.8. Extinción de la posesión. ....	140
2.2.2.2.3.9. Pérdida de la posesión mediata. ....	145
2.2.2.2.4. La posesión precaria. ....	146
2.2.2.2.4.1. Generalidades.....	146
2.2.2.2.4.2. Definición .....	151
2.2.2.2.4.3. La ocupación precaria en la doctrina. ....	155
2.2.2.2.4.4. La posesión precaria y la posesión ilegítima .....	158
2.2.2.2.4.5. Jurisprudencia sobre la posesión precaria.....	159
2.2.2.2.4.6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República sobre el desalojo por ocupación precaria. ....	164
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	166
III. METODOLOGÍA .....	173
3.1. Tipo y Nivel de Investigación .....	173
3.2. Diseño de la investigación .....	174
3.3. Unidad de análisis, objeto y variable de estudio .....	174
3.4. Técnicas e Instrumentos de investigación.....	175

3.5.	Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos. ....	175
3.6.	Consideraciones éticas .....	175
3.7.	Rigor científico. ....	176
IV.	RESULTADOS .....	177
4.1.	Resultados.....	177
4.2.	Análisis de resultados .....	210
V.	CONCLUSIONES.....	216
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	220
	ANEXOS .....	225
	ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de la Variable.....	226
	ANEXO 2: Cuadros descriptivos del procedimiento de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable .....	232
	ANEXO 3: Declaración De Compromiso Ético .....	243
	ANEXO 4: Sentencias de primera y segunda instancia.....	244

## ÍNDICE DE CUADROS DE RESULTADOS

<b>Resultados parciales de la sentencia de primera instancia.....</b>	<b>177</b>
Cuadro 1: calidad de la parte expositiva.....	177
Cuadro 2: calidad de la parte considerativa.....	182
Cuadro 3: calidad de la parte resolutive.....	189
<b>Resultados parciales de la sentencia de segunda instancia.....</b>	<b>191</b>
Cuadro 4: calidad de la parte expositiva.....	191
Cuadro 5: calidad de la parte considerativa.....	196
Cuadro 6: calidad de la parte resolutive.....	203
<b>Resultados consolidados de las sentencias en estudio.....</b>	<b>206</b>
Cuadro 7: Calidad de la sentencia de primera instancia.....	206
Cuadro 8: Calidad de la sentencia de segunda instancia.....	208

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país se presenta, desde hace ya algunos años, un intenso e interesante debate respecto del tema de la posesión precaria en el derecho civil peruano. La controversia es el resultado de la existencia de diversos conceptos que se sostienen respecto a esta variedad en la forma de poseer bienes expresamente reguladas en nuestra norma sustantiva civil; algunos sostienen, como analizaremos más adelante, que la definición que el actual Código Civil establece sobre el precario, es una en el sentido -vulgar, pues según se indica, el verdadero concepto de este tipo de posesión es el que se fijó en el derecho romano de la época de Justiniano, es decir la ejerce quien a ruego, recibe un bien de manos de su propietario a título gratuito y revocable en cualquier momento. Este punto de vista llega a sostener que el concepto -científico o -jurídico no vulgar del precario se encuentra en la llamada -posesión temporal producida entre la posesión mediata y la posesión inmediata; esta posición pretende reivindicar la definición del -precario por su etimología o por el uso que se le dio hace cerca de 1,600 años, sin atender al nuevo significado atribuido por el uso del que ha sido objeto por las personas a lo largo de todo ese periodo, en especial por la jurisprudencia interna en los últimos 50 años. Otros sostienen que la regulación de la posesión precaria en el Código Civil resulta innecesaria, es decir que no debió ser incluida en dicha norma sustantiva y que por tal razón debería ser expulsada del mismo, máxime si no constituye un nuevo tipo de posesión.

La búsqueda de conocimientos sobre la calidad de las sentencias de un proceso judicial específico, motivó observar el contexto temporal y espacial del cual emerge, porque en términos reales las sentencias se constituyen en un producto de la actividad del hombre que obra a nombre y en representación del Estado.

En Esta institución, exclusiva Del derecho quiritaro, tenía por finalidad, en convertir en propietario a aquel que no detentaba esta situación jurídica ya sea, porque el que le había transmitido la propiedad.

### **En el ámbito internacional se observó:**

En su origen romano señala que una edición de las Pandectas, conocida con el nombre de Vulgata contiene un texto de Paulo según el cual la posesión vendría a

ser “tenencia de pies” o insistencia. Castañeda. (s/f)

Ésta noción contiene dos expresiones, una de ellas alude a la “Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies”; y la otra que literalmente señala “Según dixeron los sabios antiguos es tenencia derecha que ha ome en las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento”; es evidente, como lo refiere el maestro sanmarquino, que éstas definiciones han sido abandonas. Alonso El Sabio (Partida III, tit. 30. ley 1)

Citado líneas arriba. Para corroborar lo disperso de las fuentes Romanas, Bonfante al comentar los textos romanos señala que la traducción más Exacta de possessio sería la de señorío, dominación, que son las palabras Como se puede apreciar los romanos consideraban la posesión estrechamente. Vinculada al ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, algunas corrientes de esa época han considerado la posesión como un hecho que, aun cuando no Era ejercida por su propietario, se encontraba protegida por el Derecho, Produciendo efectos jurídicos. Existió entonces una discrepancia entre los Jurisconsultos romanos, de modo que mientras Paulo (Paulo, L. I, & 3, D.) Consideraba como un derecho. Esta discrepancia se ha mantenido, con sus matices, durante la época de los glosadores, así el glosador Olivart se adhirió a la primera de las opiniones antes citadas, mientras que Bartolo lo hacía a la segunda. Rossomanno.

Ha señalado que estas –dificultades- existen para explicar cómo se configuró la posesión en Roma, ello se debe, refiere, a la carencia de documentos auténticos que pudieran servir para fundamentar un conocimiento decisivo sobre el particular, lo que ha dado lugar a la aparición de diversas teorías. Doctrinariamente, señala el citado profesor argentino, se admite en opinión casi unánime que desde la crítica que Ihering hizo de la teoría de la posesión de Savigny – producida durante el siglo XIX, y que comentaremos más adelante-, se ha enseñoreado en la doctrina la más horrible confusión y el más agudo desconcierto, no existiendo sobre los problemas fundamentales. Peña Guzmán; constituye uno de sus fundamentos básicos. Otro de los fundamentos básicos de los derechos reales germánicos fue la radical distinción entre los bienes inmuebles y muebles, constituida por la necesidad de establecer con precisión que la propiedad de la tierra (inmueble) correspondía a los grupos

(familias o Sippen-asociación familiar-) y la propiedad del utillaje y armas (muebles) a los individuos.

Refiriéndose a la palabra Gewere, el citado autor señala que su significado está referido al acto público de guardar, vigilar, retener algún bien. Aludiendo a este concepto, precisa además que el derecho germánico, regido inicialmente por el principio de materialidad, no concibe un puro derecho abstracto si éste no se encuentra directamente conectado a actos visibles perceptibles a los sentidos; es por ello que quien custodia, retiene y domina un bien, y se presenta ante todos en forma pública, es considerado como revestido jurídicamente del derecho a tal bien, sin que se entre en consideraciones internas del sujeto, en el sentido que posea ánimo.

Argentina, no se advierte en la mayoría de los países latinoamericanos una regulación normativa referida a la clasificación de la posesión por su origen, esto es, la referida a la posesión legítima o ilegítima. Pérez-Prendes Muñoz-Arraco

Analizaremos algunos códigos civiles de nuestro continente americano.

Ello significa que, en el Derecho civil chileno, así como en el ecuatoriano, según la norma en comento, la buena o mala fe no constituye un requisito para la existencia de la posesión regular o irregular, pues la propia norma civil reconoce que la posesión puede ser regular y de mala fe, como también puede ser de buena fe pero irregular. Lo importante en la posesión regular es el justo título.

Para ello el propio. Legislador establece en el art. 703 del mismo código (art. 737 del actual código civil. Ecuatoriano), los requisitos para que un título posesorio se considere justo título. Por si existiera alguna duda, fija de modo claro, en el Art. 704 del mismo cuerpo legal (Art. 738 del actual Código Civil ecuatoriano), cuando no hay justo título. Por ejemplo, señala dicho Código Civil, que no es justo título: el falsificado, el conferido de quien no cuenta con facultades para otorgarlo, el que adolece de vicio de nulidad o el meramente putativo, entre otros. Hay en este último caso una cierta similitud con la posesión ilegítima regulada en el derecho civil peruano o argentino.vigente, respecto de la naturaleza de la posesión y su definición, tiene una regulación normativa similar a nuestro actual Código Civil, al establecer en su Art. 485 que se “considera poseedor a todo aquel tiene de hecho el

ejercicio, pleno o no, de algunos poderes inherentes al dominio o propiedad”. Con ello se puede decir que dicho Código, al igual que el nuestro, se afilia a teoría objetiva de la posesión. Por su parte el código civil Brasileiro

Este Código introduce en su Art. 486 la regulación sobre posesión temporal de bienes, similar a la que nuestro Código conoce como posesión inmediata y mediata, pero le denomina posesión directa, que es la ejercida por el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el locatario, y la posesión indirecta que tiene el que la entregó.

A modo de resumen podemos establecer que, salvo Argentina de Vélez Sarsfield, y en menor medida, nuestro país y Brasil, no existe en el Derecho positivo de la mayoría de países de nuestro continente americano, una regulación precisa sobre la posesión legítima y la ilegítima, por lo que en esta materia, debemos tomar como referencia los conceptos, hasta ahora vigentes, establecidos en el Código Civil gaucho. Von Ihering a fines Del (Siglo XIX)

Roma: La posesión precaria nace en roma por efecto de la concentración de la propiedad en pocas manos , por lo que un amplio sector social debía mantener relaciones de dependencia frente a la clase terrateniente, para efecto de lograr mediante ruegos la concesión de un pedazo de tierra , normalmente a cambio de servicios, lealtades o simple dominación social. El origen histórico de esta figura es bien conocida: “(precarium viene de preces) de que le concediera, para mantenerse el y su familia el pleno y gratuito disfrute de un fundo, concesión que el precario dans podía revocar en cualquier momento. D’ORS, Álvaro. (1997, P. 196).

Es interesante señalar que el precario es un poseedor pretorio (protegido por el pretor mediante su labor jurisprudencial de creación del derecho), a quien se protege en forma relativa; pues, frente a los terceros , el precario se defiende por los interdictos utipossidetis y utrubi, atravez de los cuales logra la recuperación de la cosa ya sea que se trate de inmuebles o muebles, respectivamente; en cambio frente al concedente de la posesión (precario dans), y poseedor civil, el precario no puede oponerse y está obligado a la inmediata restitución de la cosa , porque su posesión es considerada viciosa . Siendo así el concedente puede recuperar el bien mediante el dominio interdicto quodprecario. (Guzman Brito 1997).



Esta afirmación es de gran importancia para nuestro tema, ya que ratifica la condición de acción posesoria del antiguo interdicto y del actual proceso de desalojo por precario, en cuanto se actúa la defensa de la posesión civil, o de la mediata en la terminología de nuestro código civil, y no de la propiedad; en suma, no interesa que el actor sea propietario o no, si no el poseedor civil.

El derecho moderno, esto es, aquel que se origina a partir de las codificaciones Europas que abandonan el derecho romano, dedica poco espacio o ninguno a la posesión precaria, conforme puede advertirse de un repaso de los principales códigos occidentales, aun cuando la doctrina mantiene en términos generales, la misma definición que proviene del desde el derecho romano.

En las pocas codificaciones que todavía mantienen la figura del precario en forma expresa normalmente se incorpora dentro del contrato de comodato, con el que tiene analogías, pues se trata de la sesión gratuita para el uso de un bien a la que se añade el carácter libremente revocable de la concesión por lo que el titular puede dejarla sin efecto en cualquier momento sin mayores requisitos que su propia voluntad; por ejemplo, el artículo 1889, del código napoleónico, de 1804, que otorga al comodante la potestad de solicitar la devolución de la cosa si es que tuviese necesidad de utilizarla, ha motivado que la doctrina francesa (entre ellos, Colin y Capitant) considere que en ese caso hay precario. Moreno Mocholi, (1951)

Una de los argumentos recurrentes para descalificar una determinada posición jurídica, es sostener que esta “se basa en el derecho romano” (Mejorada Chauca, Martín, 2016).

En tal sentido, nuestro ocasional contradictor no pierde el tiempo para apuntalar su tesis a través de los cuestionamientos a la historia.

Realmente es muy difícil compartir un párrafo como el citado, pues la historia, mal que nos pese, es “maestra de la vida”, resulta imposible que podamos entender nuestro presente y la proyección hacia el futuro, si comprender las raíces donde prevenimos. Por tal motivo, y como punto previo de partida, debe quedar descartado el simplismo de negar la tesis por el solo hecho de sostenerse en la historia.

Así pues, mejorada sostiene que el precario romano es una figura inservible ya que:

“resulta dudoso, por decir lo menos, un utensilio tan antiguo como las pirámides de Egipto.”

Esta afirmación, con todo lo cuestionable que es, sin embargo, podría ser coherente en el discurso de los análisis económicos del derecho, para quienes la historia no sirve, y menos si se trata del derecho romano. Esta situación lamentablemente, deviene en incoherencia en el caso del autor criticado, pues el reiteradamente se confiesa ser un seguidor del Ihering, y considera que el código acoge su postura sobre la posesión. En su propio artículo sostiene y ampara sus puntos de vista exclusivamente en la lectura (equivocada) de Ihering. Entre otras frases sostiene: “por lo tanto, alejándose del derecho romano, pero de mano con von Ihering, puede decir que la posesión no se limita a la apariencia de la propiedad si no que comprende la apariencia de cualquier otro derecho patrimonial sobre los bienes.

Siendo así, resulta inexplicable la aversión que tiene mejorada hacia la posesión romana, ya que es de sobra conocida que Ihering no creó la teoría posesoria autónoma, si no que se limitó a interpretar (en forma personal) las fuentes romanas y construir una ordenación sistemática sobre su base. Esta situación se encuentra históricamente demostrada y no merece ningún reparo. (Nernandez Gil, 1987).

Por tanto, si la doctrina posesoria de Ihering es la misma romana (por lo menos según el propio jurista) entonces no se entiende como mejorada reniega de la posesión romana sin que le inspire el mismo rechazo la tesis del germano. Téngase en cuenta que Ihering se limita a estudiar interpretar y establecer el derecho romano. (Wieacker, 2000)

La sociedad romana arcaica se fundó sobre la base de las familias, y bajo el mando de pater, quien contaba con la soberanía doméstica en cuanto a los hijos, mujer, esclavos y cosas. En principio era un poder unitario, caso absoluto, denominado *mancipium*, pero con las cosas. A qui entra en juego el dominio y disposición económica del hombre sobre los objetos de mundo exterior. Es claro entonces la relevancia manifiesta de la propiedad individual sobre la colectiva. (Grosso, Giuseppe, 1965).

Al lado de la propiedad privada encontramos el *ager publicus*, que son las tierras pertenecientes al *populus romanus* (pueblo romano), que se orina por la conquista de

los pueblos enemigos. Una gran parte de *ager publicus* venía concedida a los ciudadanos (*ager occupatorius*), primero sola a los patricios y luego extendida a los plebeyos, en forma precaria y revocable. La concesión a solo unas familias fue de origen de los posteriores conflictos sociales que azotaron roma. (Lozano Mario, , 2006).

Luego aparecen otras modalidades de distribución de la tierra, especialmente aquella mediante la cual el *ager publicus* es transferido por los cuestores, también en forma revocable, pero con la protección de los *interdictos* frente a la amenaza de los terceros, a cambio del pago de un *vectigal* a título de reconocimiento. Esta figura se denominó *ager quaestorius*. GROSSO, Giuseppe. *lezioni di sutoria del distrito tomano*.

En consecuencia grandes extensiones territoriales de las afueras de la ciudad de roma, tomadas como botín de guerra, se encontraban otorgadas por el estado ( se cabe utilizar ese término) a favor de particulares, en forma graciosa y libremente revocable.

La palabra *possidere* (poseer) proviene de la voz *sedere* (sentarse), lo que alude claramente el significado que tenía esta voz: el poseedor era quien se sentaba sobre la cosa, se instalaba en ella, la ocupaba físicamente. El jurista clásico Labeon lo dice claramente en D.41.2.pr: “posesión viene de sede, como quien dice posición, por que quien tiene la cosa, naturalmente se instala en ella “Hinostraza, (Fernando, 2005). Esta última afirmación categórica, se explica por cuanto la posesión es un fenómeno de hecho, o no, un título al que derive el derecho de detentar la cosa. (Guzmán Brito, 1997).

Muchos autores consideran el suelo público. Sin embargo, no debe olvidarse que también en el ámbito de las tierras privadas existía un antiguo concepto de *usus*, como denominación de la cosa que asegura su goce, y que posibilita la *usucapión*, conforme se indica ya en las XII tablas. GROSSO, Giuseppe. (1970).

Italia: En Italia también se considera que el precario se origina en la tolerancia o licencia del concedente, con carácter esencialmente revocable. (Messineo, 1979).

Aquí el precario es un detentador cualificado, por lo que cuentan con la acción de restitución en caso de despojo por obra de tercero, pero ciertamente no está

habilitada para él la usucapión; el precario en un título meramente obligacional; (Bianca, 2005).

Portugal: Sin renta ni plazo determinado, por lo que prima la voluntad libre del concedente para ponerle fin; el código civil de 1967 considera que los detentadores o precarios son todos aquellos que ejercen el poder del hecho sin el ánimo de actuar un derecho real (Art. 1253) en ella se usa el termino de precario “en forma Amplia”, como sinónimo detentador o poseedor inmediato que reúne a los poseedores derivador (arrendatarios, por ejemplo), a los poseedores a nombre ajeno (mandatarios), y también a los precarios en estricto es decir, “los que simplemente se aprovechan de la tolerancia del Titular del Derecho” (Art. 1253-B). Santos Justo, 2010)

España: La Doctrina española considera que el precario es el poseedor por concesión liberal o graciosa que debe restituir el bien al primer requerimiento. (Hernández Gil, 1987).

Chile: El código de Andrés Bellos Considera que el precario es poseedor gratuito, por liberalidad del otorgante y sometido a la voluntad de este último, pues el primer requerimiento puede solicitar la devolución de la cosa; sin embargo, también en esta caso, el precario se incluyó como una modalidad del comodato, esto es, se “contractualizo”, la antigua relación de hecho; así, el Art. 1295 del Código Civil de la judicatura Chilena sufre análogos problemas que la nuestra para identificar al precario, oscilando entre posturas restrictivas o extensivas, aunque parece que últimamente prevale la última, por la cual la falta de título del demandado hace presumir la mera tolerancia del autor, por lo que se tienen por cumplido a los presupuestos del acción de precario.

Es decir pareciera que por ficción, los usurpadores, invasores o cualquier poseedor de hecho, so precarios pese a que el propietario no cuenta con la posesión, por lo que, en la practica la solución en ambos países sería la misma. (Rostion Casas, 1996), Thommson Reuters (2013)

Pero antes que los adalides de la sentencia del pleno se sumen alborozados a la jurisprudencia chilena, cabe recordarles que en ese país, la inscripción conlleva a que el titular “poseedor Legal”, aunque el tema es discutido cuando hay posición

contradictoria que se encuentra con solidada por el tiempo eso no ocurre en Perú. (Peñailillo Arevalo, 2014).

Colombia: El código civil de Colombia es el mismo que el de Bello, también reconoce la figura del “comodato-precario”, que se origina en la concesión graciosa del titular pero bajo libre revocación; aquí el precario es reputado un tenedor, pues en la lógica de este sistema jurídico, todos los poseedores en nombre ajeno (inmediatos) son considerado tenedores Valencia Zea y Ortiz Molsalve, 2007).

Argentina: El código decimonónico de Vélez contiene una previsión explicita del precario – comodatario: “si el préstamo fuera precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa y este no resultare determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución cuando quisiera en caso de duda , incumbe la prueba al codatario.”(Art 2285 (Velez Sarfield, 1794).

En el sistema posesorio argentino, igual que en el caso chileno y colombiano, el precario es tenedor porque carece de animus domini, pues la doctrina sigue fiel a la definición romanista. Un ejemplo de autor antiguo es el siguiente: “el precarista, ósea el detentador, no posee: dentro del sistema legal desempeña un papel licito y honesto, aunque en un plano distinto de la posesión animo domoni” Lafaille, 1944)

Los autores contemporáneos mantienen el mismo criterio, por lo que está claro que el precario, en el derecho argentino, no se aparta del concepto histórico. Uno de ellos dice: “en rigor, es precaria la relación con la cosa cuando se tiene sin título por una tolerancia del dueño.” (Musto, 2000)

Otro manifiesta: “en consecuencia, el comodato se denomina precario cuando no tiene plazo establecido por las partes, o cuando no se ha determinado el uso de la cosa prestada. Son supuestos que permitirán al comodante solicitar, en cualquier momento de restitución de lo entregado.”(Garrido, Roque y Zago, 1988).

Inglaterra: El derecho ingles no se aparta de los sistemas de la tradición jurídica continental pues también se reconoce una figura por lo cual el poseedor actúa por licencia o permiso del dueño. Ridall, J.G. Law Nexis UK (2003).

En tal caso obviamente, el precario reconoce una posesión jurídica superior a la suya, por lo que no puede adquirir por usucapión o adverse possession. Wonnacott,

2006).

En suma no solo el derecho romano tiene una noción unívoca del precario; si no que este perduró en el derecho moderno, con algunas mínimas variantes, tal como se demuestra de la relación de códigos y autores citados. En tal sentido, es claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión por virtud de liberalidad, por la tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado devolver el bien al primer requerimiento. Incluso, el diccionario de la Real Academia define al precario de la misma forma, esto es, como aquella posesión: “que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño” (Real Academia Española, 1992)

En el ámbito nacional, se observó lo siguiente:

Perú: El proceso de desalojo nace con la finalidad de resolver los conflictos simples entre arrendador y arrendatario, en los que el debate jurídico y probatorio es mínimo, como ocurre en los casos de vencimiento de plazo y falta de pago. Por tanto, nótese la perfecta coherencia entre el antecedente (conflicto simple) y el consecuente (proceso rápido, con mínimo debate), lo que precisamente constituye la base justificativa de la diferencia entre procesos planetarios y sumarios.

En tal contexto, el desalojo está diseñado para durar entre tres y seis meses, pues no se necesita más para decidir sobre el vencimiento de un plazo o sobre el pago de la renta, o no.

El problema, no obstante, surge cuando la corte suprema peruana expande el desalojo a pretensiones complejas, en las que se discute la posesión de larga data, la usucapión, la accesión, la nulidad de acto jurídico, la resolución de contrato por acto unilateral, la doble venta, entre otros. Es decir, el proceso rápido conserva la misma estructura formal, pero su contenido varía sustancialmente, en tanto las controversias que se resuelven hoy, son complejas. El IV pleno estableció el cuestionable precedente de llamar “precario” a medio mundo, incluso a los arrendatarios, con lo cual ha ocasionado el debió innecesario de competencia judicial, pues los procesos que debían iniciarse en juez en juez de paz letrado, con dos instancias, por efecto del monto de la renta, ahora se trasladan al juez civil, con

la posibilidad de casación hasta la corte suprema. Por tanto esos procesos pueden durar hasta cuatro o cinco años, incluso cuando las controversias sean sencillas.

Por tal motivo, no es casualidad que el IV pleno empiece a ser superado por mérito de ley N° 30201 y del decreto legislativo N° 1177, a en tanto el vencimiento del contrato del arrendamiento se ha introducido nuevamente a la causal de desalojo del mismo nombre, y no a la de precario. Otra modificación positiva es conceder sin efecto suspensivo pues casi todas las sentencias son confirmadas por el juez superior. El proceso rápido de las normas especiales se enlaza nuevamente con pretensiones que no son complejas.

Una vez más, y como casi siempre, las elucubraciones metafísicas son derrotadas por el pragmatismo. Y eso es lo correcto. Sin embargo, el problema de la dispersión normativa se mantiene, pues en nuestro país rigen simultáneamente tres procesos de desalojo.

En tal sentido, la presente edición de la obra acido formulada para darle mayor importancia a las acciones posesorias, en general, y al proceso de desalojo, en especial, lo que justifica rebautizar el título para hacerlo más precioso; sin perjuicio, obviamente, de mantener el tratamiento extenso que siempre se ha dispensado a la posesión precaria, cuya definición se trata de desentrañar desde todas las perspectivas.

Por último, el anexo del libro incluye muchas más sentencias del autor referidas a las diversas situaciones que se presentan en los procesos de desalojo, lo que permitirá apreciar el razonamiento utilizado en las soluciones de tales conflictos. Por su parte, los interesados podrán aprovechar dicho material para fundar demandas, contestación o ponencias, con los mismo o similares cánones argumentativos. (Gonzales Barron, 2016).

En los últimos años se observa niveles de desconfianza social y debilidad institucional de la administración de justicia, alejamiento de la población del sistema, altos índices de corrupción y una relación directa entre la justicia y poder, que son negativos. Se reconoce que el sistema de justicia pertenece a un —viejo orden, corrupto en general, y con serios obstáculos para el ejercicio real de la ciudadanía por parte de las personas. Pasaré (2010),

La mitad de la población peruana (51%) sostiene que el principal problema que afronta el país es la corrupción, que lejos de disminuir aumenta, y a su vez, es un freno para el desarrollo del Perú. Ipsos Apoyo (2010),

Para nadie es un secreto que la mayoría de los peruanos no confían en el sistema judicial y están decepcionados de la administración de justicia. Han interiorizado la impresión de que el Poder Judicial es un reducto en el que todavía subsisten ritos y prácticas anacrónicas, donde el —formalismo— tiende dramáticamente a prevalecer sobre la misión de hacer justicia. Eguiguren (1999)

Cuarto Pleno Casatorio Civil, emitido por las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil (CPC); en dicho Pleno se establece un importante precedente judicial en materia referida al desalojo y la posesión precaria; las reglas fijadas en mayoría por el Colegiado integrado por diez Jueces Supremos, integrantes de las dos Salas Civiles de la máxima instancia judicial, vincula a los órganos jurisdiccionales de la República; tal decisión resulta relevante atendiendo a lo controvertido del tema y a la urgente necesidad de la unificación de criterios en esta materia en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales; la espera ha sido prolongada, sin embargo a la luz de la decisión adoptada, en mayoría, creo que valió la pena la espera, considerando que el esfuerzo de los integrantes del Pleno —por los arduos e intensos debates—, será de mucha utilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Diario Oficial El Peruano (2013)

publicada en el diario oficial El Peruano, el 30 de marzo de 2005, señaló lo siguiente: “Que al continuar la citada arrendataria en posesión del bien se produjo la continuación del arrendamiento, conforme lo establecido en el artículo 1700 del Código Civil; es decir, que el contrato de arrendamiento de duración determinada pasó a ser uno de duración indeterminada (...) que conforme lo establece el artículo 1703 del Código Civil, se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al contratante (...)”. Continúa la ejecutoria en su sétimo considerando: “es decir, que los nuevos propietarios deberán (previamente, antes de demandar el desalojo por ocupación precaria) dar por concluido el contrato de arrendamiento antes referido (que constituye título que



justifica la posesión de la demandada)” (el resaltado es nuestro); asimismo la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. CAS. N° 2039 (2003-Lima),

Publicada el 30 de mayo de 2005, se estableció “que en la apelada se ha establecido como cuestión de hecho que el demandante solo es propietario del terreno y no es de la construcción levantada sobre el terreno, por lo que no acredita la propiedad absoluta (...) requisito indispensable para que proceda la acción (de desalojo por ocupación precaria) conforme a lo dispuesto por el artículo 586 del CPC”.

En este supuesto el Pleno Casatorio ha establecido que lo alegado por el demandado, respecto de las construcciones por él levantadas no puede ser base para la improcedencia de la demanda bajo el sustento que previamente deben ser discutidos dichos derechos; señala que por el contrario, solo corresponde verificar si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejando a salvo el derecho del demandado para que lo haga valer en otro proceso; no comparto, en este único supuesto, lo acordado en el Pleno, pues considero que el demandado que acredita haber realizado las construcciones sobre el terreno del demandante, tiene título posesorio, en tanto no se pruebe que obró de mala fe; salvo que dicha mala fe pueda apreciarse de modo indubitable y fehaciente en el desalojo, solo en cuyo caso debería prosperar la demanda de desalojo por precario. CAS. N° 2831-La Libertad (2003),

Este ilustre jurista alemán comenta sobre lo perjudicial de la división entre lo teórico y lo práctico, si no se mantiene la unidad primitiva, es decir si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría; allí donde esta armonía se destruye, allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el riesgo de convertirse en un vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico –P. LXXIV–; ello nos lleva a atender el decurso histórico de los acontecimientos a la luz de la ciencia y la doctrina, y no pretender, como sucede con algunos, imponer una teoría alejada de la realidad, con el único objeto de mantener la “pureza” de su origen; es decir en los términos que fueron concebidos inicialmente, sin importar el transcurso del tiempo y el desarrollo de las sociedades.

Siendo que la figura de la mediación posesoria –poseedor mediato/poseedor inmediato– solo se encuentra regulada en el Perú, Alemania y en algunos sistemas jurídicos que en materia del derecho posesorio –como en Brasil– se adhieren a la teoría objetiva de la posesión postulada por Ihering, el autor de esta tesis no explica cómo sería la acción posesoria del “desahucio” o “desalojo” en aquellos países como Argentina, Chile, Uruguay, entre otros de América y Europa Continental – España, Francia, etc.– que en materia posesoria se encuentran afiliados a la teoría subjetiva de la posesión de Savigny, donde no existe la mediación posesoria por ser precisamente incompatible con este modelo jurídico. Savigny, (2005).

La posesión precaria parece un tema de perito en derecho, enfrascados en definiciones, clasificaciones y consecuencias perfectamente delineadas mediante un método dogmático que pretenda deducir los alcances del sistema jurídico desde un conjunto de normas neutras, distadas por el soberano.

Esta es la misma que tiene un sector doctrinal que comenta el código civil de 1984, apegado a los dictados de un inexistente príncips (no es errata) que hace y deshace con el derecho, de acuerdo a sus particulares fines. Incluso, se ha invocado que el concepto de precario, en nuestro país, muto “por obra de los decretos y leyes de los gobiernos militares”. Curiosa opinión por la que se postula desterrar el glorioso derecho romano, por senectud en aras de glorificar la “racionalidad” de algunos mandatos emanados de la fuerza. En nuestro querido Perú, nunca es más cierta la terrible frase de von kirschbaum, cuando dijo que “tres palabras del legislador son suficientes para arrojar bibliotecas enteras a la basura”. Positivismo puro, pero de la peor estirpe.

El artículo 911 cc ha sido entendido como palabra sacrosanta, que no puede interpretarse. Se dice que, para bien o para mal, es la “voluntad del legislador” (lege lata), y no hay más que hacer reverencias al texto literal. Sin embargo, ¿desde cuándo tenemos que acatar lo que diga un legislador despistado o un gobernante tirano? El derecho va más allá de un enunciado lingüístico que parece en un boletín de normas del diario oficial. Que pobre concepción de su propio conocimiento tienen algunos juristas Si no me creen, entonces pregúntense por qué razón todos los pueblos en la tierra reconocen la declaración universal de los

derechos humanos, que no es norma, que no es tratado, que no es ley positiva; pero que representa los fines de los distintos hombres buscan alcanzar y lograr, en todo tiempo y en todo espacio. Por lo menos formalmente, todo estado se siente en la obligación de cumplirla y respetarla. ¿Cómo explicar que la declaración universal vincule? El positivismo no podría hacerlo, los autoritarismos basados en la norma estatal tampoco; y sin embargo, la solución de ese dilema es de la mayor simplicidad: el derecho es mucho más que la ley.

Por tanto, que bien suenan a las oídos las palabras del profesor italiano Paolo Grossi, eminentemente historiador del derecho en su pequeña obra *mitología jurídica de la modernidad*

“el hombre de la calle tiene, razones para desconfiar: si el derecho es ley, y si la ley es solo un mandato abstracto de contenidos indiscutibles, pensando y querido en el lejano olimpo de los palacios romanos del poder, su identificación con un rayo que cae sobre la cabeza de los malaventurado no es, en fin, tan peregrina.

Al hombre de la calle el historiador del derecho puede, sin embargo, mostrarle un horizonte más consolador: la situación de hoy, en la que comienzan a aflorar nuevos fenómenos, no tiene raíces lejanas ni profundas ; nació apenas ayer, aunque una propaganda sutil y persuasiva ha pretendido hacerla pasar ante nuestros ojos como la única y optima solución. El historiador del derecho que, por su deber profesional, ama dirigir a los ciclo largos su propia mirada, realizar conexiones y comparaciones, está en grado de advertirnos que la reducción del derecho a la ley, y su consecuente identificación con un aparato autoritario, es fruto de una elección política próxima a nosotros, y que otras experiencias históricas- por ejemplo la medieval- han vivido dimensiones jurídicas de otra manera.

A mí no me queda más que apoyar esta versión crítica y renovadora. La ley positiva jamás podrá agotar ni contener el derecho.

El presente libro busca salirse de los estrechos marcos del positivismo para interpretar y entender un precepto normativo. Aquí descartamos el sentido gramatical de la ley (art. 911 cc) cuando es absurdo, contradictorio, inherente y olvida los valores fundamentales. Por tal motivo, proponemos otro significado. (*Dialogo Con La Jurisprudencia*, 2003).

Los conflictos judiciales son complejos o sencillos, según la mayor dificultad de la materia controvertida. En muchos casos, el ordenamiento jurídico reconoce que existen pretensiones simples, que deben resolverse en forma rápida, como en el caso de los conflictos entre propietarios y arrendatarios.

El hombre requiere bienes para su subsistencia, y entre ellos se encuentran la vivienda, que es necesidad para la vida, junto con la alimentación y el vestido. Recientemente, el papa francisco (asamblea general de la ONU, 25 de setiembre de 2015) ha señalado correctamente que toda persona tiene derecho a un mínimo existencial

Que le permite ejercer su dignidad y libertad, entre lo que se comprende el techo, trabajo y tierra. No es casualidad, por tanto uno de los derechos humanos sociales lo constituye al de la vivienda adecuada (art. 11.1 pacto internacional de derecho social, económicos y cultural) razón por la cual, en vista a su importancia las naciones unidas han establecido una relación temática.

En buena cuenta , la vivienda se disfruta, en forma legítima, ora por contrato de compraventa , ora por contrato de arrendamiento, es decir , o se adquiere la propiedad o se obtiene el uso temporal, por lo que no hay nada más alternativas reales, salvo formulas ilegales. Por tal motivo, el arrendamiento es uno de los actores más comunes de la realidad económica, aun cuando en el Perú se llega al 7% de ocupación con ese mecanismo, lo que implica uno de los promedios más bajos de Latinoamérica, explicado por el alto porcentaje de ciudadanos que se encuentran en situaciones de poseedores de facto, sin título, invasores o con título defectuosos, o simple constancia de posesión. No obstante, la relevancia del arrendamiento es, igualmente, de primer orden, pues agrupa a todas las personas que acaban de independizarse de la casa paterna, o que han fundado su familia, o que por problemas económicos permanentes o coyunturales no tienen acceso a la propiedad, o finalmente los que carecen de interés por la misma, o que se dedican a diversas actividades industriales, comerciales agrarias o de cualquier contenido económico y/o empresarial.

En tal contexto, la recurrencia del arrendamiento, y su rápida rotación (normalmente, los contratos son anuales), hace que los conflictos también puedan

ser frecuentes, por lo que necesitan de una rápida solución, justificada por varios motivos: i) defensa del poseedor mediato que requiere la devolución del bien, que normalmente es el propietario. ii) fomentar la celebración de arrendamientos para contar con un mecanismo más barato de acceso a la vivienda, con ellos permitir el disfrute de un bien esencial para la vida; iii) dilucidación de conflictos de poca monta y escasa complejidad, de manera rápida.

Por tanto, los sistemas jurídicos han diseñado procesos judiciales rápidos y simples, con el fin de solucionar los conflictos entre arrendadores y arrendatarios bajo premisa de que el problema jurídico involucrado carece de complejidad. En efecto normalmente el arrendamiento concluye por vencimiento del plazo o por falta de pago, lo cual exige un mínimo debate probatorio, en tanto una vez interpuesta la demanda, por uno u otro motivo, el arrendatario tendrá que exhibir la prorroga documentada del plazo o los recibos de pago para neutralizar la pretensión. La falta de esta prueba de contradicción, de facilísima evaluación, hace que la demanda tenga que ser estimada, estos procesos rápidos son nuestros antiguos “desahucio” y “aviso de despedida”, según el código de procedimientos civiles de 1911, luego actualizados unitariamente con el nombre de “desalojo” tras ochenta años, con el código procesal penal civil de 1992, en vigor a partir del año siguiente. En cualquier caso, el origen del proceso de desalojo, o como quiera llamársele, es el mismo: resolver las sencillas controversias que surgen en torno a la relación jurídica de arrendamiento. Muchos ordenamientos, que obviamente sufren los mismos conflictos prácticos, comparten un tipo de proceso idéntico, incluso en cuanto al nombre.

El código de enjuiciamientos civiles de 1853, claramente inspirados en la legislación hispánica, estableció de manera específica el proceso de desahucio con el fin que el arrendador pueda lograr la restitución del bien por parte del arrendatario. La razón de esta especialidad es muy simple: el contrato de arrendamiento, urbano o rural, es de alta recurrencia, pero de simplicidad llamativa, lo que se corresponde con una fórmula procesal rápida.

El código de procedimientos civiles de 1911 siguió la legislación procesal española, de fines del siglo XIX, lo que implicó mantener el proceso de desahucio,

aunque agrego uno nuevo, el llamado “aviso de despedida”, cuya finalidad era poner fin a los contratos de plazo indeterminado. En cualquier caso, ambos procesos resolvían las controversias derivadas del arrendamiento, pero con el añadido de que también podrían ser conocidas, bajo ese mismo molde, los conflictos análogos de usufructuario, usuario, superficiario o precario (el mismo de la definición romana, que se verá en el capítulo X), esto es, todos los casos en los que habían títulos temporales que exigían la restitución. Por lo tanto, el desalojo se convirtió, en líneas generales, en el instrumento procesal de tutela de la posesión mediata, a efecto de lograr la devolución del bien.

En el transcurso de su extensa vigencia de más de ocho décadas, las normas sobre desahucio y aviso y de desahucio fueron objeto de modificaciones, ampliaciones y normas complementarias, tanto para suspender los lanzamientos en forma temporal, como para establecer reglas procesales especiales, sea para los predios rurales o para los urbanos. La última de esas normas fue el decreto ley 21938, o ley de inquilinato de inmuebles para vivienda, que si bien fue derogada por el decreto legislativo 709, del año 1991, sin embargo, mantuvo vigencia ultra activa hasta el 31 de diciembre de 2014, para los predios cuyo valor de auto avaluó, a la entrada en vigor de la nueva norma, llegaba al tope de s/. 2,880 nuevos soles.

En el ámbito local:

La Casación N° 225 -2016, Lima. Se trata del recurso de casación, interpuesto por la demandante Leocadia Santolaya viuda De Alvarado, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número cuatro, obrante a fojas doscientos setenta y siete, de fecha veintiuno de octubre de dos mil quince, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada contenida en la resolución número diecinueve, de fecha veinticuatro de julio de dos mil catorce, de fojas ciento noventa y seis, que declara improcedente la demanda de desalojo por ocupante precario.

Se aprecia que a fojas once, Leocadia Santolaya viuda de Alvarado interpone demanda de desalojo por ocupación precaria de una habitación ubicada dentro del predio sito en la avenida Bertello Manzana B, Lote 6 del Asentamiento Humano

Luis Pardo – Cercado, Provincia y Distrito de Lima, a fin de que se le restituya la posesión del predio antes descrito; señalando como argumentos:

1.1. Ser adjudicataria del inmueble sito en la avenida Alejandro Bertello Manzana “B” Lote 6 del Asentamiento Humano Luis Pardo del Cercado de Lima, tal como aparece de la Constancia de Adjudicación que anexa a la demandada de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

1.2. Indica que la demandada ocupa una parte del inmueble de su propiedad, consistente en una habitación que se ubica ingresando por la puerta principal, al fondo, lado izquierdo, de material rústico, de 3×3 m<sup>2</sup>, conforme al croquis que adjunta, sin tener título que justifi que su posesión y sin pagar renta alguna.

De acuerdo los medios de comunicación, existe críticas al accionar de jueces y fiscales, lo cual expresó el Presidente del Colectivo por la Sociedad Civil – REMA, conforme se difundió en la prensa escrita.

Por su parte, desde la perspectiva de los Colegios de Abogados, también, hay actividades orientadas a evaluar la actividad jurisdiccional, denominados referéndums, cuyos resultados dan cuenta, que algunos magistrados cumplen su labor, dentro de las expectativas de los profesionales del derecho; pero también, hay quienes no alcanzan la aprobación de ésta consulta, cabe precisar que el referéndum comprende a jueces y fiscales, de un determinado distrito judicial; sin embargo es poco sabido cuál es la finalidad, y mucho menos la utilidad de estos hallazgos; puesto que, se publican los

Resultados, pero no se sabe de su aplicación o implicancia práctica en el contexto que ocupa a la presente investigación.

(ULADECH, 2017) Por su parte, en el ámbito universitario los hechos expuestos, sirvieron de base para la formulación de la línea de investigación de la carrera de derecho que se denominó “Análisis de Sentencias de Procesos Culminados en los Distritos Judiciales del Perú, en Función de la Mejora Continua de la Calidad de las Decisiones Judiciales.”

Es así, que en el marco de ejecución de la línea de investigación referida, cada estudiante, en concordancia con otros lineamientos internos, elaboran proyectos e

informes de investigación, cuyos resultados tienen como base documental un expediente judicial, tomando como objeto de estudio a las sentencias emitidas en un proceso judicial específico; el propósito es, determinar su calidad ceñida a las exigencias de forma; asegurando de esta manera, la no intromisión, en el fondo de las decisiones judiciales, no sólo por las limitaciones y dificultades que probablemente surgirían; sino también, por la naturaleza compleja de su contenido, Pásara (2003), pero que se debe realizar, porque existen muy pocos estudios acerca de la calidad de las sentencias judiciales; no obstante ser una tarea pendiente y útil, en los procesos de reforma judicial.

Resolución N. 11, de fecha mayo de 2011 (CFR. 10-13) el Trigésimo Octavo Juzgado Civil de Lima declare fundada la demanda subyacente por considerar que Inmobiliaria Vadaclarida figuraba como propietaria del predio cuya posesión se disputa en los Registros Públicos, razón por la cual entendió que dicha empresa había acreditado la titularidad del predio y que la posesión del inmueble por parte de don Jorge Hernández Salazar y doña Lidia Rosa de Hernández carecía de título.

Por lo expuesto, se seleccionó el expediente judicial N° 0065-2011-2601-JR-CI-01, perteneciente al Juzgado civil de la ciudad de Tumbes, del Distrito Judicial de Tumbes, que comprende un proceso sobre desalojo por ocupante precario;

Confirmar la sentencia de primera instancia resolución número dieciséis de fecha veinticuatro de agosto del dos mil doce, obrante a folio ciento noventa y ocho, que falla declarando fundada la demanda interpuesta por F. P. C contra J. A. P. P sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en consecuencia ORDENA que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 metros lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, ubicado en la Calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito, Provincia y Departamento de Tumbes; en la sentencia de segunda instancia Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo señalado por los artículos 188°, 196°, 197° del Código Procesal Civil, el Juzgado Civil Permanente de Tumbes, Administrando Justicia a nombre de la Nación; Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por F. P. C, contra J. A. P. P sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en consecuencia ORDENO que el demandado



desocupe y haga entrega del Área de 2.40 mts lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes.

Es así, que en base a la descripción precedente que surgió, la siguiente interrogante:

¿Cuál es la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre desalojo por ocupante precario, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N° 0065-2011-0-2601- JR-CI-01, del Distrito Judicial de tumbes – lima-2018?

Para resolver el problema se trazó un objetivo general:

¿Determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre desalojo por ocupante precario, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, en el expediente N° 0065-2011-0-2601-JR-CI-01, del Distrito Judicial de tumbes – lima 2018?

Asimismo para alcanzar el objetivo general se traza objetivos específicos

Respecto a la sentencia de primera instancia

1. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la introducción y la postura de la partes.
2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la motivación de los hechos y del derecho.
3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

Respecto a la sentencia de segunda instancia

4. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la introducción y la postura de la partes.
5. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la motivación de los hechos y del derecho.

6. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión.

La investigación realizándole una aplicación a la realidad nacional y porque no decirlo local, podemos observar y probar que la ciudadanía en su conjunto reclama lo que cada uno conoce “JUSTICIA” y conocer cómo se desarrolla la administración de justicia, generándose habitualmente una zozobra y desaliento no sólo en las víctimas de actos, que cada vez adoptan diversas e impensadas modalidades, sino también en la sociedad en su conjunto, provocando probablemente una corriente de opinión no necesariamente favorable en relación al tema confianza en el manejo de la administración de justicia.

Asimismo; porque tiene como base situaciones problemáticas complejas que comprenden a la Administración de Justicia o ejercicio de la función jurisdiccional consistente en la aplicación del derecho al caso concreto en litigio y de la realidad nacional, en donde se evidencia en que los tipos de decisiones judiciales que se da hoy en día, son el resultado de la falta de interés, eficiencia y ética; por parte del sistema judicial y de los justiciables.

Además, por que complementa los propósitos de la línea de investigación de la carrera profesional de derecho: “Análisis de sentencias de procesos culminados en los distritos judiciales del Perú, en función de la mejora continua.”

También se justifica, porque los resultados de la presente investigación sirven para sensibilizar a los operadores de justicia; induciéndolos a la reflexión y a ejercer la función jurisdiccional con mayor compromiso.

Este trabajo de investigación está dirigido a los estudiantes de pre y post grado, colegio de abogados profesionales del derecho, autoridades que conforman el sistema jurídico y a la sociedad en conjunto; en donde encontrarán la construcción del conocimiento jurídico articulando la teoría y la práctica, orientada a contribuir a la mejora continua de las decisiones Judiciales en la administración de justicia en el Perú a partir del análisis de las sentencias.

Además de otros destinatarios de los resultados, son las universidades, entre ellos

la misma ULADECH Católica puesto que los resultados sirven para replantear estrategias y contenidos de los planes de estudio y en el proceso enseñanza-aprendizaje del derecho; porque alcanzar el objetivo de la investigación implica tener y aplicar saberes previos, pero a su vez ir en busca de cuanta información normativa, doctrinaria y jurisprudencial exista en relación a la variable en estudio, construyendo de esta manera un nuevo conocimiento.

Los hallazgos repercuten no solo en el ámbito académico profesional del autor, porque lo ha involucrado en el estudio minucioso de un proceso real; sino también en el ámbito jurisdiccional, porque el solo hecho de que un sector de la sociedad ha tomado como objeto de estudio las sentencias, repercutirá a la concientización de nuestros magistrados, de tal forma que al momento de emitir las sentencias, muy al margen de que todos los jueces saben que las sentencias que emiten y suscriben en causas de su competencias, son examinadas por las partes, sus abogados y por los órganos revisores; en el caso del presente trabajo de investigación no tiene finalidad interesarse por el fondo, sino por la forma, los propósitos son distintos, en consecuencia podrán más empeño al explicitar sus propósitos son distintos, tomando en cuenta los criterios de razón suficiente, de la sana crítica del criterio de conciencia y de la debida motivación de la sentencia. Conllevado a las mejores de las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia; y de todas decisiones judiciales en general.

Es por ello que es base el orientar a los responsables de la dirección a un buen desarrollo, evaluación y lo más importante a una buena administración de la justicia, en su parte jurisdiccional, porque estos resultados revelan aspectos en los cuales los operadores de la justicia han puesto mayor empeño, y también, omisiones o insuficiencias y a su vez produzcan resoluciones, no solo basadas en los hechos y las normas, de lo cual no se duda; pero a ello es fundamental sumar otras exigencias, como son: el compromiso; la concienciación; la capacitación en técnicas de redacción; la lectura crítica; actualización en temas fundamentales; trato igual a los sujetos del proceso; etc.; de tal forma que el texto de las sentencias, sean entendibles y accesibles, especialmente para quienes no siempre tienen formación jurídica, todo ello orientado a asegurar la comunicación entre el justiciable y el Estado. El propósito es, contribuir desde distintos estamentos a disminuir la

desconfianza social que se revelan en las encuestas, en los medios de comunicación, en la formulación de quejas y denuncias. Y estos resultados se podrán utilizar y convertir en fundamentos de base para diseñar y sustentar propuestas de mejora en la calidad de las decisiones judiciales.

Finalmente, la presente investigación cuenta con un rigor científico basado en la fuente de recolección de datos, es decir, el expediente judicial, el cual goza de confiabilidad y credibilidad en la obtención de los resultados a alcanzarse estos resultados al obtenerse con reflejo del valor metodológico el que se evidenciara a través de los procedimientos aplicados en este trabajo de investigación que está fundamentado en su estructura. Además del orden lógico de los procedimientos que se utilizaran para concluir con la respuesta a la pregunta de investigación, tiene sustento legal, conforme está previsto en el inciso 20 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú que establece: “Toda persona tiene derecho de analizar y criticar las resoluciones sentencias judiciales, con limitaciones de ley”.

## II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

### 2.1. ANTECEDENTES

El pretor protegía la ocupación de las tierras públicas mediante un interdicto prohibitorio que servía para retener la posesión (*útil possidetis*). Ellos fue el punto de partida para un amplio desarrollo de medios de defensa que actuaban en situaciones similares. Luego de toda evolución, los interdictos se aplicaron no solo para inmuebles, si no para muebles (*interdicto utrubi*), con la finalidad que el supuesto propietario actué como tal, aunque luego se pruebe que no lo eran; para los concesionarios de tierras públicas en calidad de vectgales a discreción del propietario (*precario*); a los acreedores pignoratícios, para retener la cosa prendada; los depositarios con devolución condicionada a un hecho futuro (*secuestro*). (D'ORS, 1997)

De esta forma, el *precario ticio*, que goza de la posesión al concedente cayo, cuenta con el *interdicto utis possidetis* para recuperar el bien de cualquier tercero extraño que lo haya expulsado o haya ingresado clandestinamente a su casa. Sin embargo, el mismo ticio no puede oponerse el *interdicto a cayo*.

Sin duda, el *interdicto quod precario* es un claro antecedente del desalojo por *precario*, en tanto ambos son mecanismos de protección y cumplen la misma finalidad específica.

El *precario*, durante toda la época clásica del derecho romano, es una posición posesoria otorgada gratuitamente y esencialmente revocable. Su origen se encuentra en la sociedad romana, dentro de los cuales tenemos a la gens, las familias, y los vínculos entre ambas. Fernández De Bujan (2000).

El *precario* o *precarista* solía ser un cliente que pedía a su cliente que pedía su patrono el favor o la libertad de que le conceda el pleno gratuito y disfrute de un fundo, para la subsistencia de él y su familia (*precarium* viene de *preces* = ruego). Esta concesión podía revocar en cualquier momento; aunque de hecho la relación se mantenía por un tiempo extenso, incluso durante generaciones. D'ORS, (1997)

La posesión propiamente dicha, o civil, es la que conducía directamente a la usucapión. ¿Cuál es la razón de ello?: “el *ius civile* no conoce la *possessio*, que es

hija de la práctica social; no la conoce ni la protege, por que cae fuera del campo de los derechos. Pero el *ius civile* se sirve de esta señoría socialmente sancionada, tomándola en consideración a los efectos de la adquisición de la propiedad por usucapion. Más aun, toda la teoría de la posesión es elaborada por los juristas con miras a este fin” (Iglesias, 1999)

Los juristas romanos tuvieron que exceptuar la teoría de paulo sobre la posesión civil y la natural, con respecto al precario, ya que este fue considerado poseedor, pero solo con la protección interdictal, pero sin fines de usucapición. Esta solución, anómala en abstracto , se justifica ampliamente desde la perspectiva sociológica y económica, pues de esa forma se otorgó tutela a un especial tipo de detentador que en la práctica actuaba como titular del derecho , por lo que se le aseguraba un disfrute pacifico de la cosa . En efecto, el precario gozaba de una posesión en nombre propio, por lo que venía a menos la posesión del concedentes, en la práctica casi inexistente, que solo se detenía con fines de usucapición. (Albinese, 1985).

El profesor mejorada chauca impugna la noción romana de precario, bajo la premisa que ni siquiera los juristas romanos sabían aquí se refería. Sin embargo, su argumento, incurre en dos errores fundamentales:

Primero, sostiene que el precario comprende seis distintas hipótesis, entre las que incluye la del acreedor prendario que tiene derecho a la entrega del bien ante el incumplimiento del deudor, la del vendedor frente al comprador que ha recibido la posesión y no la propiedad, la del ausente frente al mandatario que defiende sus intereses frente a terceros, en la que no existe liberalidad, ni revocabilidad como características típica del precario.

Segundo, como consecuencia de lo anterior, el contradictor sostiene que la noción de precario no está claramente delimitada en las propias fuentes romanas, por tanto, ni siquiera un experto podría emitir sentencias categóricas sobre el tema. (Mejorada Chauca, 2006)

Es preciso dejar establecido que resulta correcto el criterio adoptado en diversa jurisprudencia, en el sentido que, en el proceso de desalojo por precario, deba establecerse si el demandado cuenta o no con título, a efecto de verificar si se ubica o no dentro de los alcances del artículo 911 del C.C.; sin embargo, el órgano

jurisdiccional debe dejar claramente establecido, en cada caso en particular, si el título que porta el demandado es de aquellos que resultan manifiestamente inválidos y que de ningún modo puede serle opuesto al que porta el demandante; para ello debe advertirse que para formarse convicción sobre la invalidez del “título” del demandado no se requiera de actividad probatoria adicional a la que emana de los propios documentos presentados, de tal manera que a ella se llegue de manera inmediata y directa; ello no ha sucedido en la mayoría de los pronunciamientos expedidos en sede casatoria. Solo a modo de ilustración expondremos algunos de ellos:

CAS. N. -2008 Arequipa\_“Que, de conformidad con el artículo novecientos once del Código Civil, en el proceso de desalojo por ocupación precaria, no solo habrá de discutirse la calidad de propietario del accionante, sino también la existencia o no, de título alguno que justifique la posesión ejercida por el demandado, cuya validez no puede ser materia de discusión en el

Esta Sala mediante resolución de fecha veintitrés de marzo del presente año, declaró procedente el recurso de casación, por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a la inaplicación de una Norma de Derecho Material, por considerar que no se aplicó el artículo 941 del Código Civil puesto que la parte actora pretende el desalojo de la demandada de un lote de terreno sobre el cual existe una vivienda; la obligación del actor es acreditar el título de propiedad sobre el terreno y la fábrica; y la Contravención de las Normas que Garantizan el Derecho a un Debido Proceso, alegando que: a) se ha violado el artículo 122, inciso 3 del Código Procesal Civil, ya que la sentencia recurrida no ha explicado en que medios de prueba se basan para concluir lo establecido en el considerando octavo; b) tampoco se indica las razones que se tomaron en cuenta para emitir pronunciamiento respecto a las construcciones existentes, las mismas que acreditan que fueron edificadas por mi conviviente y la recurrente constituyendo con ello una afectación al principio de motivación; c) se ha contravenido el debido proceso al no acatar lo dispuesto por el artículo 118 del Código Procesal Civil ya que si los medios probatorios tienen por finalidad fundamentar las decisiones judiciales (lo cual se hace extensivo a los sucedáneos), puede apreciarse que nuestra prueba ofrecida ni siquiera ha sido mencionado en la sentencia de vista, me refiero a

las construcciones edificadas y que ambas partes nos hemos puesto de acuerdo que me pertenecen.

CAS. N. -2007 Lima:\_.Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha trece de noviembre del año dos mil siete, obrante a fojas diecisiete del cuadernillo formado por esta Sala, ha declarado procedente el recurso de casación por las causales contenidas en los incisos segundo, primero y tercero del artículo trescientos ochentaseis del Código Procesal Civil, relativas a la inaplicación de una norma de derecho material, la aplicación indebida de una norma de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, bajo las siguientes alegaciones: I) La inaplicación de los artículos mil setecientos y mil setecientos ocho, inciso segundo, del Código Civil, sosteniendo que la Sala Superior al concluir que el contrato de arrendamiento a la fecha ha vencido, motivo por el cual se observa la inaplicación del numeral mil setecientos puesto que el demandante ha querido despojar al recurrente de la posesión del inmueble en litigio, vía una similar acción de desalojo por ocupante precario, con número de expediente seiscientos veinticuatro guion dos mil cinco, el cual concluyó mediante resolución de fecha treinta de enero del año dos mil seis, que confirmó la sentencia apelada que declaró infundada la demanda planteada; asimismo, sostiene que se incurrió en inaplicación del artículo mil setecientos ocho, inciso segundo, del Código Civil, pues, frente al caso de la enajenación de un bien arrendado, si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquiriente puede darlo por concluido, figura que no se ha materializado; II) La aplicación indebida del artículo novecientos once del Código Civil, referido a la posesión precaria, pues, para la correcta aplicación de dicho numeral se requiere los siguientes supuestos: a) ocupante sin título; b) sin consentimiento del dueño; y, c) sin pagar la merced conductiva; en ese sentido, el recurrente afirma que no cumple con a los requisitos, pues, viene ocupando el inmueble mediante un contrato de arrendamiento de duración determinada que ha devenido en uno de duración indeterminada, toda vez que al no haber apelado el actor lo resuelto en la Audiencia Única, en la cual se declara la validez del ofrecimiento de pago de arriendos a favor del demandado, ello significa que tiene por aceptado que el recurrente ha depositado dicho arriendo; y, III) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, pues, la sentencia de vista



contraviene lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, sobre la motivación de las resoluciones judiciales.

CAS. N. 1643-2003 TUMBES: “que las instancias de mérito coincidentemente han desestimado la acción incoada arribando a la conclusión de que en autos si bien los demandantes han adquirido, mediante contrato de compra venta celebrado con la Municipalidad de Zarumilla los lotes que reclaman tal como se acredita con sus títulos de propiedad, también es cierto que no han acreditado que hayan ocupado el área sub litis, ya que la existencia de los contratos y títulos de propiedad no los convierten en ocupantes del predio debiendo existir para ello posesión inmediata. La posesión; de otro lado, la entidad emplazada ha ocupado el área materia de litis durante años conforme lo ha acreditado con la documentación acompañada en autos, por consiguiente ejerce la posesión con justo título no demostrándose la precariedad de su posesión que en consecuencia en los procesos sobre desalojo sobre ocupación precaria solo se exige al demandado acreditar su posesión y permanencia en el inmueble en virtud a un título, debiendo entenderse que el concepto de precariedad no se determina únicamente por la falta o fenecimiento de un título sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”.

Comentario: En este caso en particular parecería que la Corte Suprema ha agregado una variedad de posesión precaria, distinta a la prevista en el artículo 911 del C.C., pues considera que el haber poseído por años es una causa que justifica el uso y disfrute del bien.

CAS. N° 1147-20001. La Libertad, la precariedad no se determina únicamente por la falta de un título de propiedad o de arrendatario, si no que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien.

CAS. N° 3334-2001- La Merced, La posesión clandestina o de facto precisamente se ejerce sin título alguno, porque no ha sido autorizado por el propietario y de hecho el poseedor sin consentimiento del dueño ha tomado posesión del inmueble.

CAS. N° 3330-2001- La Merced, para el amparo de la pretensión de desalojo por ocupante precario debe acreditarse única y exclusivamente: a) el derecho de

propiedad de la actora; y b) la posesión sin título alguno o fenecido este, de lado de la parte demandada; asimismo para la desestimación de la referida demanda la parte emplazada debe alegar y acreditar la no configuración de alguno o ninguno de los referidos presupuestos.

CAS. N° 1801-2000- Moquegua. Uno de los supuestos de la posesión precaria es aquella que se ejerce sin título alguno, es decir, en este caso no existe siquiera uno invalido que justifique la posesión, simplemente no existe título de posesión; por esa razón es que la desocupación del bien se hace más expedita en la vía sumaria del desalojo.

CAS. N° 1897-2000-Lima. Para que proceda un proceso de desalojo por posesión precaria el demandante debe acreditar su derecho de propiedad y que el poseedor del inmueble sub Litis no tenga derecho alguno sobre sí mismo, de lo contrario el referido proceso no puede prosperar, por cuanto no se puede desconocer el derecho que pudieran tener tanto el actor como el demandado respecto del inmueble en litigio.

CAS. N° 896-2001-Lima. El arrendatario nunca puede tener la condición de precario, porque tiene título para ocupar el inmueble, por lo de que la sentencia de vista ha dado una interpretación errónea al artículo novecientos once del código civil, al considerar que la condición de inquilino de litisconsorte necesario no desvirtúa la condición de ocupante precario, más aun cuando el contrato de arrendamiento no ha sido objeto de tacha alguna.

CAS. N° 3135-99-Lima. La posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va hacer una posesión precaria, pues su título posesorio es justamente su calidad de hijo; de obtenerse el desalojo de la madre, que ejerce la tenencia del menor, se estaría obteniendo de forma indirecta el desalojo del hijo, quien no tiene la calidad de precario.

El desafío actual constituye la apropiación de la cultura del debido proceso por parte de los operadores judiciales y de los poderes públicos y su puesta en práctica de todos los procesos, con el fin de que se refleje en una actuación judicial ética, independiente e imparcial, apegada a la normatividad constitucional y a la normativa internacional de los derechos humanos. Es de destacarse que la actual Constitución

de la República al crear la Corte Constitucional en el Art. 429 que le da la categoría de –el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia y el Art. 436 le concede facultades inherentes a conocer en máxima instancia todo lo relacionado con resoluciones dictadas por la Corte Nacional y que afecte al debido proceso.

Asimismo, la creación de la Corte Constitucional es de avanzada, en un estado democrático de derecho, pero debería limitarse el campo de acción porque de lo contrario se convertiría en un hacinamiento de causas. *Asimismo, en relación con los fallos dictados por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, refiere:

Se observa que dan cumplimiento al precepto constitucional establecido en el Art.

24, numeral 13 de la anterior Carta Política, es decir, que se enuncian las normas y principios jurídicos en que fundamentan sus resoluciones, así como los argumentos de hecho en los que se sustentan los referidos fallos.

- a. (...) por otro lado, las resoluciones de la referencia son expedidos en un lenguaje claro, sencillo y coherente, lo que permite su fácil entendimiento por cualquiera de los ciudadanos que lean tales sentencias.
- b. También se debe señalar que los casos materia de estudio, se afianzan en principios doctrinarios y jurisprudenciales, es decir, que se expresan las normas de derecho y los argumentos de hecho que conducen al juzgador a dictar una determinada resolución.
- c. Se cumple con los principios del debido proceso, es decir, que observan los preceptos constitucionales que garantizan los derechos ciudadanos en un estado democrático de derecho, haciendo efectivo el respeto de los derechos humanos. *En relación con los fallos dictados por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, Señala: Que el fallo No. 1184-99 (*motivo de análisis*), no está motivado y como consecuencia de ello es una sentencia simplista, es decir, que no utiliza ni argumentos de hecho peor aún de derecho sino que se refiere de manera general al recurso de casación, y lo que es más se utiliza un lenguaje que no es concreto ni claro. En tanto que en los fallos Nos. 245-2004 y 20- 2005, (*igualmente, motivo de análisis*) de alguna manera se

cumple con lo que contemplaba el Art. 24 numeral 13 de la anterior Carta Política, esto es, que se enuncian las normas de derecho, se hace relación de manera sucinta a la prueba, así como se detallan los hechos motivo de la casación. Finalmente, *en cuanto corresponde a los fallos dictados por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, en base al análisis de los tres fallos agregados con los Nos. 70-2006, 273-2003, 248-2002, en su contexto general cumplen con la norma legal y constitucional, esto es, que consignan los argumentos de hecho relacionándolos de manera objetiva con los fundamentos de derecho, además de consignar en el caso del juicio No. 70-2006 criterios jurisprudenciales como los que constan de los fallos dictados por la Segunda Sala Civil y Mercantil y que se encuentran publicados en el R. O. No. 562 del 24 de abril del 2002 y la resolución de la misma Sala publicada en el R.O. No. 743 del 13 de enero del 2003, relativos con los procesos seguidos por Miguel Mocha contra María Yauripoma y Jorge Brito contra Bunny Troncoso, respectivamente. De lo dicho, infiere que esta Sala al igual que la primera Sala de alguna manera cumple con esta exigencia legal del respeto a las garantías constitucionales.

Es evidente que la nueva definición contempla un numero de situaciones radicales menor de las que, actualmente, se admiten como precario. Por tanto, los procesos de desalojó por precario verán reducida su incidencia, a cambio de un aumento de las demandas de reivindicación. Esta simple constatación demuestra que se está produciendo un abuso del instrumento procesal del desalojo, hasta el punto de que todo conflicto de propiedad pretende llevarse a cabo mediante esta vía. El desalojo se ha convertido en “acción real, posesoria contractual.”

A veces nuestra propuesta es criticada, precisamente, porque se dice que la reivindicatorias un proceso lato que dificultara el ejercicio del derecho de los propietarios. Sin embargo, las objeciones se desvanecen en la siguiente forma:

- i) La propiedad se defiende por medio de acciones reales, y no por acciones posesorias. No queda otra opción. Lo sumario no puede obtenerse de modo forzado, en desmedro de la justicia y la seguridad jurídica.
- ii) Hoy, existe un elevado porcentaje de desalojo que no resuelven el conflicto de

modo definitivo, precisamente, por la indeterminación conceptual que existe en la materia. esto implica que, en la práctica, los procesos demoran más, pues no solo le recorre la vía del desalojo, sino, que, luego del fracaso de este, también se necesita la reivindicatoria. por tanto, se acude a dos procesos, en lugar de uno solo.

Por tal motivo, sería recomendable que la jurisprudencia señale en forma expresa que la remisión de la acción reivindicatoria para la solución de los conflictos de la propiedad, no implicase la pérdida de la tutela jurisdiccional efectiva, pues siempre existe la posibilidad de recurrir a las medidas cautelares cuando se aprecie la apariencia de derecho.

En buena cuenta, las providencias anteladas también proceden en los litigios dominicales, a pesar que en la actualidad es inusual obtener una cautelar posesoria en la reivindicatoria. ¿Cuál sería el momento preciso para el delante de opinión de la cautela? Parece que ellos podrían ocurrir cuando se tenga a la mano la demanda y la contestación, pues, en ese momento, el juez puede evaluar y decidir sobre la fortaleza, debilidad o duda que le produce la pretensión del actor.

En suma, dentro de la acción reivindicatoria es perfectamente posible que se dicten medios cautelares de puesta en posesión del bien a favor del demandante, siempre que se acredite la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora, la razonabilidad de la actuación y se proponga una contra cautela adecuada y equitativa. Los males de la falta de celeridad del poder judicial no se remedian con interpretaciones erradas, sino con la aplicación estricta de las instituciones con justicia.

Se ha criticado esta solución de la siguiente manera : “ si como dice Gonzales, el mismo resultado y favorable que uno obtiene en el proceso de desalojo, podría ser obtenido también en un proceso plenario de reivindicación a través de la tutela cautelar, entonces para que seguimos teniendo regulado el desalojo en nuestro sistema jurídico”.

Lama More (2006) opina que el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo”, específicamente de mala fe, por lo cual se entiende incluido en ese concepto de usurpador. “No existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexos

obligacional con el titular de derecho del bien que posee (...) considerando a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en esta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual código civil peruano, pues, es contrario o derecho poseer un bien si contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo porque el que tenía feneció.

Este autor considera, igual que la jurisprudencia, que el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo”, específicamente de mala fe, por lo cual se entiende incluido en ese concepto al usurpador, pues le falta título. Además esa conclusión vendría confirmada, según él, por el hecho de que nuestro país acoge la teoría posesoria de Ihering, y no la de Savigny.

Lo que no aporta nada en este debate, como luego se explicara Lama More se acoge prácticamente en todo el concepto judicial de precario, pero solo se diferencia de la tesis judicial en un pequeño detalle, consistente en que el precario abarca, no solo al poseedor sin título o con uno fenecido, sino, además a quien exhibe un “título manifiestamente nulo”; y para definir su heroica creación no encuentra mejor argumento que definirlo como la situación del poseedor que presenta cualquier “documento pre-fabricado”.

Por tanto, su idea pasa para evitar que los demandados “fabriquen” un título y con ese simple hecho impidan una sentencia de mérito en el proceso de desalojo. Por último, culmina su perorata diciendo que este concepto es muy útil: “con ello brindan un mensaje positivo a la sociedad, advirtiendo que no será amparada la pretensión del demandado, en un proceso de desalojo por precario cuando este fabrique un título (...), evidentemente ilegítimo o manifestante nulo”.

Sin perjuicio de la falta de técnica jurídica cuando se habla de “títulos pre-fabricados” (¿Qué cosa significa?), queda la obvia certeza de que este añadido nada cambia ni remedia la actual situación de zozobra judicial.

En primer lugar, la existencia de “títulos pre-fabricados” no dice nada respecto de los propietarios que invocan el desalojo contra poseedores autónomos en conceptos de dueño, esto es, no soluciona la existencia de una acción posesoria que se otorga a favor de quien no es poseedor.

En segundos lugar, los “títulos pre-fabricados” nada solucionan respecto de los

contratos resueltos, nulos, anulables, o de los hechos jurídicos que interfieren en el caso, como la usucapión accesión que invocan los demandados.

En tercer lugar, esta propuesta no resuelve la desarticulación del sistema de derecho reales, en los que las acciones posesorias protegen al propietario, por lo que las acciones reales devienen en innecesarias. (Lama More, 2001)

En cuarto lugar, lama incurre en un error técnico, pues considera que el juez puede declarar de oficio la nulidad del título manifiestamente ilegítimo, lo que contraviene las garantías procesales, en tanto el juez termina pronunciándose sobre un punto no controvertido, incluso, aun cuando se trate de tercero que no es parte del litigio. Hace tiempo el profesor morales hervías demostró convincentemente que el art. 220 cc permite que el juez “estime” la nulidad dentro de los fundamentos de la decisión, pero jamás podrá emitir pronunciamiento definitivo sobre ello.

En quinto lugar. Es curioso que el sr. Lama critique a los otros cuando se apartan de la literalidad del art. 911, que para él es sagrado, o poco menos, sin embargo, cuando le conviene entonces la letra de la norma no sirve para nada. Así, el 911 establece que precario es el que “carece de título o título fenecido”, por tanto, no puede comprenderse, bajo su propia premisa los poseedores con título, aunque ilegítimo, o con título otorgados por el no-dominio, o con título nulo, pero no declarado.

En sexto lugar, no se entiende la razón para distinguir entre savigny e Ihering, en este punto, cuando ambos coinciden en que el precario es poseedor, concordante con la solución del derecho romano.

En conclusión la tesis de lama more se encuentra en el 1% de los casos conflictivos sobre el ocupante precario (lo que él llama “título pre- fabricado), pero deja sin ninguna solución al restante 99%. Por lo demás, no se da cuenta que el mira la paja en el ojo ajeno, al criticar el apartamiento de la literalidad normativa, pero no se da cuenta del tronco en el ojo propio, cuando postula el “título manifiestamente ilegítimo”

Por otro lado Morales Hervias (2012), Rómulo. “la inconsistente “declaración” de oficio de la nulidad del contrato en el código civil peruano de 1984. Es una posición cercana se encuentra el profesor Torres Vásquez, aun cuando este no hable del “título manifiestamente nulo” como sinónimo de falta de título, por lo que su tesis queda

encerrada en la letra del art. 911. Tal conclusión se basa en que el precario no es poseedor inmediato, pues carece de título; asimismo agrega que la noción de restitución utilizada en el código procesal no debe entenderse en sentido restrictivo, por lo cual – y en su concepto-, un usurpador podría ser objeto del proceso de desalojo por precario. (Torres Vásquez, 2005).

Posteriormente, el autor ha insistido sobre lo mismo en un manual:

“El precario no tiene vínculo alguno con el propietario u otro titular de derecho real sobre el bien. Se es precario frente a quien tiene derecho a poseer. El que posee una res nullius o un bien abandonado por su propietario no es precario si no poseedor originario. El precario está expuesto a que el titular de derecho real le reclame el bien en cualquier momento. (Torres Vásquez, 2006).

En suma, el desalojo por ocupante precario, según la interpretación judicial, exige que el demandante acredite el dominio; mientras el demandado ocupa el bien sin título o con uno fenecido, pues si este exhibe alguno, cualquiera que fuese, incluso nulo, entonces la demanda sería desestimada por no adecuarse a la hipótesis del art. 911 CC.

Mejorada Chauca (2006) también es defensor de la tesis judicial, aun cuando agrega que el precario es un “concepto procesal”, en virtud del cual el juez puede decidir quién tiene “mejor derecho a poseer” a través de proceso de desalojo.

En realidad, lo que se pretende es otorgar una facultad discrecional al a fin que evalué en cada caso concreto que sujeto está en mejor situación que otro respecto a la posesión. El problema de esta tesis es que no se sustenta en principio o norma alguna, lo que de por sí basta para descartarla, pero además resulta contraria a la seguridad jurídica, en tanto dota a la magistratura de una potestad casi omnímoda, pues, es virtud de su leal saber y entender podría decidir “el mejor derecho poseedor”. Por lo demás, todavía existe otro fundamento que difícilmente podría resistir el embate de la crítica: si el proceso es un instrumento para el reconocimiento o protección de derechos subjetivos materiales o intereses legítimos, entonces el proceso de desalojo (o cualquier otro) existe para proteger una situación jurídica que le es pre- existente, y que constituye un derecho o interés tutelado por el ordenamiento.



Por tanto, resulta dudoso, por decir lo menor, que el “proceso de desalojo”( que es, ya, un instrumento) sirve para defender una “noción procesal”(otro instrumento). Recuérdese que el proceso tutela derechos o situaciones humanas que se han valorado positivamente (intereses protegidos), y no “nociones procesales”, pues una de las tareas primordiales de los ordenamientos es la de proveer una eficaz tutela de los derechos que el son reconocidos y garantizados. (Di Majo, 2003).

El proceso es un medio para lograrlo, pero solo eso: un medio.

Últimamente Pasco Arauco se ha plegado a este concepto de precario, aunque su argumento es de un simplismo alarmante y que puede reducirse en la siguiente frase: “la ley dice (dura lex, sed lex).

Nada más. Así cierra su comentario, con un verdadero canto al positivismo más simplista. (Pasco Arauco, 2011).

Sin embargo, las perspectivas de este tipo no se advierte que la ley no está aislada, ni vive sola en el mundo jurídico; pues también son leyes los artículos 921 y 923 CC, así como el art. 587 CPC, cuyos textos igualmente ¡deben respetarse! Ese es el problema del positivismo o formalismo.

En tanto se encierra en el árbol de una norma, pero pierde de vista el bosque de los valores fundamentales, de la justicia, de la ordenación racional y sistemática o el contexto del sistema jurídico. (Gonzales Barrón, 2011).

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. Desarrollo de Instituciones Jurídicas Procesales relacionados con las sentencias en estudio**

#### **2.2.1.1. La Acción**

##### **2.2.1.1.1. Definición**

Es el remedio jurídico por el cual una persona o el o el Ministerio Público piden a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado. Y para Couture es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que

afirma como correspondiente a su derecho. (Capitani, s/f)

Según Montero Aroca, la acción es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas (Montero, 1979) (Castillo, M., y Sánchez, E., 2010).

D'Onofrio, en relación a la acción, expresa: -Nosotros creemos que la acción no es otra cosa que el derecho de provocar del Juez, una resolución, con eficacia vinculativa, respecto a una determinada relación jurídica. Dada esta definición, resulta completamente indiferente tanto la efectiva correspondencia entre la relación supuesta y la realidad jurídica (es decir, que quien ejercita la acción tenga o no razón), como la condición psicológica de la parte con relación a ella (esto es, que el litigante se dé buena o mala fe) (D'Onofrio, 1945) (Castillo, M., y Sánchez, E., 2010).

Particularmente, consideramos que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica; dejando de lado la pretensión de hacerse Justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional.

Los romanos: “La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe”.  
“Actio nihil aliud est nisi jus persequendi iudicio quod sibi debetur”.

Celso: “El derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido”.

El derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo”.

Es el elemento activo del derecho material, por consecuencia corresponde al titular del derecho para defenderlo o esclarecerlo. Sus efectos de derecho para su ejercicio correspondiente al estado. El titular del derecho solo tiene la facultad de poner en movimiento al poder judicial, que implica un deber de someterse a él como sujeto del proceso”. Ramiro Podetti:

“La acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto”. Becerra

Bautista:

“Derechos subjetivo del que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o ante un órgano arbitral a exigir el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material”. Arellano García

#### **2.2.1.1.2. Acepciones de la acción**

Según, Couture (2002), la acción presenta 03 acepciones significativas, las cuales son:

Como sinónimo de derecho; se identifica con la pretensión que se tiene de un derecho valido en razón del cual representa la demanda, de esa acepción surge la frase demandas fundadas e infundadas considera a la acción y identificación como el derecho de fondo al ejercitarse ante los tribunales es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice: –el actor carece de acción, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

- a. Como sinónimo de pretensión; es éste el sentido más usual del vocablo, en la doctrina y la legislación (...), se habla entonces, de acción fundada y acción infundada, de acción real y acción personal, de acción civil y acción penal. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo: demanda fundada e infundada, demanda de un derecho real o personal, etc.
- b. Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; la acción es el poder jurídico que tiene todo individuo y en cuyo nombre es posible acudir a los órganos judiciales en demanda de una decisión se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene toda persona como tal, y en nombre del cuál le es posible acudir ante los Jueces en demanda de amparo a su pretensión.

#### **2.2.1.1.3. Características de la acción**

En cuanto a las características de la acción, Oderigo, afirma que son las siguientes:

- a. **Publicismo:** El acceso a la función actora no se permite como consecuencia del

derecho material con que cuente el actor, incierto hasta el momento de la sentencia, sino por la atención que merecen los reclamos de quienes tengan razón, para evitar que éstos puedan quedar insatisfechos; y esto significa función pública, en el más estricto de los sentidos.

- b. Unidad:** La idea de unidad persiste en la especie acción civil, porque deriva de la concepción de una acción procesal autónoma con relación al derecho material cuya realización se pretenda. Aparece la acción civil como un manto único, bajo el cual se agitan las pretensiones civiles diversas, imponiéndole formas cambiantes, pero sin hacerle perder su carácter esencial de reclamo dirigido contra el Estado.
- c. Revocabilidad:** El actor puede apartarse del proceso en cualquier momento, revocando así su primitivo designio, sin que el Juez ni nadie pueda suplirlo en lo que a impulso procesal se refiere.
- d. Transferibilidad:** En principio, los derechos civiles son transmisibles, por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad (...). Y en consecuencia, nuestra disciplina instrumental debe permitir el acceso a la función actora al titular ocasional, a quien pueda tener interés en la realización del derecho de que se trate en el momento de presentarse ante el Juez (Oderigo, 1989) (Castillo, M., y Sánchez, E., 2010).

#### **2.2.1.2. La jurisdicción.**

##### **2.2.1.2.1. Generalidades**

La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República. Así lo establece el artículo 1º del Código Procesal Civil.

##### **2.2.1.2.2. Conceptualización**

Refiere el concepto de jurisdicción adquiere una íntima vinculación con el Estado y su conformación política, circunstancia que demostraría la permeabilidad del concepto al conjuro de las variables posibles en la naturaleza constitutiva de una sociedad. Según Gozaini, (1992: 136 y 137)

El término jurisdicción comprende a la función pública, ejecutada por entes estatales

con potestad para administrar justicia, de acuerdo a las formas reguladas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias con relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

Por nuestra parte consideramos que la potestad jurisdiccional del Estado en materia civil la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de nuestro país. Esta afirmación se

Encuentra respaldada en la regulación establecida en el artículo 1 del Código Procesal Civil. Para Couture (2002),

la Jurisdicción es: *“la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente”* Giuseppe Chiovenda

De fine la jurisdicción como: *“la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”*. Couture

La jurisdicción como: *“el deber que tienen el poder judicial para administrar justicia, derechos y obligaciones de aplicar la ley”*.

A lo dicho por los autores anteriormente mencionados, nos explican detalladamente y de la manera más simple respecto a la jurisdicción en todos sus campos del derecho, sin embargo tenemos que acotar la postura que adopta nuestro ordenamiento procesal civil, por cuanto el tema a tallar es de la prescripción y como este repercute en el expediente materia de estudio, y esta se encuentra enmarcada dentro del Artículo 1 *“Órganos y alcances de la potestad jurisdiccional civil”* la cual señala *“la potestad jurisdiccional del estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito lo abarca todo el territorio de la República”*. Escobar Fornoci.

*La jurisdicción cumple una actividad funcional de garantía que el demandante busca*

*en el juez. Espera que este tercero imparcial vaya aplicar la ley correctamente. Es decir garantiza los derechos que puedan alegar cada uno de estos ciudadanos".*  
*Calamandrei*

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. ...”  
(*Constitución Política del Perú Art. 138*).

*La jurisdicción de acuerdo con el autor Escriche.- Es el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes, y específicamente la potestad de que se hayan investidos los jueces para administrar la justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles, o criminales, decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes.*

*La jurisdicción de acuerdo con el autor Gayo, se clasifica en:*

- a. Jurisdicción contenciosa.- El poder relativo a los conflictos entre particulares.*
- b. Jurisdicción voluntaria.- El poder relativo a las relaciones particulares.*

*"La jurisprudencia no sólo ha interpretado y adaptado las leyes a las cambiantes necesidades sociales sino que ha integrado y desenvuelto el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajena una auténtica función creadora del derecho", Montoro Ballesteros, A., "Ideologías y fuentes del derecho", (Revista de estudios políticos 1984)*

*Los conceptos inspiradores de la jurisprudencia mexicana parten de la gran necesidad que el estado moderno tiene de estabilizar un orden jurídico mediante normas de derecho objetivo claramente interpretadas, (Castro, Juventino, 1991)*

*La jurisprudencia surge entonces de la práctica del juicio de garantías, pero también constituye una fuente importante de retroalimentación que ayuda al mejoramiento del propio juicio constitucional, ya que no pocas tesis jurisprudenciales han contribuido a delinear el perfil que actualmente tiene la máxima institución protectora del derecho mexicano, consagrando anticipadamente cambios que después se han recogido en la Constitución y en la Ley de Amparo. Como ha señalado Noriega Cantú.*

*El conjunto de criterios jurídicos y doctrinales contenidos en las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea en Pleno o en Salas, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de su competencia exclusiva que sea elaborada por reiteración o mediante el procedimiento de denuncia de contradicción de tesis con los requisitos que la ley determine, lo cual da el carácter de obligatoria para los tribunales que jerárquicamente se encuentran subordinados a estos. Asimismo, la corte ha dicho que "la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente..."*

### **2.2.1.3. La competencia**

#### **2.2.1.3.1. Definición**

La competencia constituye la suma de facultades que la ley le otorga al juzgador, para ejercer la jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigio, sino solo en aquellos para los que está facultado por ley; de ahí que se diga en los que es competente. Para Couture (2002)

Se entiende por competencia la esfera de negocios de un Tribunal en relación con los restantes Tribunales. Significa la facultad y el deber de ejercicio de la jurisdicción en el caso particular. (Castillo y Sánchez, 2008) En el Perú, la competencia de los órganos jurisdiccionales se rige por el Principio de Legalidad, se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás ordenamientos de carácter procesal (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 53°).

Concluyentemente, pensamos que la competencia es el conjunto de normas que determinan, tanto el poder-deber que se atribuye a los tribunales en la forma dicha, como conjunto de jueces o negocios de que puede conocer un juez o tribunal competente.

Hablar de la Competencia, es hablar de la potestad jurisdiccional, y esta debe ser entendida como *"la ejercida por aquellos órganos a los cuales la Constitución les confiere dicha potestad; sin embargo, ello no quiere decir que pueda ser ejercida en cualquier ámbito"*.

En efecto, si bien un Juez por el solo hecho de serlo ejerce función jurisdiccional, con todas las atribuciones que ella supone, su ejercicio se encuentra limitado legalmente en función a determinados criterios. De esta forma, la Constitución atribuye la jurisdicción, pero es la ley la que establece dentro de qué ámbitos es válido el ejercicio de la función jurisdiccional.

La competencia, precisamente, tiene que ver con esos ámbitos en los que resulta válido el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a tener que precisar lo siguiente:

No es posible ni correcto identificar “jurisdicción” con “competencia”.

La noción de jurisdicción como ya ha sido reiteradamente dicho hasta aquí se refiere a una *potestad estatal*, mientras que la noción de “competencia” tiene que ver con *los ámbitos dentro de los cuales el ejercicio de dicha facultad es válido*. De esta forma, no es lo mismo decir que “un juez no tiene jurisdicción” y que “un juez no tiene competencia”, porque lo primero sería una contradicción en sí misma pues si un juez no tiene jurisdicción no es en realidad un juez. No tener jurisdicción supone no poder realizar actividad jurisdiccional (procesal) alguna, mientras que no tener competencia supone no poder realizar actividad procesal válida. Por ello, por ejemplo, una “sentencia” dictada por quien no ejerce función jurisdiccional entra dentro de la categoría de un “acto inexistente”, mientras que una sentencia dictada por un juez incompetente entra dentro de la categoría de un “acto nulo”.

Ahora bien, claro está que, en la medida que la competencia indica los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de la función jurisdiccional, la jurisdicción se convierte en un presupuesto de la competencia, pues antes de entrar a analizar la competencia se hace preciso determinar si existe o no jurisdicción. Por ello.

Calamandrei afirma que: *“La cuestión “de competencia” surge, pues, lógicamente, como un posterius de la cuestión “de jurisdicción”*. La jurisdicción precisa quiénes tienen, en general, esa potestad constitucionalmente atribuida, mientras que la competencia precisa quién dentro de aquellos que tienen la función constitucionalmente atribuida puede, según la ley, conocer válidamente una causa en particular.



Las reglas de competencia tienen por finalidad establecer a qué juez, entre los muchos que existen, le debe ser propuesta una Litis. Por ello, la necesidad del instituto de la competencia puede ser expresada en las siguientes palabras: “Si fuera factible pensar, aunque fuera imaginativamente, acerca de la posibilidad de que existiera un solo juez, no se daría el problema a exponer ahora, puesto que jurisdicción y competencia se identificarían”. Pero como ello no es posible, se hace preciso que se determinen los ámbitos dentro de los cuales puede ser ejercida válidamente, por esos varios jueces, la función jurisdiccional.

Por ello, definimos a la competencia como la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la función jurisdiccional. De esta forma, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal. Como lógica consecuencia de lo anterior, todo acto realizado por un juez incompetente será nulo.

Para determinar la Competencia, debemos saber además sus características, mismas que las pasó a detallar de la siguiente manera:

#### **2.2.1.2.3. Clases de competencia**

##### **a. Competencia por razón de la materia**

La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan (Artículo 9º Código Procesal Civil), (Código Civil, 2010)

Este factor se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan, esto es, se toma en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo hecho valer con la demanda y que constituyen la pretensión y norma aplicable al caso concreto.

##### **b. Competencia por razón de la cuantía**

Afirman que la competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:

- a.** De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir posición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y
- b.** Si de la demanda o de sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la

de la indicada por el demandante, el Juez de oficio, efectuara la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al Juez competente.

Para calcular la cuantía, se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los frutos (Artículo 11º, primer párrafo, del Código Procesal Civil).

Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, solo se atenderá a la de mayor valor (Artículo 11º, segundo párrafo, del Código Procesal Civil). Si son varios los demandados, la cuantía se determina por el valor total de lo

Demandado (Artículo 11º, último párrafo, del Código Procesal Civil).

En las pretensiones relativas a derechos reales sobre inmuebles, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de interposición de la demanda. Sin embargo, el Juez determinará la cuantía de lo que aparece en la demanda y su eventual anexo. Si estos no ofrecen elementos para su estimación, no se aplicara el criterio de la cuantía y será competente el Juez Civil. Así lo establece el artículo 12º del Código Procesal Civil.

Si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagara las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (Artículo 13º del Código Procesal Civil).

El criterio de la cuantificación del asunto o conflicto de intereses para fijar la competencia, abarca de un lado de la cuantía propiamente dicha y de otro procedimiento en que se debe sustanciar el caso en concreto.

Tratándose de sumas de dinero el índice de la Unidad Referencial Procesal (URP) determina que hasta 50 URP es de competencia del juez de paz; sumas superiores corresponden a los jueces especializados civiles. Castillo, M., y Sánchez, E. (2010)

Sin embargo como los procesos de conocimiento se subdividen en:

De conocimiento propiamente dicho cuando la estimación patrimonial sea mayor a las 300 URP, Abreviado si la estimación patrimonial es mayor de 50 URP pero inferior a los 300 URP, Sumarísimos en relación a la cuantía según disposiciones que el CPC señala al respecto.

La cuantía también es factor de competencia en los procesos ejecutivos y el índice referencial está referido a montos inferiores o superiores a las 50 URP

También para los procedimientos no contenciosos se tiene en cuenta tal limitación cuantitativa referencial.

### **c. Competencia por razón del territorio**

Castillo, M., y Sánchez, E. (2010), al respecto sostienen que las reglas generales de la competencia por razón del territorio están contempladas en el artículo 14° del Código Procesal Civil, según el cual:

- a. Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.
- b. Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.
- c. Si el demandado carece de domicilio o éste es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de éste último.
- d. Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.

La razón de ser de este tipo de competencia es la circunscripción territorial del juez recogiendo el vigente CPC el criterio subjetivo y objetivo; en primer caso tiene en consideración el domicilio de la persona o litigante demandado o por excepción demandante, como por ejemplo en procesos sobre prestaciones alimenticias. En el segundo prima el organismo jurisdiccional de la sala o tribunal como por ejemplo las salas de la corte suprema tienen competencia en toda la república, en tanto que una sala superior solo en el distrito judicial

correspondiente y un juzgado correspondiente y un juzgado de provincia tan solo ella.

#### **2.2.1.4. El proceso**

##### **2.2.1.4.1. Definición**

El Proceso, en un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza. Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Osorio M., (2003),

Conceptualiza al proceso como el conjunto de actos jurídicos procesales recíprocamente concatenados entre sí, de acuerdo a reglas preestablecidas por la ley, tendientes a la creación de una norma individual a través de la sentencia del Juez, mediante la cual se resuelve conforme a derecho la cuestión judicial planteada por las partes. Bacre (1986) El proceso cumple una función de servicio, con principios y presupuestos que lo convalidan, pero que no pueden instalarse en terrenos estancos, o de poca movilidad, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social. Un proceso purista e ideológico, formal e hipotético, no cumple con esa función garantista que le reservamos. El proceso no tiene fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a garantizar y a concretar. De ahí, dice acertadamente Morello, -que cuando no consigue este objeto, la significación es que el derecho procesal, en cualquier construcción, funciona mal. (Gozaini, 1992, 243). Nosotros consideramos que el proceso judicial constituye la secuencia o serie de actos que se desarrollan gradualmente, con la finalidad de solucionar, mediante juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su determinación.

Desde los tiempos del derecho romano hasta la pandectística alemana del siglo XIX se ha postulado que no hay derecho sin acción ni acción sin derecho. En esa línea evolutiva, la acción -entendida hoy como proceso- ha asumido un grado tal de autonomía que en vez de ser un instrumento del derecho, éste se ha convertido más bien en un instrumento del proceso. Esta concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas

procesales autónomas, neutrales y científicas; que han vaciado a los derechos fundamentales de los valores democráticos y constitucionales que le dieron origen en los albores del constitucionalismo democrático.

En esa medida, después de la segunda guerra mundial, el derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso, procurando la reintegración del derecho y el proceso, así como superando el positivismo jurídico procesal basado en la ley, en base a reconocer un rol tutelar al juez constitucional – disciplina judicial de las formas.

Así, se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales; es decir, otorgándoles implícitamente a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección concreta “status activus processualis”.

En efecto, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, “las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso”.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal

Constitucional, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares y, hasta los procesos arbitrales, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; sino traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal en formación, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución. En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.

Pero, la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que, también, se extiende al proceso militar, arbitral y parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria.

En el marco de la teoría de la garantía procesal de los derechos fundamentales, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139°-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Sin embargo, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado de los mismos, debido al origen diverso de ambas instituciones. No obstante, a continuación se encuentra un sucinto análisis constitucional de ambas instituciones.

Según el diccionario jurídico elemental actualizado, corregido y aumentado por Cabanellas De Torres (2011): el proceso es el que se tramita por la jurisdicción ordinaria y sobre los conflictos que atañen primordialmente el derecho privado.

Para el profesor Devis Echandía: “En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin; así hablamos del proceso de producción de un material o de construcción de un edificio. Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una

serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, y así hablamos del proceso legislativo o de la elaboración de un decreto que requiere la intervención de diversas personas y entidades; y aun del proceso de un contrato, en el campo del derecho administrativo. Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa, o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su conocimiento o de su insatisfacción o para la investigación, prevención y represión de los delitos y contravenciones, y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y de la dignidad de las personas En todos los casos.

La teoría de la relación jurídica procesal es planteada por los procesalistas alemanes del siglo XIX. De acuerdo con ésta, el proceso encierra derechos y obligaciones recíprocas entre los sujetos que participan en él. Así pues, el proceso entraña una relación jurídica. Se critica, genéricamente que se designe como relación jurídica una actividad, que, como tal, no genera específicos derechos o deberes a las partes, pues de la vinculación procesal no se derivan éstos, ni entre las partes, ni entre las partes y el juez. Posterior es la teoría de la situación jurídica, que recoge esta crítica. Entre los sujetos procesales no existe una relación jurídica; lo que pasa es que están puestos en una situación, en un modo de estar, que les dota de posibilidad para obrar dentro del proceso. Esa situación implica expectativas y cargas. Guasp la crítica, diciendo que, efectivamente existen derechos y deberes procesales; Gimeno, por su parte, no concibe la relación jurídica, ni se detiene en la tesis de la situación jurídica, a la que nos parece cercano; él concibe el proceso como una actividad.

El profesor Devis Echandía considera el proceso como una relación jurídica procesal, anotando que el equívoco que suscita el rechazo de tal postura se basa en un mal entendimiento de la palabra “relación”. Dice Devis: “no se trata de asignarles a los actos procesales, en sí mismos, el carácter de relación jurídica; aquéllos se suceden dentro de ésta, pero no se identifican con ella. La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción o de la iniciación oficiosa del proceso penal (...), y el cumplimiento de los presupuestos procesales; ella ata a las partes y al juez mientras el proceso subsista, y de ella

emanan derechos, obligaciones, potestades u cargas para aquéllos y éste”, op. cit., pág. 175. En sustento de su posición, expone la relación jurídica procesal como compleja, en tanto de ella surgen múltiples relaciones entre los sujetos que participan en ella, en la medida en que el trámite va avanzando.

#### **2.2.1.4.2. Funciones del proceso**

##### **A. Interés individual e interés social en el proceso.**

El proceso es necesariamente teleológico, porque su existencia solo se explica por su fin, que es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción; esto significa que el proceso por el proceso no existe.

Dicho fin, es dual, privado y público, porque al mismo tiempo satisface el interés individual involucrado en el conflicto; y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante el ejercicio incesante de la jurisdicción.

En ese sentido, pensamos que el proceso se orienta a satisfacer las aspiraciones del individuo, que tiene la seguridad de que en el orden existe un instrumento idóneo para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta.

##### **2.2.1.4.3. Función pública del proceso.**

En este sentido, el proceso es un medio idóneo para asegurar la continuidad del derecho; porque a través del proceso, el derecho se materializa y se realiza cada día en la sentencia. Su fin social proviene de la suma de los fines individuales.

En la realidad el proceso se observa como un conjunto de actos cuyos actores son las partes en conflicto y el Estado, representado por el Juez, quienes aseguran su participación siguiendo el orden establecido en el sistema, dentro de un escenario al que se denomina proceso, porque tiene un inicio y un fin, que se genera cuando en el mundo real se manifiesta un desorden con relevancia jurídica; entonces los ciudadanos acuden al Estado en busca de tutela jurídica, que en ocasiones concluye con una sentencia.

##### **2.2.1.4.4. El proceso como tutela y garantía constitucional**

Las Constituciones del siglo XX consideran, con muy escasas excepciones que, una proclamación programática de principios de derecho procesal, es necesaria en el



conjunto de los derechos de la persona humana y de los garantes a que ella se hace acreedora.

Esos principios constitucionales han llegado hasta la Declaración Universal de los Derechos del hombre, formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, cuyos textos pertinentes indican:

Artículo 8°. Toda persona tiene derecho a un recurso ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 10°. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente, y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Creemos, que esto significa que el Estado debe crear un mecanismo, un medio o un instrumento que garantice al ciudadano la defensa de sus derechos fundamentales, siendo así, la existencia del proceso en un Estado Moderno, es que, en el orden establecido por éste, exista el proceso del que tiene que hacerse uso necesariamente cuando eventualmente se configura una amenaza o infracción al derecho de las personas.

#### **2.2.1.4.5. Teoría del proceso como entidad jurídica compleja**

Sostiene que el proceso es una entidad jurídica compleja, caracterizada por la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí, dicha pluralidad de elementos puede examinarse desde diferentes perspectivas: Desde el punto de vista normativo, el proceso es una relación jurídica compleja; desde un punto de vista estático, el proceso es una situación jurídica compleja; y por ultimo desde el punto de vista dinámico, el proceso es un acto jurídico complejo. Herrera (2001)

#### **2.2.1.4.6. Los principios constitucionales relacionados al proceso**

Según Bautista (2006), los principios son como directrices o líneas de matrices, dentro de las cuales se desarrollan las instituciones del proceso, por los principios cada institución procesal se vinculan a la realidad social, en la que actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo la esfera o el criterio de su aplicación.

### **A. Cosa Juzgada.**

Sostiene que en sentido estricto implica el impedimento a las partes en conflicto a que reviva el mismo proceso. En consecuencia, una sentencia tiene efectos de cosa juzgada cuando obtiene fuerza obligatoria y no es posible actuar contra ella ningún medio impugnatorio o porque los términos para interponer estos recursos han caducado. Tiene como requisitos:

Que el proceso fenecido haya ocurrido entre las mismas partes. Por lo tanto, no hay cosa juzgada, si debiendo dos personas distintas una obligación al acreedor éste siguió el juicio sólo contra uno de ellos, sea cual fuere el resultado puede iniciar juicio contra la otra.

- a. Que se trate del mismo hecho. Si los hechos son distintos al asunto sometido a jurisdicción, es diverso; por lo tanto no hay nada establecido judicialmente para el segundo.
- b. Que se trate de la misma acción. Cuando son las mismas partes y el mismo hecho, pero la acción utilizada es distinta y compatible con la previa, puede proceder el juicio y no hay precedente de cosa juzgada. Bautista (2006),

### **B. La pluralidad de instancia.**

Esta garantía constitucional es fundamental, ha sido recogida por la Constitución del Estado, y por la legislación internacional del cual el Perú es parte.

Este principio se evidencia en situaciones donde las decisiones judiciales no resuelven las expectativas de quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca del reconocimiento de sus derechos; por eso queda habilitada la vía plural, mediante la cual el interesado puede cuestionar una sentencia o un auto dentro del propio organismo que administra justicia.

### **C. El derecho de defensa.**

Este derecho es fundamental en todo ordenamiento jurídico, a través de él se protege una parte medular del debido proceso. Según este principio, las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente, de esta manera quedará garantizado el derecho de defensa.

#### **D. La motivación escrita de las resoluciones judiciales.**

Es frecuente encontrar sentencias que no se entiendan, ya sea porque no se expone claramente los hechos materia de juzgamiento, o porque no se evalúa su incidencia en el fallo final de los órganos jurisdiccionales.

Las resoluciones judiciales con las características citadas no pueden cumplir las diversas finalidades que tienen dentro del sistema jurídico. Si bien es cierto, que lo más importante es decidir sobre el interés de las partes sometidas a jurisdicción, suele suceder que las partes no reciben la debida información de los Jueces sobre las razones que los condujo a tomar una decisión.

#### **E. El deber constitucional de motivar.**

Al respecto señala que los Jueces están constitucionalmente

Obligados a fundamentar sus resoluciones y sentencias, basadas en los fundamentos de hecho y de derecho. Por ejemplo, en todo mandato judicial de detención, debe estar prolijamente sustentado, porque se va a privar de un derecho fundamental a un ser humano.

Este es un corolario del derecho de defensa y de la instancia plural, ya que la negligencia del juzgador en motivar la resolución no permite que las partes conozcan los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda el pronunciamiento, con la consecuente imposibilidad de un recurso efectivo ante el superior en grado. Esta disposición es obligatoria en todas las instancias judiciales, y están exceptuadas solo en los decretos. (Chanamé, 2009),

#### **2.2.1.5. El proceso sumarísimo**

##### **2.2.1.5.1. Definición**

El proceso sumarísimo, es un proceso civil reservado para asuntos de naturaleza sencilla o no compleja o cuya cuantía es ínfima o en casos de asuntos urgentes, equivale al llamado trámite incidental o de oposición, pues así lo establece el inciso 4 de la Tercera Disposición Final del Código Procesal Civil.

El proceso sumarísimo, reservado para asuntos de naturaleza sencilla o no compleja o cuya cuantía es íntima o en caso de asuntos urgentes, equivale al llamado trámite

incidental o de oposición, pues así lo establece el inciso 4 de la tercera disposición final del Código Procesal Civil. Es el proceso de más corta duración en nuestro ordenamiento jurídico procesal, caracterizándose por la brevedad de los plazos y por la concentración de audiencias en una sola denominada audiencia única. (Castillo y Sánchez: 2008, 523).

Es el proceso de más corta duración en nuestro ordenamiento jurídico procesal, caracterizándose por la brevedad de los plazos y por la concentración de audiencias en una sola, denominada: Audiencia Única.

#### **2.2.1.5.2. El proceso sumarísimo en la normatividad legal.**

Según el Código Civil y de acuerdo al artículo 546° del Código Procesal Civil (2010), se tramita en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

- Alimentos
- separación convencional y divorcio ulterior
- interdicción
- Desalojo
- Interdictos
- Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considera atendible su empleo.
- Aquellos cuya estimación patrimonial no se a mayor de 100 Unidades de Referencia Procesal (URP).
- Las demás que la ley señala.

#### **2.2.1.6. El proceso de desalojo.**

Al respecto Rioja (2010), describe el proceso de desalojo por ocupación precaria en las siguientes etapas:

##### **2.2.1.6.1. Finalidad:**

La finalidad del proceso de desalojo es obtener la restitución de un predio. Restituir es devolver el predio a quien lo poseía, la acción del desalojo protege a la posesión.

El artículo 585° del Código Procesal Civil establece: -La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo...||

Se ha pretendido dar al termino restitución un significado restrictivo al afirmar que -consiste en la obligación de devolver algo que anteriormente se había recibidoll. Esta afirmación no corresponde ni al significado jurídico ni al significado gramatical de la palabra restitución.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico con el proceso de desalojo por ocupante precario el demandante persigue que el restituya el bien quien lo posee sin su autorización (el ocupante clandestino, el usurpador) o que le sea devuelto por la persona a quien él le cedió voluntariamente por haber fenecido el título.

Gramaticalmente el termino restitución significa devolver lo que se posee injustamente. Posee injustamente el que no tiene título o el que su título ha fenecido. Restituir es sinónimo de volver, con el desalojo se persigue restablecer una cosa en su primer estado, que vuelva a su primer poseedor.

#### **2.2.1.6.2. Naturaleza de la acción**

La acción de desalojo por ocupante precario en unos casos es real y en otros personal.

Con la acción real se protege un derecho real subjetivo (propiedad, uso, etc.), cuyo objeto es un bien (cosa), sobre el cual el sujeto titular (propietario, usuario, etc.), tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios.

El derecho real está adherido al bien y es preferente frente al derecho de crédito concurrente. El titular del derecho real no tiene establecido ninguna relación jurídica con persona determinada, por lo que no hay un sujeto pasivo determinado, el cual aparece solamente cuando hay una violación o amenaza de violación del derecho del titular.

El titular del derecho real puede perseguir el bien sin importar en posesión de quien se encuentre. El derecho real es absoluto, se ejerce erga omnes.

Si una persona posee un bien de facto, sin título, o sea sin que el titular del derecho

real le haya transferido la propiedad, uso o posesión del bien, éste (el titular) puede valerse del proceso de desalojo por ocupante precario para que se le restituya el bien.

Aquí, el desalojo tiene, sin duda, naturaleza real.

Con la acción personal (denominada también obligacional o de crédito), se protege un derecho subjetivo personal, cuyo objeto es una prestación de dar, hacer o no hacer. En toda relación jurídica personal existe un acreedor y un deudor determinados. A diferencia del derecho real, cuyo titular lo puede ejercer erga omnes, el titular del derecho personal, o sea el acreedor solamente puede exigir el cumplimiento de la obligación a su deudor, es decir, el derecho personal es relativo.

Si una persona posee un predio en virtud de un contrato de compraventa, arrendamiento, comodato, deposito, de constitución de usufructo, de uso, de derecho de superficie, etc., al invalidarse o devenir eficaz el contrato (por resolución, rescisión, etc.), tal título ha fenecido y, en consecuencia, el poseedor tiene la calidad de precario. El acreedor (el vendedor, arrendador, comodante, etc.) puede valerse de la acción de desalojo por ocupante precario para obtener la restitución del bien.

Sin duda, esta acción de desalojo es de naturaleza personal.

#### **2.2.1.6.3. Requisitos para que proceda la acción de desalojo.**

Para que proceda la acción de desalojo por ocupante precario se requiere:

- a. Que el demandante acredite su derecho, por ejemplo, si es el propietario debe acreditar su derecho de propiedad.
- b. Que el demandado posea sin título alguno (precario originario) o cuando el que tenía ha fenecido (precario derivado). Cuando la calidad de precario es derivada, se debe acreditar la existencia del título y el hecho extintivo del mismo.

El que ha transferido la propiedad, la posesión, el uso o disfrute de un predio, no puede demandar al poseedor como precario mientras no se haya extinguido el título de la transferencia. Tampoco procede demandar el desalojo por ocupante precario contra quien afirma poseer con título, porque no es ésta la vía para discutir la validez del mismo.

La venta, el usufructo, el arrendamiento, subarrendamiento, el comodato o cualquier otro acto jurídico que suponga una titularidad en el ejercicio de la posesión deben ser cuestionados en la vía distinta del proceso sumarísimo, donde se afirme, pruebe y evalúe, los hechos que son materia de la controversia.

#### **2.2.1.6.4. Bienes respecto a los cuales procede el desalojo.**

El proceso de desalojo solamente está referido a la restitución de predios urbanos o rústicos a su dueño o a su poseedor mediato, según lo establece el artículo 585° del Código Procesal Civil.

#### **2.2.1.6.5. Vía procedimental del desalojo por posesión precaria.**

El desalojo se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo, de acuerdo al artículo 546°, numeral 4 y 585°. del Código Procesal Civil.

#### **2.2.1.6.6. Juez competente.**

Es competente el Juez civil del domicilio del demandado o el Juez del lugar donde se encuentra el bien, a elección del demandante, tal como lo señalan el artículo 24°, numeral 1 y 547° del Código Procesal Civil.

El juez de paz letrado es competente en los casos en que la renta mensual del contrato de arrendamiento no supere las cincuenta unidades de referencia procesal (U.R.P. =s/. 385.00 nuevos soles, para el año 2015, lo que implica un monto de s/.19,250.00 nuevos soles, aproximadamente: us \$ 5,600.00 dólares americanos). La utilización de la renta implica que la pretensión procesal se sustenta en el contrato de arrendamiento, por tanto, el desalojo se funda en las causales de falta de pago, conclusión del contrato o vencimiento de plazo. Por el contrario, el juez especializado civil es competente cuando la renta supera los cincuenta unidades de referencia procesal, o se trate de “precario” (art. 547 CPC).

El traslado de competencia que implica pasar el juez de paz al juez civil, por el solo hecho de remitir al arrendatario un requerimiento para la devolución del bien, o hacerlo lo propio al arrendatario que ha sufrido la venta del bien a un tercero, crea una complicación adicional e innecesaria, sin perjuicio de la demora del proceso por la posibilidad de acceder al recurso de casación, normalmente sin posibilidad alguna

de éxito.

#### **2.2.1.6.7. Sujeto activo de la relación jurídica.**

Pueden demandar el desalojo por ocupante precario todo el que considere tener derecho a la restitución de un predio.

Entre los que tiene derecho a la restitución de un bien figuran:

- a. El propietario y todo el que tiene derecho a que se le reponga en la posesión, cuando el poseedor actual carece de título para poseer. Por ejemplo, el propietario, el administrador, puede demandar el desalojo contra el poseedor de hecho o clandestino,
- b. El poseedor mediato (arrendador, administrador, comodante, etc.), cuando ha fenecido el título de poseedor inmediato.
- c. Es poseedor inmediato el que tiene el bien temporalmente en virtud de un título como es, por ejemplo, el contrato de comodato, depósito, arrendamiento. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

Cuando el título se extingue por nulidad, resolución, rescisión, revocación, etc. y el poseedor inmediato no devuelve el bien deviene en precario, pudiendo el poseedor mediato demandar el desalojo para obtener la restitución del predio.

El demandante natural del proceso de desalojo es el arrendador o el poseedor mediato, que cedió la posesión por título temporal, por lo que tiene derecho a la restitución (art. 587 CPC). No obstante, la jurisprudencia ha ampliado indebidamente el carácter restrictivo del desalojo, que tiene una justificación muy clara en la simplicidad de la controversia, por lo cual, hoy, el propietario sin posesión, con solo título dominical, puede plantear el desalojo, con lo cual dejo de ser acción posesoria. El débil fundamento de la corte suprema, y de su doctrina adicta, es que el art. 586 CPC establece que el propietario está habilitado para demandar el desalojo, incluso sin haber gozado nunca la posesión, pero ello olvida que el art. 585 CPC limita la controversia a los casos en los que se exija la “restitución del predio” lo que implica haberlo entregado previamente por título temporal, y luego pedir su devolución. Sin embargo, el pleno ha señalado que “restitución” no es restitución, sino algo distinto. Está claro, entonces, que se ha necesidad de un Frankenstein jurídico para justificar



tal decisión.

En suma, el demandante del desalojo, según la jurisprudencia que interpreta el código procesal civil, puede ser el propietario, con o sin posesión, el arrendador, el administrador y cualquier otro que tenga derecho a la restitución del predio, como es el caso del constituyente del usufructo, superficie o uso y habitación, así como el concedente de la posesión por obra de gracia, liberalidad o aquiescencia.

#### **2.2.1.6.8. Sujeto pasivo de la relación jurídica.**

Pueden ser demandados por ocupante precario:

- a. El que tiene la posesión sin título.
- b. El poseedor inmediato (usufructuario, usuario, comodatario, arrendatario, etc.) cuando su título ha fenecido.

Por otro lado, el demandado natural en el desalojo, es el arrendatario o cualquier poseedor temporal a quien le es exigible la restitución (art. 586 CPC): “el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución”.

Sin embargo por la vía del precario sin embargo se ha logrado una ampliación descomunal de hipótesis incluidas en el desalojo, por lo que, hoy, este proceso resuelve conflictos de propiedad, usucapión, nulidad de acto jurídico, accesión, resolución de contrato, doble venta, entre otros. Es decir, se mantiene el esquema formal de simplicidad, pero con las controversias se han vuelto complejas. No hay relación entre el medio y el fin.

#### **2.2.1.6.9. Demanda de desalojo respecto a bien ocupado por tercero.**

El proceso de desalojo puede utilizarse fraudulentamente cuando el demandado pretende utilizarlo para conseguir una posesión que nunca tuvo, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de la simulación de un contrato de arrendamiento, del que luego se pide, ante el juez respectivo, la falsa restitución del bien. Pues bien, para evitar el fraude procesal, la ley ha establecido varias medidas concretas:

- La demanda debe notificarse, no solo en el domicilio que le corresponda al demandado, sino también en el lugar del predio materia de la pretensión, si esta

fuera distinta a aquella (art. 589 CPC). La justificación de esta norma consiste en que, solo de esta forma, se asegura que el poseedor del bien podrá realmente tomar conocimiento efectivo del inicio del proceso, y, de esa forma, solicitar su intervención litisconsorcial (art. 98 CPC), en tanto la sentencia de desalojo expandirá sus efectos contra todos los ocupantes, incluyéndola a el mismo.

- La notificación de la demanda tendrá que realizarse en el predio materia de la pretensión, lo que constituye una medida que permite conocer la presencia de terceros, por lo que el notificador deberá instituirlos del proceso iniciado, así como de su derecho a participar en él y el efecto que la sentencia le producirá. El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario desde la audiencia única (art. 587 CPC), pero, ¿Por qué en esta condición? Muy simple: el tercero ocupa el bien conjuntamente con el poseedor, o gracias a él, o en derivación del (ejemplo: cónyuge del arrendatario o sub- arrendatario), por tanto, el único vinculado es el poseedor, pero que originara el lanzamiento contra todos los ocupantes, por lo cual, esos terceros pueden intervenir, o no, pues en ellos no recae la defensa de posesión, sino en el poseedor. Sin embargo, no parece razonable que tal deber de indignación le sea impuesto al notificador, más preocupado por dejar rápidamente la cedula para cumplir con su agobiante trabajo, antes que investigar a los poseedores. En todo caso, la ley debió asignar ese encargo en el propio demandante, quien tendría que cumplirlo luego de revisar el acta de notificación, una vez que esta sea devuelta al expediente, lo que se haría evidente si un tercero ha recibido la cedula.
- El demandante tiene que denunciar al tercero ocupante del predio, que sea ajeno a la relación que vincula al actor con el demandado, obviamente, siempre que conozca de su existencia. En tal caso, el denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso (art. 587 CPC). En caso que el tercero no sea poseedor, el juez podrá superarlo del proceso por medio de la extromisión.
- El demandado que no sea poseedor, sino detentador o servidor, puede denunciar al poseedor en la contestación de la demanda. Si este lo acepta, entonces reemplaza al demandado, por lo que deberá emplazarse a aquel;

mientras que si el llamado no comparece o niega ser poseedor, entonces el proceso seguirá contra el demandado, pero la sentencia surtirá efecto contra este y el llamado (arts. 105, 588 CPC).

- El código procesal omite regular el caso del demandado que alega simplemente no ser poseedor, pero, en tal caso, por máxima de experiencia, si no procede a denunciar a un tercero, ni consta la intervención de persona alguna en el proceso, entonces debe suponerse que el demandado es realmente el poseedor, lo que se demuestra con su interés de apersonarse al proceso, y cuya negativa tendría normalmente como objetivo la frustración del proceso. En tal caso, pues, la demanda debe estimarse. No obstante, si fuese posible acreditar de modo fehaciente que el demandado no es poseedor del bien, entonces la demanda será declarada infundada, sin que pueda incorporarse terceros luego de la sentencias, pues en realidad se trataría de nuevos demandados. El nuevo proceso que inicie deberá emplazar a demandado incierto o indeterminado, según las reglas del art. 435 CPC, con la consiguiente designación de curador procesal.

#### **2.2.1.6.10. Limitación de medios probatorios en el desalojo.**

En el proceso de desalojo por ocupante precario, lo único que se debate es, si el demandado no tiene título o el que tenía ha fenecido.

#### **2.2.1.6.11. Acción reivindicatoria y la acción de mejor derecho.**

La acción reivindicatoria es planteada por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Es una acción real que permite al propietario obtener la restitución del bien de su propiedad, del poder de quien se encuentre. El demandante debe acreditar de manera indubitable ser el propietario del bien cuya reivindicación

Demanda.

La acción de mejor derecho es interpuesta por quien tiene título contra otro que también tiene título para poseer, por ejemplo, cuando un mismo bien ha sido vendido a dos o más personas.

#### **2.2.1.6.12. Pago de mejoras.**

El poseedor que tiene derecho al pago de mejoras puede demandar el pago siguiendo

el trámite del proceso sumarísimo. Si ha sido demandado antes por desalojo, interpondrá su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. El proceso para el pago de mejoras no es acumulable al de desalojo, tal como lo establece el artículo 595° del Código Procesal Civil.

#### **2.2.1.6.13. Lanzamiento de desalojo por ocupación precaria.**

El lanzamiento se ordena a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia, si es que no ha sido apelada, o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, de acuerdo al artículo 592° del Código Procesal Civil.

El lanzamiento se ejecutará contra todos los que se encuentren ocupando el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. (Art. 593 CPC), lo que justifica en tanto los hipotéticos terceros han tenido diversos momentos para apersonarse al proceso, sea porque se notificó en el prediomateria de la pretensión, sea por que el notificador debe instruir a los ocupantes, sea por que el demandante debe denunciar a los terceros, sea por que el demandado debe llamar a los poseedores, conforme se explica en el acápite 3.6

Se entiende efectuado el lanzamiento cuando se hace entrega del predio al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento (art. 593 CPC)

#### **2.2.1.7. La prueba**

##### **2.2.1.7.1. Definición**

La prueba es el conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta. (Castillo y Sánchez: 2007)

Que la prueba es un conjunto de actuaciones, que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones en un litigio.

Ossorio (2003),

Entiende por prueba al conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso. Echandia, D., (1984)

La prueba viene a ser el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

Las pruebas generalmente admitidas en las legislaciones son las de indicios, la presunción y especies, la confesión en juicio, la de informes; la instrumental, llamada también documental, la testimonial, la pericial, etc.

Algunas legislaciones determinan el valor de ciertas pruebas, al cual se tiene que atener el juzgador, pero lo más corriente y lo más aceptable es que la valoración de las pruebas sea efectuada por el juez con arreglo a su libre apreciación. (Ossorio, 2003),

La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de! cual se sirve e! juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles das las pruebas, típicas o atípicas, que sean relevantes en la medida que aporren informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aun siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional). (Taruffo, 2002):

De acuerdo con la segunda concepción, la prueba no sería más que un instrumento de persuasión, y como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad del enunciado alguno y, por tanto. Tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada. Sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se "conocen" los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido. Pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez. Estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo. Es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba. Dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese incluido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones. Por otra parte, la persuasión puede deberse a cualquier causa, no sólo a la producción de pruebas en sentido estricto, por lo que resulta más tiempo ocioso preguntarse en el plano teórico qué es una prueba. Todo el problema se reduce a constatar ex post si el juez está o no persuadido de la verdad o falsedad de un enunciado. (Alvarado Velloso, 2004):

Etimológicamente prueba proviene del latine probus que significa bueno, honrado, que te puedes fiar de él. En sentido lato, la palabra prueba puede tener los siguientes significados: Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Indicio, señal o muestra que se da de algo Según Carnelutti y Rocco la expresión prueba tiene un distinto significado en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico, pues prueba judicial es la comprobación, no de los hechos, sino de las afirmaciones, a ello podríamos agregar que en materia procesal se puede hablar de prueba solo cuando se

trate de comprobar hechos que están sujetos a contradicción y que no han sido admitidos por ambas partes dentro del proceso judicial, es por eso que tiene características propias que la diferencian de la prueba en sentido común. (Devis Echandía, 2005):

#### **2.2.1.7.2. La prueba en sentido común.**

Sobre la prueba sostiene: en su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; es decir demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. Dicho de otra manera, es una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. Couture, (2002),

#### **2.2.1.7.3. La prueba en sentido jurídico procesal**

La prueba es un método de averiguación y un método de comprobación (Couture, 2002).

En el derecho penal, la prueba es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. Mientras que en el derecho civil, es normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio.

En el derecho penal, la prueba es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. Mientras que en el derecho civil, es normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Para el autor en comento, los problemas de la prueba consiste en saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba, qué valor tiene la prueba producida En otros términos el primero de los temas citados plantea el problema del concepto de la prueba; el segundo, el objeto de la prueba; el tercero, la carga de la prueba; el cuarto, el procedimiento probatorio; el último la valoración de la prueba. (Couture, 2002):

#### **2.2.1.7.4. Concepto de prueba para el Juez**

Al Juez no le interesan los medios probatorios como objetos; sino la conclusión a que pueda llegar con la actuación de ellos, si han cumplido o no con su objetivo; para él los medios probatorios deben estar en relación con la pretensión y con el titular del objeto o hecho controvertido. Rodríguez (1995),

Según estima Pellegrini Grinover (2000): La iniciativa oficial en el campo de la prueba, no oscurece la imparcialidad del juez. Cuando éste determina que se produzca una prueba no requerida por las partes, o cuando entiende oportuno volver a inquirir a un testigo o solicitar esclarecimientos del perito, aún no conoce el resultado que esa prueba traerá al proceso, ni sabe cuál es la parte que será favorecida por su producción.

En el proceso los justiciables están, interesados en demostrar la verdad de sus afirmaciones; sin embargo este interés particular hasta de conveniencia, se podría decir, no lo tiene el Juez.

Para el Juez, la prueba es la comprobación de la verdad de los hechos controvertidos, ya sea que su interés sea encontrar la verdad de los hechos controvertidos, o la verdad para optar por una decisión acertada en la sentencia.

El objetivo de la prueba, en la esfera jurídica, es convencer al juzgador sobre la existencia o verdad del hecho que constituye el objeto de derecho en la controversia.

Mientras que al Juez le interesa en cuanto al resultado, porque en cuanto al proceso probatorio, debe atenerse a lo dispuesto por la ley procesal; y a las partes le importa en la medida que responda a sus intereses y a la necesidad de probar.

Antes de saber que es la prueba para el juez, debemos señalar y estar de acuerdo que la prueba tiene tres acepciones en el campo del Derecho:

- a. Alude a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. Es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama.
- b. Se refiere a los medios de prueba, o sea, los medios de convicción, considerados en sí mismos.



- c. Se habla de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales. En este sentido, por ejemplo, se dice que la prueba incumbe al actor o al demandado.

Luego de observar lo dicho sobre las cargas probatorias que una estructura y organización similar no existen en el procedimiento penal. De allí que tengan razón quienes excluyen la teoría de la carga probatoria de su sistema. En verdad, aquí se trata del funcionamiento de la regla *in dubio pro reo* en la sentencia, de modo tal que, no verificados con certeza todos los elementos que permiten afirmar la existencia de un hecho punible, el resultado será la absolucón, y, de otra parte, no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impondrá el mismo resultado. Y ello porque, ...el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible...”para enseguida subrayar en nota a pie de página “...el *in dubio pro reo* suple, en el proceso penal, lo que en el proceso civil significa la teoría de la carga probatoria: una regla para superar el *non liquet*...”

“Es necesario establecer entonces (como regla) que toda versión de los hechos que haya ingresado al proceso penal a través de la persona imputada debe de ser tenida por cierta, hasta el punto de prevalecer sobre cualquier otra hipótesis que pudiera elaborarse intelectualmente, a menos (como excepción) que sea desdorada por factores extrínsecos (prueba de cargo del acusador) o por razones intrínsecas (relato ilógico, absurdo o autocontradictorio). Y esto es así, porque dicha versión proviene de un sujeto procesal que goza de un estado de inocencia constitucionalmente protegido y carece de cargas probatorias que lo obliguen a acreditar sus afirmaciones de inocencia o de menor responsabilidad. Enseña (Maier, 1989)

#### **2.2.1.7.5. El objeto de la prueba.**

El objeto de la prueba judicial es el hecho o situación que contiene la pretensión y que el actor debe probar para alcanzar que se declare fundada la reclamación de su derecho. Dicho de otra forma, para los fines del proceso importa probar los hechos y no el derecho. Para Rodríguez (1995)

Otro aspecto a considerar es, que hay hechos que necesariamente deben ser

probados, para un mejor resultado del proceso judicial, pero también hay hechos que no requieren de probanza, pero en el proceso requieren ser probados: porque el entendimiento humano especialmente la del Juez, debe conocerlos, por eso la ley, en atención al principio de economía procesal, los dispone expresamente para casos concretos. En el proceso civil, donde la vigencia del principio de aportación de parte determina que sólo éstas pueden realizar alegaciones, el objeto de la prueba vendrá determinado precisamente por estas alegaciones, pero no todas deberán ser probadas, siendo precisas distinguir:

3. Los hechos admitidos, por todas las partes no precisan la prueba sobre los mismos. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, y esa conformidad puede provenir de que las dos partes han afirmado un mismo hecho o de que el hecho afirmado por una parte ha sido admitido por la contraria. La ley exige que las partes en sus escritos de alegación se manifiesten expresamente sobre los hechos alegados por la contraria.
4. Los hechos no controvertidos, deben entenderse que no cabe realización de la actividad probatoria; la prueba referida a hechos no controvertidos es siempre inútil.
5. Los hechos notorios, son aquellos hechos cuyo conocimiento de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo al juez. Lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez.

Devis Echandia de lo que se trata objeto de la prueba, según expresión es de buscar una respuesta para la pregunta: ¿Qué se prueba? ¿Qué cosas deben ser probadas? Aquí el tema adquiere un sentido concreto y no abstracto. No se trata de determinar en general y en abstracto, qué cosas pueden ser probadas, esto es, aquello sobre lo que puede recaer una prueba, como cuando se discute si lo no ocurrido aún, a los procesos anímicos internos, pueden ser objeto de prueba; sino de determinar qué cosas deben ser probadas en un proceso judicial concreto, en el cual, además del juez que ha de resolver la controversia y a quien van dirigidas las pruebas, concurren él

las partes, interesadas en llevar a la convicción del juez la verdad o falsedad de los hechos alegados.

La prueba es un acto de parte, ella tiene como destinatario al juez, el cual la recibe y valora o aprecia en la etapa de decisión de la causa; y también al momento de decidir la causa, el Juez se enfrenta a dos tipos de cuestiones; la *quaestio iuris* que refiere al derecho aplicable, y la *quaestio Facti*, que se reduce a establecer la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes.

El objeto de la prueba, comprende fundamentalmente dos grandes apartados:

La prueba de los hechos y la prueba del derecho. El Código de Procedimiento Civil venezolano hace expresa mención a los hechos y al derecho al establecer en el Art. 340 como requisitos de la demanda "la relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la pretensión" y en el Art. 389 las circunstancias en las cuales no hay lugar al lapso probatorio, entre ellas: 1 "Cuando el punto sobre el cual versare la demanda, aparezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho". 2 "Cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y haya contradicho solamente el derecho", y 3 "Cuando las partes, de común acuerdo hayan con venido en ello".

Romberg (2004) Como regla general puede afirmarse "Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las máximas de experiencia y rara vez los preceptos jurídicos".

"El objeto de la prueba procesal sólo lo pueden constituir los preceptos jurídicos y los hechos, puesto que el juez tiene siempre la misión de subsumir supuestos de hechos, es decir, conjunto de hechos, en los preceptos legales, con objeto de afirmar o negar la procedencia de las consecuencias jurídicas de dichos supuestos fácticos". Como dice (Stein, 2002):

Pues bien, ahora cuando se trata del objeto de la prueba, éste no puede consistir sino en la afirmación, o alegación de los en que se fundamenta la pretensión, Como lo exige para la demanda el Art. 340, Ord. 5 del Código de Procedimiento Civil.

Existe pues, normalmente, una identificación de principio entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación, así como existe una estrecha correlación entre la carga de

la alegación y la carga de la prueba, conforme al conocido principio según el cual, para demostrar un hecho en el proceso es menester haberlo afirmado, sea el actor en la demanda, o bien el demandado en la contestación”.

En conclusión, puede sostenerse con Rosenberg, que hecho, en el sentido de objeto de la prueba, es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial; esto es: (Los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto un efecto jurídico”.

#### **2.2.1.7.6. El principio de la carga de la prueba.**

En virtud de este principio la carga de probar corresponde a uno de los justiciables por haber alegado hechos a su favor, o porque de ellos se colige lo que solicita, o por contraponerse los hechos que afirma a otros presumidos legalmente o que son notorios o que constituyen una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual, cuando falta la prueba de hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte.

Por otro aspecto, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, el disponer que si no aparece en éste la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados a su vez por el contrario, pueden perjudicarlas, recibirán una decisión desfavorable; puede decirse que las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.

Desde nuestro punto de vista, pensamos que se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal y laboral, en virtud del cual se faculta al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falte la prueba, sin necesidad de abstenerse de resolver en el fondo, lo cual pecaría contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función. (Echandía, 1994)

El “Onus probandi” o carga o peso de la prueba; “Onus” viene del latín, y significa la carga que portaban las mulas. De ahí que se hable de “la carga de la prueba”. La necesidad de probar no es jurídicamente una obligación, sino una carga. La

obligación consiste en un vínculo jurídico que implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación se infringe; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés del mismo. Por lo tanto, el litigante no está obligado a probar, la ley no lo obliga a ello; pero si no proporciona la prueba, sus pretensiones no serán acogidas por el juez.

¿A quién incumbe rendir la prueba? Como principio general, corresponde probar al que ha sostenido una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida. En efecto, lo normal es que el poseedor de una cosa sea su dueño o que una persona no sea deudor. Por ende, corresponde probar que el poseedor no es dueño o que es deudor al demandante que a su vez afirma ser dueño o acreedor, respectivamente. El demandado, que se limita a negar, en principio no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación.

Esta situación se invierte, sin embargo, cuando el demandante prueba la exactitud de los hechos en que se funda su pretensión, debiendo por ejemplo, probar cómo adquirió el dominio (prescripción adquisitiva) o cómo extinguió la deuda (pago, prescripción extintiva, etc.).

Como excepción, en el ámbito del Derecho, se habla de la “inversión de la carga de la prueba”, es decir, que será el demandado quien deba hacer la correspondiente demostración.

La carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios: el 'principio ontológico' y el 'principio lógico'.

El principio ontológico determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas es porque estas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume. El principio lógico, por su parte, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones

negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o prueba diabólica). Ello implica que en realidad la carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino a quien se encuentra en mejor capacidad para probar. (Chocano Núñez, 2009):

#### **2.2.1.7.7. Sistemas de valoración de la prueba**

Señala que “por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”.

Para que un tribunal de justicia penal declare la existencia de un delito e imponga la sanción que previene la ley, es necesario haber seguido un proceso penal que concluya con sentencia condenatoria, siendo preciso que el juzgador adquiera certeza de que el procesado es el autor del delito, lo que justifica la imposición de la pena y el pago de la reparación civil.

Para adquirir esta certeza debe realizarse una serie de actos de procedimiento por el órgano jurisdiccional que reciben el nombre de actos de prueba.

Mientras se desarrolla el proceso, el inculcado tiene la condición de inocente y goza de derechos que merecen respeto, con limitaciones que no afecten su integridad física y psíquica. La persona humana sigue intacta, sólo con recortes en la libertad ambulatoria. Declarado culpable, sufrirá la pena impuesta pero siempre será considerado como persona humana, pues uno de los fines de la pena es procurar su readaptación.

En el presente trabajo trataremos sobre la última etapa de la actividad probatoria, la valoración probatoria y revisaremos brevemente los sistemas de valoración probatoria que se han presentado a lo largo de la historia del derecho procesal. Devis Echandía

"La prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción – sin excepción – contraría no solo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución."

Consideramos que el TC ha establecido que la Presunción de Inocencia guarda

relación con el Derecho de Defensa STC Exp. 0005-2001-AI/TC

"La detención preventiva no puede solo justificarse en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad." STC Exp. 1260-2002-HC/TC

Podemos señalar que el TC en esta sentencia ha establecido que la presunción de inocencia debe observarse ante las medidas coercitivas del proceso penal. STC Exp. 0005-2001-AI/TC

"La presunción de inocencia es un elemento conformante del debido proceso. Por ello disponer en una norma procesal que el imputado en todo caso tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por lo tanto, el debido proceso exigido en la Constitución." STC Exp. 0005-2001-AI/TC

Señala como crítica a este sistema que el Juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema; en cambio, en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo, sobre todo en la producción de la prueba. Este sistema de prueba legal mecanizaba la función del juez, quitándole personalidad e impidiéndole formarse un criterio personal, incluso lo obliga a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado, así, conducía con frecuencia a que se declare con verdad una simple apariencia formal, dando muchas veces a que se tomaran decisiones irracionales o arbitrarias. (Neyra Flores, 2010)

Este sistema constituye el otro extremo del sistema de la prueba legal. En este sistema el juez es totalmente libre de valorar la prueba a su "leal saber y entender". Como el juez es libre de convencerse de la existencia o no de un hecho, no está obligado a fundamentar sus decisiones. Este sistema es aplicado por los jurados populares. La falta de garantía de motivación de la sentencia trae consigo el peligro de parcialidad y arbitrariedad en el proceso. (Cubas Villanueva, 2009)

Señala que este sistema se busca limitar el poder del juez en el sistema inquisitivo, quien tenía todo el poder de iniciativa, de investigación, de decisión con lo cual el imputado no tenía la defensa proporcional a dicho poder, por lo cual el legislador interviene para limitar los poderes del juez, este método más que una coerción a la conciencia del Juez, parece una eficaz protección del imputado al juez. (Vélez

Mariconde, 2009),

refiere que los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, más que reglas específicas, constituyen criterios racionales adecuados para que el Juez forme su convicción sobre los hechos, en tal sentido expone lo siguiente:

1. Los principios de las reglas de la lógica, vienen a estar conformados por las leyes y principios lógicos que informan la validez del juicio de valor. Estos principios nos van a permitir evaluar si el razonamiento es correcto.
2. Las reglas máximas de la experiencia están conformadas por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones aprendidas de diferentes campos del conocimiento.
3. Las reglas de la ciencia están referidas a las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del Juez, determinan que deba recurrir a la ciencia, es decir, a conocimientos que se forman fuera del derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan de las investigaciones y búsquedas del carácter científico. (Talavera, 2004),

A su vez Paul Paredes indica que: “La apreciación o valoración es acto del juez consistente en medir la eficacia probatoria de cada medio de prueba, o de su conjunto, según el precio o valor que le asigna la ley o le otorgue el juez, en relación al grado de convicción que permita generar certeza en el juez de la ocurrencia del hecho a probar”.

Sobre el tema Carrión Lugo refiere que: “Podemos sostener válidamente que la apreciación y valoración de los medios probatorios constituye la fase culminante de la actividad probatoria. Es el momento también en que el Juez puede calificar con mayor certeza si tal o cual medio probatorio actuado tiene eficacia para convencerlo sobre los hechos alegados y si ha sido pertinente o no su actuación en el proceso”. Existen varios sistemas, en el presente trabajo, se analizan solamente dos:

**a. El sistema de la tarifa legal**

En este sistema, la ley establece el valor de cada medio de prueba actuado en el



proceso. El Juez admite las pruebas legales ofrecidas, dispone su actuación y las toma con el valor que la ley le da a cada una de ellas en relación con los hechos, cuya verdad se pretende demostrar. Su labor se reduce a una recepción y calificación de la prueba mediante un patrón legal; por este sistema el valor de la prueba no lo da el Juez, sino la ley.

#### **b. El sistema de valoración judicial**

En este sistema corresponde al Juez valorar la prueba, mejor dicho apreciarla.

Apreciar es formar juicios para estimar los méritos de una cosa u objeto.

Si el valor de la prueba lo da el Juez, ese valor resulta subjetivo, por el contrario en el sistema legal lo da la ley. La tarea del Juez es evaluativa con sujeción a su deber; este es un sistema de valoración de la prueba de Jueces y Tribunales de conciencia y de sabiduría.

Debe entenderse que esta facultad entregada al Juez: la potestad de decidir sobre el derecho de las partes para alcanzar la justicia, en base a su inteligencia, experiencia y convicción es trascendental. De ahí que la responsabilidad y probidad del Magistrado son condiciones indiscutibles para que su actuación sea compatible con la administración de justicia.

#### **2.2.1.7.8. Las pruebas y la sentencia.**

Luego de valorar las pruebas y vencido el término probatorio, el Juez debe resolver mediante una resolución. Esta resolución viene a ser la sentencia que deberá expresar los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones formuladas por las partes.

Según el resultado de la valoración de la prueba, el Juez pronunciará su decisión declarando el derecho controvertido y condenando o absolviendo la demanda, en todo o en parte. Pues todos los medios probatorios deben ser valorados por el Juez, en forma conjunta utilizando su apreciación razonada.

#### **2.2.1.7.9. Principios procesales aplicables a la prueba**

De acuerdo al Código Civil y al Código Procesal Civil (2010), con referencia a los principios procesales aplicables a la prueba, ésta establece:

## **A. Principio de igualdad**

Este principio se encuentra presente en el Código Procesal Civil, y enunciado expresamente en el artículo VI del Título Preliminar. En cuanto se refiere a la prueba específicamente, transfiere a la igualdad de oportunidades de las partes para el ofrecimiento de los medios probatorios, igualdad para el cuestionamiento y para el control en la promoción de los mismos.

Es obligación de las partes, ofrecer los medios probatorios que consideren adecuados para acreditar los hechos que sustenten la pretensión. Demandante y demandado tienen la misma oportunidad para el ofrecimiento de los medios probatorios que consideren pertinentes.

Principio de Igualdad. "El presupuesto esencial de este principio, es el hecho de que debe existir igualdad de situaciones entre las personas que se consideran víctimas de la violación y otras que se señalen como término de comparación, es decir la determinación del quebranto constitucional, se hace mediante un cotejo de supuestos en que la desigualdad aparezca de una forma notoria, como en el caso en examen, donde no es necesario hacer distinciones artificiosas o arbitrarias, para establecer la violación." Sentencias: 2531-94, 196-91, 1942-92, 7582-02.

El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana.

El principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, por lo que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales." Sentencia: 1942-94

"Igualdad ante la Ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes. Pero debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para

establecer un distinto trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan la medular del caso, además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adoptan medidas exorbitadas en relación a las diferencias que pudieran justificar algún distinto trato.” Sentencia 1785-90

“Si bien es cierto que la Constitución faculta para crear una desigualdad por vía de ley respecto de los extranjeros, también es cierto que esas excepciones no pueden infringir los demás derechos que consagra la Carta Fundamental, pues ello permitiría la desconstitucionalización de todas las garantías, a que tienen derecho los extranjeros, por vía de ley, lo cual no es posible en nuestro sistema de derecho. Las desigualdades entre extranjeros y costarricenses sólo pueden ser dadas por la Constitución y por ley cuando ésta respete aquella supremacía.” Sentencia 2050-91

“La jurisprudencia constitucional a través de varios pronunciamientos ha logrado decantar el contenido del principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución, señalando que por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso.” Sentencia 1372-92

“El principio de igualdad en materia tributaria implica que todos deben contribuir a los gastos del Estado en proporción a su capacidad económica, de manera tal que en condiciones idénticas deben imponerse los mismos gravámenes, lo cual no priva al legislador de crear categorías especiales, a condición de que no sean arbitrarias y se apoyen en una base razonable. De manera que resulta contrario a la igualdad, a la uniformidad y a la imparcialidad, el establecimiento de un impuesto que no afecta a todas las personas que se encuentran en la misma situación, sino que incide en una

sola clase de personas, ya que se está infringiendo la obligación constitucional, de extenderlo a todos los que están en igualdad de supuestos. El principio de igualdad constitucional genera el principio administrativo de igualdad ante las cargas públicas, sea dar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones análogas, excluyendo todo distingo arbitrario o injusto contra determinadas personas o categorías de personas, en consecuencia no deben resultar afectadas personas o bienes que fueren determinados singularmente, pues si eso fuera posible, los tributos tendrían carácter persecutorio o discriminatorio.” Sentencia 633-94

## **B. Principio de moralidad**

Es importante la presencia de este principio en la producción de la prueba, porque las partes deben actuar con probidad, veracidad, lealtad y buena fe en lo que se refiere al ofrecimiento y a la actuación de los medios probatorios. En lo que se refiere al primer aspecto, las partes deben ofrecer los medios probatorios idóneos y verdaderos, tendentes a acreditar los fundamentos de sus pretensiones, y en lo que se refiere a la actuación, deberá conducirse éticamente en el desarrollo de cada uno de ellos,

El artículo IV del Título Preliminar impone a las partes, a sus representantes y a sus abogados, el deber de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, debiendo concordarse este dispositivo con el inciso 5 del artículo 112° del Código Procesal Civil, que faculta al Juez a sancionar al abogado que obstruya la actuación de los medios probatorios.

La regla ética de conducta del justiciable no es indiferente al derecho procesal, pero, preconceptualmente, conviene aclarar que no se trata de establecer un deber de moralidad, sino de precisar el alcance del principio de moralidad. En otras palabras: la menor dificultad del problema es dar categoría legal a las normas éticas, despreocupándose de su eficacia normativa; el verdadero problema consiste en incorporar, a las estructuras jurídico- procesales, contenidos éticos, o sea, en dar juridicidad procesal a la norma ética.

La formulación del principio de moralidad presupone, en el aspecto constructivo, el triunfo de la orientación publicística del derecho procesal, con el consiguiente abandono de las concepciones simplemente utilitario-hedonísticas e incluso belicistas, imbricadas en la tendencia privatística del liberal-individualismo.

Pero, en su aspecto negativo, o se detiene en la simple enunciación de deberes morales de ninguna significación jurídica o incursiona en el campo sancionatorio, arriesgándose a penalizar el derecho procesal.

El principio de moralidad, se podrá concretar jurídicamente, procesalmente, en una fórmula dogmática? no se trata, se dijo antes, de dar discutible categoría jurídica a deberes morales, sino de inyectar el imperativo ético en las estructuras jurídicas del derecho procesal, lo cual no es sencillo, en tanto se deben superar algunos problemas conceptuales y estructurales de cierta trascendencia. LA ENCICLOPEDIA JURÍDICA

### **C. Principio de autoridad**

En merito a este principio, el Juez tiene la facultad de no admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes que no sean idóneos para acreditar los hechos en que se sustentan las pretensiones.

El Juez, luego de fracasar la conciliación, procede a fijar los puntos controvertidos, y en función a ello es que decide la admisión de los medios probatorios. El principio de autoridad, no solo se refleja en lo expresado anteriormente, sino además en el hecho de que el Juez puede actuar pruebas de oficio, a efectos de que se cumpla la finalidad del proceso (artículo 194° del Código Procesal Civil).

Con este mismo criterio es que se concede facultad al Juez, para que practique confrontaciones entre las partes, entre los testigos, peritos y entre éstos con aquellos. El Juez debe procurar acercarse a la verdad; no debe contentarse con lo que las partes le ofrecen como medios probatorios, si intuye que a través de otros medios probatorios puede formarse una mejor convicción sobre lo que se controvierte en el proceso.

El principio de autoridad es el que utiliza las palabras, hechos o recomendaciones de una persona que cuente con buena reputación en un determinado asunto para incitarnos a tomar una determinada decisión, incluso en contra de nuestros intereses personales.

El argumentum ad verecundiam es una falacia lógica muy relacionada con el principio de autoridad. Esta falacia se basa en argumentar que un hecho o

razonamiento es cierto porque ha sido realizado por una autoridad en el tema.

Hasta la llegada de la revolución científica, el *argumentum ad verecundiam* se consideraba un argumento válido. No obstante, en la actualidad un hecho debe ser probado y no basta sólo con tener una persona insigne como autora de éste.

Esto es la teoría, ya que en la práctica este tipo de argumentación sigue utilizándose alimentando el principio de autoridad. (Academia De Inversiones, 20015)

En derecho procesal el principio de autoridad define, dentro de las categorías de los principios generales del derecho procesal, los límites del aspecto jerárquico autoritario que asume aquella disciplina por la incidencia del órgano judicial, considerado como poder del estado político, en el conflicto de los justificables.

Generalmente, tanto la doctrina como la legislación han evitado cuidadosamente las referencias directas al principio de autoridad, utilizando circunloquios que se refieren a los atributos del mismo o a las formas en que el mismo se manifiesta, sin advertir - o advirtiendo demasiado-, que unos y otros son corolarios derivados de un concepto cuya magnitud les comprende: el juez y su función en el derecho procesal.

El poder de conducción o de dirección del proceso, el poder de esclarecer la verdad de los hechos del proceso, etcétera, independientemente de su categorización dentro de los poder- deberes, son manifestaciones del principio de autoridad, cuya concepción dependerá de la respuesta que se dé sobre cuáles son los límites de la función del juez en el derecho procesal.

Al respecto existen dos posiciones netamente antagónicas, inspiradas en una ideología socio-política: liberal-individualista una, jerárquico-autoritaria otra, pero entre ambas, cuyas soluciones son diametralmente opuestas, existe infinidad de fórmulas transaccionales, sincréticas unas, eclécticas otras, que representan valoraciones individuales de este difícil problema.

Definir, dentro de la categoría de los principios generales del derecho procesal, un principio que tiene como presupuesto lo jerárquico autoritario, no deja de presentar riesgo polémico, por las intervenciones políticas que son connaturales al tema. Sin embargo, es imperativo estructurar el principio regulador de la actividad del órgano jurisdiccional, al que no se le puede desconocer una imbricación política, y por

consiguiente, una evolución paralela a la que sigue el estado; dogmáticamente, pudo explicarse la naturaleza jurídica del proceso por su asimilación a un contrato del derecho civil y continuar esta trayectoria hasta desembocar en la teoría de la relación jurídico procesa, cuando la disciplina jurídica era considerada como una práctica para sustanciar juicios o un procedimiento; pero al conceptualizarse la disciplina como derecho procesal, comenzó por involucrarse un tercer personaje que paulatinamente adquiere tal carácter protagónico que ha hecho dudar sobre la propiedad y exactitud de la denominación derecho procesal, que se podría transformar legítimamente en derecho jurisdiccional o de la actividad jurisdiccional.

En todo Estado debe primar el principio de autoridad, que no es otra cosa que la aplicación de la ley por la autoridad competente a todos los ciudadanos sin excepción. Pero en nuestro país, la ley tiene un ojo abierto para distinguir entre los ciudadanos. Así, si usted es un “padre de familia”, hay que permitirle que viole todas las leyes de salud e higiene, que no se detenga en la luz roja si es un conductor de carro público, que pueda ocupar propiedades y levantar mejoras sin que ningún título de propiedad valga, y un largo etcétera que todos conocen.

Pero también existen ciudadanos “de primera” que se sienten autorizados a abofetear o amenazar con armas de fuego a agentes de la autoridad, en este caso indefensos agentes de tránsito y, por supuesto, existen los “intocables” que pueden mudar el máspreciado de nuestros monumentos para el patio de su casa y no les pasa nada.

Ayer, en Guatemala, la justicia de ese país metió presos a un hermano y al hijo del presidente de esa nación por fraude y en otros países centroamericanos, en los últimos años, han caído presos varios presidentes de esas repúblicas por diversos delitos.

Ningún cataclismo han provocado esas detenciones. Al contrario, las democracias de esos países han salido fortalecidas y ha aumentado enormemente la confianza de la ciudadanía en sus sistemas políticos.

Aquí, desde Jorge Blanco, sólo ha habido retaliaciones políticas, pero no ha caído preso ningún político de renombre ni familiar suyo por enriquecimiento con dineros públicos o por haber cometido otras “indelicadezas”. (Tejada, 2017).

#### **2.2.1.7.10. Principios procesales aplicables a los medios probatorios**

Según el Código Civil y al Código Procesal Civil (2010), con respecto a los principios procesales en los medios probatorios, ésta señala:

##### **A. Principio dispositivo de los actos procesales**

Este principio procesal dispositivo se basa en que el Juez goza de iniciativa para investigar los hechos, pudiendo actuar los medios probatorios que juzgue pertinentes. Nuestro Código Procesal Civil es concordante en este aspecto al principio

Dispositivo, facultando al juzgador a disponer la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resultan insuficientes para formarse convicción.

Se dispone que esta decisión sea motivada, la misma que tendrá carácter de inimpugnable (Artículo 194° del Código Procesal Civil).

Es opuesto al dispositivo consiste en que el juez no es sujeto pasivo del proceso sino que adopta la calidad de activo por cuanto está facultado para iniciarlo fijar el tema de decisión y decretar pruebas necesarias para establecer hechos, el principio inquisitivo ha sido asignado a los procesos en donde se controvierten o ventilan asuntos en que el estado o la sociedad tiene interés como acontece en el penal por que se considera de índole publica y, por tanto no susceptibles a la de terminación por desistimiento o transacción.

Este principio al igual que el dispositivo no rige con totalidad de sus presupuestos por que las partes gozan de ciertos derechos como es el de solicitar pruebas. (Azula Camacho, 2000)

##### **A. Principio de adquisición de los actos procesales**

Establece, que los medios probatorios una vez ofrecidos y actuados, sus resultados pertenecen al proceso, independientemente de quien los haya ofrecido. Este es un principio eminentemente técnico y, por ende aplicable sin reticencias en un sistema dispositivo, aun cuando se evidencien mejoras resultados dentro del sistema dispositivo, ya que en éste interesa la verdad histórica.

Algunos tratadistas consideran que estos dos principios son diferentes, pero en



verdad se trata más bien de dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambas se refieren a la conducta de las partes y con el fin de obtener la recta administración de justicia.

El principio de concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento.

Tales actuaciones entrañan la inobservancia de un deber y por ello acarrea sanciones de tipo patrimonial y de índole penal, que se imponen tanto a las partes como a su respectivo apoderado. (Azula Camacho, 2000):

### **B. Principio de legalidad de los actos procesales**

Por legalidad debemos de entender la forma como está diseñado en la ley, el ofrecimiento y la actuación de los medios probatorios. En nuestro sistema jurídico, éste varía de acuerdo con las distintas vías procedí mentales que plantea el Código Procesal Civil.

En principio, todos los medios de prueba, aun cuando no estén expresamente considerados en el Código Procesal Civil, son idóneos, si con ellos se logra acreditar los hechos expuestos por las partes y van a producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos, lo que servirá para fundamentar la decisión final (Artículos 188° y 191° del Código Procesal Civil).

### **C. Principio de preclusión de los actos procesales**

El principio de preclusión también rige en cuanto a la prueba. Existe un momento determinado en el cual las partes deben ofrecer sus medios probatorios (Artículo 189° del Código Procesal Civil), un momento para el cuestionamiento de los medios probatorios (Artículo 301° del Código Procesal Civil), un momento para la actuación de los medios probatorios (Artículos 202° y siguientes del Código Procesal Civil).

Cada una de estas etapas mencionadas, son momentos precisos que una vez vencidos los plazos respectivos, se pasa a la siguiente etapa por el principio de la preclusión.

### **D. Principio de inmediación de los actos procesales**

La audiencia de pruebas debe ser dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de

nulidad (Artículo 202° del Código Procesal Civil). Es en la actuación de los medios probatorios donde el Juez adquiere la convicción necesaria, respecto de los hechos que sustentan las pretensiones de las partes, porque es allí donde se tiene la percepción directa del desarrollo de los medios probatorios.

El Juez tiene frente así, a los peritos, a los testigos, a las partes, y a la vez que se forma convicciones respecto de los hechos en sí, utiliza para ellos sus conocimientos de Psicología, de intuición, y en general puede aplicar su experiencia judicial y de la vida para la apreciación de las personas que intervienen en dicho acto.

#### **E. Principio de celeridad y concentración de los actos procesales**

Estos principios se encuentran expresamente reconocidos en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, los cuales se establecen como:

##### **a. El principio de celeridad.**

Se relaciona con la prueba, cuando el Juez admite los medios probatorios pertinentes, declarando improcedentes aquellos que no son necesarios, sea porque los hechos que se pretenden demostrar no son materia de controversia, son hechos imposibles, notorios o de publica evidencia, o porque la otra parte ha admitido los hechos, o son hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario, conforme lo señala el artículo 190° del Código Procesal Civil. Por otro lado, tiene que ver con la organización del propio juzgado, cuando lleva a cabo las audiencias en los días señalados, en especial la audiencia de pruebas, tratando de que la misma se lleve a cabo en un solo acto y en un solo día.

##### **b. El principio de concentración.**

Consiste en la realización del mayor número de actos en un solo acto procesal. En ese sentido, rige este principio, cuando las partes están obligadas a ofrecer todos sus medios probatorios en un solo acto, el actor al presentar su demanda (Artículo 424° del Código Procesal Civil), y el demandado al contestar la misma (Artículo 442° del Código Procesal Civil). Así mismo, cuando el Juez en un solo acto determina la pertinencia o improcedencia de los medios probatorios (artículo 190° del Código Procesal Civil), y finalmente cuando se lleva a cabo la audiencia de pruebas, donde se actuaran todos los medios

probatorios admitidos por el Juez (artículos 206° y 208° del Código Procesal Civil). (Ovalle Favela, 1994)

Principio de concentración. El proceso se debe llevar a cabo en el menor número de audiencias posibles, lo cual facilita la resolución de la controversia.

#### **2.2.1.7.11. Finalidad y fiabilidad de la prueba**

Afirma que para el órgano jurisdiccional, es necesario contar con valoraciones objetivas y subjetivas de los medios probatorios, en tal

Sentido se han desarrollado diversas teorías, que permiten al Juez apreciar y merituar una prueba, siendo éstas: (Idrogo (1999)

##### **a. Establecer la verdad**

La prueba es un medio para el descubrimiento de la verdad de los hechos. Para Alsina, la prueba es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.

La verdad es una, y no siempre se logra llegar a ella a través de las pruebas en un proceso, y no es solo un problema de sistema, ya que ocurrirá lo mismo, bien se trate de un sistema legal o de libre convicción, aun cuando en este último caso, no cabe duda que se tendrá la oportunidad de acercarnos más a la verdad.

##### **b. Lograr la convicción del Juez.**

La verdad es una noción ontológica que corresponde al ser mismo de la cosa que, por lo tanto exige una identidad entre el objeto y la idea o conocimiento que se tenga de él, y que dicha identificación no siempre se da en un proceso, donde se plantea que no tanto el fin de la prueba sea llegar a la verdad, cuanto en producir en el Juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere.

La finalidad de la prueba está dirigida al Juez, para provocar en él convicción con respecto de los hechos expuestos por las partes y que le permitan sustentar su sentencia.

### **c. Posición que asume el Código Procesal Civil.**

El Código Procesal Civil, asume en este tema una posición mixta, y señala en el Artículo 188°, que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Como se observa, la posición del Código Procesal Civil es híbrida, habiendo optado el legislador por no entrar en Conceptualización ni elecciones que podrían dar lugar a controversias de orden teórico. Por nuestra parte asumimos que la verdadera finalidad de la prueba, se encuentra en provocar convicción en el Juez, que es en definitiva quien va a resolver la controversia.

#### **2.2.1.7.12. Los medios de prueba actuados en el caso en estudio.**

- Copia de la DNI de la demandante.
- Partida registral N° 02007669, expedida por registros públicos,, mediante la cual consta el área total del inmueble, particularmente el largo de este, el mismo que es 13.60 mt, y no como lo quiere hacer parecer la parte demandada.
- Copia certificada de la constatación, realizada por la policía, por la cual se deja constancia de la mala fe con que se está actuando, al no dejar transitar a la verdadera dueña del inmueble, en un terreno que es de su propiedad.
- Informe N° 0197-2010-JMRM.EMUSAC.
- Papeleta de habilidad.
- Arancel judicial.
- Cédulas de unificación.

#### **Por parte de demandado.**

- A. copia de DNI.
- Copia fedateada de partida de defunción de O. C. F..
- Copia fedateada de partida de nacimiento de Wilson.
- Copia fedateada de partidas de nacimiento.
- Copia fedateada de partida de nacimiento de M. E.

- Copia fedateada de partida de nacimiento de M.
- Copia fedateada de partida de nacimiento de W.
- Copia fedateada de partida de nacimiento de F.
- Copia fedateada de partida de nacimiento de E.
- Copia legalizada de oficio: N° 0224-74.
- Copia legalizada solicitud con registro N| 1042.
- Copia legalizada de licencia de construcción N° 78.
- Copia legalizada de recibo N° 0367.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 924062.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 738059.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 240100922.
- Declaración jurada de impuesto predial S/N de fecha 27 junio de 1993.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 0901.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 0939.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 6168.
- Declaración jurada del impuesto predial N° 6796.
- Ficha catastral urbana.
- PU. Y H.R del 2011.
- Resoluciones de determinación N° 005149-2009-DGR/MPT, N° 004026-2009 DGR/MPT, N° 004338-2009-DGR/MPT, N° 007446-2009-DGR/MPT, N° 009803-2009- DGR/MPT, N° 002300-2009-DGR/MPT, N° 001145-2009-DGR/MPT.
- Acta extrajudicial de constatación y/o inspección ocular de vivienda en calle Andrés Araujo.
- Copia legalizada de contrato de suministro electrónico con registro N° 4026 del 11 de enero de 1972 y recibo de conexión de agua potable y recibo N°

16295.

- Constancia de habilidad.
- Arancel judicial por ofrecimiento de pruebas.
- Cedula de notificación.

### **2.2.1.7.13. Clases de medios probatorios**

#### **2.2.1.7.13.1. Medios probatorios típicos**

- a. La declaración de parte.
- b. La declaración de testigos.
- c. Los documentos.
- d. La pericia.
- e. La inspección judicial.

#### **2.2.1.7.13.2. Medios probatorios atípicos**

En cuanto a los medios probatorios atípicos, el artículo 193° del Código Procesal Civil, determina que son aquellos no previstos en la lista anterior y están constituidos Por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios; los mismos que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos, y con arreglo a lo que el Juez disponga.

Los medios probatorios atípicos si bien expresamente no están regulados, pueden ser ofrecidos por las partes, y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Por analogía se emplean las reglas de los medios probatorios típicos. Ejemplos: La reconstrucción de los hechos; la huella dactilar. Los sucedáneos de los medios probatorios. La doctrina extranjera lo considera más que meros auxilios de la prueba, como auténticos medios probatorios. El artículo 275 del Código adjetivo lo define como los auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor de los medios probatorios. Los sucedáneos de los medios probatorios son el indicio, la presunción y la ficción legal. a) Indicio. Es un razonamiento lógico inductivo, pues se parte de un

acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto cuando conduce al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia. Artículo 193 código procesal civil:

### **2.2.1.7.13.3. Los documentos**

#### **A. Definición**

Documento es toda representación objetiva del pensamiento, o sea, todo aquello que por medio de rasgos, signos, números, letras, escrituras, etc., nos hace conocer lo que ocurrió en un determinado momento. (Paredes, 2010),

indica que el documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo- representativo, cuando contenga una declaración de quién lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos y privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías (...). (Echandia, 1984),

#### **B. Los documentos en la normatividad legal**

El artículo 233° del Código Procesal Civil, lo define como: -todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.

El artículo 234° del Código Procesal Civil, agrega que: -son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, micro formas, tanto en la modalidad de microfilms como en la modalidad de soportes informáticos y otras Reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos que recojan, que contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

En tal sentido, el documento es una prueba típica y está permitida su presentación en el proceso porque perpetua el recuerdo de los hechos jurídicos, y su importancia radica en la inalterabilidad que asegura su eficiencia objetiva a través del tiempo y en su carácter de ser prueba pre constituida.

## **C. Clases de documentos.**

En la doctrina existen muchas clasificaciones respecto a los documentos, sin embargo la más práctica es la que clasifica os documentos, en públicos y privados.

### **a. Documentos públicos.**

Los documentos públicos son los otorgados o autorizados por funcionario público, o quien por mandato de la ley se encuentra facultado para otorgarlo con tal carácter.

Al respecto, el artículo 235° del Código Procesal Civil, señala que son documentos públicos, los siguientes:

- El otorgado por funcionario en ejercicio de sus atribuciones.
- La escritura pública y demás documentos otorgados ante y por notario público, según la ley de la materia.

### **b. Documentos privados.**

El artículo 236° del Código Procesal Civil, señala que, documento privado es aquel que no tiene características del documento público. Es decir son los otorgados por los Particulares en los cuales no ha intervenido funcionario público alguno, y que puede ser, un contrato celebrado por particulares, una letra de cambio, un cuadro, etc.

#### **2.2.1.8. Las excepciones procesales.**

##### **2.2.1.7.1. Definición**

La *excepción*, en sentido lato equivale a la oposición del demandado frente a la demanda. Es la contrapartida de la acción. En sentido restringido constituye la oposición que, sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente, según se trate de excepción dilatoria o perentoria. Según el (Ossorio, 2003),

Se denomina excepciones a las circunstancias que tienden a ponerle término al proceso o a subsanar las irregularidades existentes y con el objeto de que la actuación siga su curso normal. Las primeras son perentorias o definitivas, las segundas dilatorias o temporales (Azula, 2000) (Castillo y Sánchez, E., 2010).



La excepción es un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal invalida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción (Monroy, 1987) (Castillo y Sánchez, E., 2010).

En sentido general, exclusión de regla o generalidad. Caso o cosa aparte, especial en derecho procesal, título o motivo como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor, por ejemplo, el haber sido juzgado el caso, el estar pagada la deuda, el haber prescrito la acción, el no ser el la persona contra la cual pretende demandarse, etc. (Cabanillas, 2011):

#### **2.2.1.7.2. Jurisprudencia sobre las excepciones**

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción ha establecido lo siguiente:

La excepción es un medio de defensa mediante el cual se cuestiona la relación jurídico procesal o la posibilidad de expedirse un fallo sobre el fondo, por la omisión o defecto de un presupuesto procesal o de una condición de acción; respectivamente (Casación N° 1874-99 / Ica, PP. 4971- 4972)

La excepción es un instituto procesal por la cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor, con ella cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada (Casación N° 1429-98 / PIURA, P. 2479)

#### **2.2.1.7.3. Clases de excepciones procesales**

Castillo, M. y Sánchez, E. (2010) afirman que de acuerdo a lo normado en el artículo 446° del Código Procesal Civil, el demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:

##### **A. Incompetencia.**

La excepción de incompetencia es un medio de defensa procesal dirigido a denunciar vicios en la competencia del órgano jurisdiccional y resulta viable si se plantea una demanda ante un magistrado incompetente por razón de la materia, la cuantía, el grado, el turno o el territorio.

### **B. Incapacidad del demandante o de su representante.**

La excepción de incapacidad del demandante o de su representante es un medio de defensa procesal destinado a impedir que se forme una relación jurídica procesal en el caso de que el accionante o su representante carezcan de capacidad para ejercer los derechos civiles y por ende, para comparecer en un proceso.

### **C. Representación defectuosa del demandante o del demandado.**

La excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado es un medio de defensa procesal destinado a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida por defectos en la representación del demandante o del demandado, por nulidad, falsedad, del poder, o, también por la insuficiencia en la representación, como puede ser el caso del poder incompleto o para ciertos actos procesales.

### **D. Oscuridad en el modo de proponer la demanda**

La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda es un medio de defensa procesal dirigido a denunciar que los fundamentos y el petitorio de la demanda son oscuros, imprecisos o contradictorios, lo que afecta, como es obvio, el derecho de defensa del demandado.

### **E. Falta de agotamiento de la vía administrativa**

La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es un medio de defensa procesal dirigido a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida por iniciarse un proceso antes de haberse agotado la denominada vía administrativa, en los casos en que la ley exija el agotamiento de dicha vía.

### **F. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado**

La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado es un medio de defensa procesal destinado a denunciar, no la falta de titularidad del derecho debatido en juicio, sino la falta de identidad entre las personas que integran la relación jurídica sustantiva o material y las personas que integran la relación jurídica.

### **G. Litispendencia**

La excepción de litispendencia es un medio de defensa procesal orientado a denunciar la existencia de dos procesos en trámite seguidos entre las mismas partes, referidos a las mismas pretensiones e incoados en razón del mismo interés, con el propósito de dar término al segundo proceso, máxime si se corre el riesgo de pronunciamientos contradictorios.

### **H. Cosa Juzgada**

La excepción de cosa juzgada es un medio de defensa procesal orientado a denunciar que existe cosa juzgada en anterior proceso respecto de la cuestión que se quiere hacer valer, por lo que se busca poner fin al segundo proceso, pues los Jueces están impedidos de revivir procesos fenecidos y asuntos ya juzgados. Para ello el segundo Proceso debe ser idéntico (mismas partes, iguales pretensiones e igual interés para obrar) a aquel en que se quiere ejercitar la excepción de cosa juzgada.

### **I. Desistimiento de la pretensión.**

La excepción de desistimiento de la pretensión es un medio de defensa procesal orientado a poner fin a un proceso que resulta idéntico a otro anterior (por ser iguales las partes, las pretensiones y el interés para obrar).

### **J. Conclusión del proceso por conciliación o transacción.**

La excepción de conclusión del proceso por conciliación es un medio de defensa procesal orientado a poner fin a un proceso que resulta idéntico a otro anterior (por ser iguales las partes, las pretensiones y el interés para obrar) que ha terminado porque justamente las partes han conciliado y puesto fin de ese modo al primer proceso.

La excepción de conclusión del proceso por transacción es un medio de defensa procesal destinado a poner término a un proceso que resulta idéntico a otro anterior (por ser iguales las partes, las pretensiones y el interés para obrar) que ha terminado porque precisamente los litigantes han transigido y puesto fin de esa manera al primer proceso.

## **K. Caducidad**

La excepción de caducidad es el medio de defensa procesal orientado a denunciar que el derecho en que se basa la pretensión reclamada en juicio ha caducado, es decir, que ha vencido el plazo dentro del cual el interesado podía exigir la satisfacción de la pretensión y, por ende, se ha extinguido el derecho y la acción Correspondiente.

## **L. Prescripción extintiva**

La excepción de prescripción extintiva es un medio de defensa procesal orientado a poner fin a un proceso por haber vencido el plazo legal para que el interesado pueda ejercitar la acción correspondiente, la misma que, se entiende, ha prescrito.

### **2.2.1.7.4. Efectos de las excepciones.**

afirman que una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446<sup>a</sup> del Código Procesal Civil el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes, previstos en el artículo 451<sup>o</sup> del Código Procesal Civil:

- a. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.
- b. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijara el auto resolutorio.
- c. Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
- d. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

Vencido los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarara la nulidad de lo actuado y la conclusión del

proceso.

- e. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativo, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación transacción, caducidad, o prescripción extintiva. Castillo y Sánchez, 2010)

### **2.2.1.8. El debido proceso formal**

#### **2.2.1.8.1. Definición**

El debido proceso formal, proceso justo o simplemente debido proceso, es un derecho fundamental que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un Juez responsable, competente e independiente. Es un derecho complejo de carácter procesal, porque está conformada por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho, inclusive el Estado, que pretenda hacer un uso abusivo de éstos (Bustamante, 2001).

El Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional, sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que aseguren al justiciable un juzgamiento imparcial y justo, por consiguiente es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial (Ticona, 1994).

Precisa que el debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tiene las partes en el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Estas garantías, principios procesales y derechos tienen como parámetro a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial, como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido

proceso. (Fernández, 2001).

#### **2.2.1.8.2. Elementos del debido proceso.**

El debido proceso corresponde al proceso jurisdiccional en general y particularmente al proceso penal, al proceso civil, al proceso agrario, al proceso laboral, inclusive al proceso administrativo, y aún, cuando no existe criterios uniformes respecto de los elementos, las posiciones convergen en indicar que para que un proceso sea calificado como debido, se requiere que éste, proporcione a la persona la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en derecho. (Ticona, 1994),

Para ello es esencial que la persona sea debidamente notificada al inicio de alguna pretensión que afecte la esfera de sus intereses jurídicos, por lo que resulta trascendente que exista un sistema eficaz de notificaciones que satisfaga dicho requisito.

En el presente trabajo los elementos del debido proceso formal a considerar son:

##### **A. Intervención de un Juez independiente, responsable y competente.**

Lo expresado en el primer elemento es fundamental, porque todas las libertades serían inútiles, sino se les puede reivindicar y defender en el proceso; es decir si la persona no encuentra ante sí, Jueces independientes, responsables y capaces.

Un Juez será independiente cuando actúa al margen de cualquier influencia o intromisión y aún la presión de los poderes públicos o de grupos o de personas.

Un Juez debe ser responsable, porque su actuación tiene niveles de responsabilidad y, si actúa arbitrariamente pueden sobrevenirle responsabilidades penales, civiles y aún administrativas. El freno a la libertad, es la responsabilidad, de ahí que existan denuncias por responsabilidad funcional de los Jueces.

Asimismo, el Juez será competente en la medida que ejerce la función jurisdiccional en la forma establecida en la Constitución y las leyes, de acuerdo a las reglas de la competencia y lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el Perú, los principios y derechos de la función jurisdiccional se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Estado en el artículo 139º, numeral 2, que

se ocupa de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (Gaceta Jurídica, 2010).

### **B. Emplazamiento válido.**

Al respecto, tanto Ticona (1994), así como también se expone en la Constitución Comentada de la Gaceta Jurídica (2010), el sistema legal, especialmente, la norma procesal que está comprendida en este sistema, debe asegurar que los justiciables tomen conocimiento de su causa.

En este orden de ideas las notificaciones en cualquiera de sus formas indicadas en la ley, deben permitir el ejercicio del derecho a la defensa, la omisión de estos parámetros implica nulidad del acto procesal, que necesariamente el Juez debe declarar a efectos de salvaguardar la validez del proceso.

### **A. Derecho a ser oído o derecho a audiencia.**

La garantía no concluye con un emplazamiento válido; es decir no es suficiente comunicar a los justiciables que están comprendidos en una causa; sino que además posibilitarles un mínimo de oportunidades de ser escuchados; que los Jueces tomen conocimiento de sus razones, que lo expongan ante ellos, sea por medio escrito o verbal.

En síntesis nadie podrá ser condenado sin ser previamente escuchado o por lo menos sin haberse dado la posibilidad concreta y objetiva de exponer sus razones.

### **B. Derecho a tener oportunidad probatoria.**

Porque los medios probatorios producen convicción judicial y determinan el contenido de la sentencia; de modo que privar de este derecho a un justiciable, implica afectar el debido proceso.

En relación a las pruebas, las normas procesales regulan la oportunidad y la idoneidad de los medios probatorios. El criterio fundamental es que toda prueba sirva para esclarecer los hechos en discusión y permitan formar convicción conducente a obtener una sentencia justa.

### **C. Derecho a la defensa y asistencia de letrado.**

Este es un derecho que en opinión de Monroy Gálvez, citado en la Gaceta Jurídica

(2010), también forma parte del debido proceso, es decir la asistencia y defensa por un letrado, el derecho a ser informado de la acusación o pretensión formulada, el uso del propio idioma, la publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros.

Esta descripción concuerda con la prescripción del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil; que establece que toda persona tiene derecho a la tutela

Jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, pero en todo caso con sujeción a un debido proceso (Título Preliminar Código Procesal Civil, 2010).

**D. Derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, motivada, razonable y congruente.**

Este derecho se encuentra previsto en el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado; que establece como principio y derecho de la función jurisdiccional: la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

De esta descripción se infiere, que el Poder Judicial en relación a sus –pares, el Legislativo y el Ejecutivo, es el único órgano al que se le exige motivar sus actos. Esto implica que los Jueces serán todo lo independiente que deba ser, pero éstos se encuentran sometidos a la Constitución y la ley.

Finalmente, consideramos que toda sentencia exige ser motivada, debe contener un juicio o valoración, donde el Juez exponga razones y fundamentos fácticos y jurídicos conforme a los cuales decide la controversia. La carencia de motivación implica un exceso de las facultades del juzgador, un arbitrio o abuso de poder.

**E. Derecho a la instancia plural y control constitucional del proceso.**

La pluralidad de instancia consiste en la intervención de un órgano revisor, que no es para toda clase de resoluciones (decretos, autos o sentencias), sino que la doble instancia es para que el proceso (para

La sentencia y algunos autos), puedan recorrer hasta dos instancias, mediante el recurso de apelación. Su ejercicio está regulado en las normas procesales (la casación no produce tercera instancia). Ticona (1994)



### **2.2.1.8.3. Teorías del debido proceso formal**

Sostiene que, en el marco de las teorías del debido proceso se distinguen dos dimensiones: una sustantiva o material y otra adjetiva o formal.

La que más se ha estudiado, desarrollado y regulado ha sido la primera de ellas, que comúnmente se conoce como el conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que formalmente sea válido (ejemplo: prohibición de indefensión, motivación de resoluciones judiciales, igualdad entre las partes, Juez imparcial, entre otros). Sin embargo, en cuanto al estudio de la dimensión sustantiva, llamada debido proceso sustantivo, poco se ha avanzado y su desarrollo en las fuentes del derecho es aún insuficiente. PALMA (2005)

#### **A. Debido proceso sustantivo**

El debido proceso sustantivo constituye un patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución Política al Legislador y la ley al organismo administrativo y judicial, lo axiológicamente válido del actuar de estos órganos, es decir hasta donde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio, la libertad del individuo. (Linares, 1970),

Define al debido proceso sustantivo, como:

El debido proceso sustantivo, implica una garantía de ciertos contenidos de justicia en la decisión judicial, administrativa u otra similar, aplicando la razonabilidad y proporcionalidad de las leyes en los casos sometidos a consideración. Bustamante, 2001)

#### **B. Debido proceso adjetivo**

El debido proceso adjetivo es un derecho fundamental, por cuanto se encuentra conformado por un conjunto de otros derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes que hacen posible la eficacia y validez del proceso formal, oponible a todos los poderes del Estado e incluso a los particulares, y en su esfera objetiva como un instrumento procesal para que el proceso no devenga en nulo, supone la base sobre la que se asienta la tutela judicial y extrajudicial a fin de llegar a la solución de los conflictos y conseguir la tan ansiada paz social en justicia. (Palma,

2005).

#### **2.2.1.8.4. Jurisprudencia sobre el debido proceso**

Palma (2005), con respecto a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional, señala:

Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha reconocido explícitamente, la dimensión sustantiva del debido proceso en algunas de sus sentencias, entre ellas, en el expediente N° 1223-2003-AA/TC; donde ha sostenido que el proceso no puede ser visto única y exclusivamente desde una perspectiva procedimental, sino, como un instrumento para alcanzar la justicia, aplicando los componentes de los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, donde debe privilegiarse el cumplimiento de las finalidades del proceso sobre el cumplimiento de las formas propiamente dichas.

#### **2.2.1.8.5. Principios relacionados al debido proceso**

##### **2.2.1.8.5.1.El principio de congruencia procesal.**

En el sistema legal peruano, está previsto que el Juez debe emitir las resoluciones judiciales, y en especial la sentencia, resolviendo todos y únicamente los puntos controvertidos, con expresión precisa y clara de lo que manda o decide.

Por tanto al deber de suplir y corregir la invocación normativa de las partes (iura novit curia), existe la limitación impuesta por el Principio de Congruencia Procesal para el Juez, porque éste solamente debe sentenciar según lo alegado y probado por las partes (TICONA, 1994).

Por el principio de congruencia procesal, el Juez no puede emitir una sentencia ultra petita (mas allá del petitorio), ni extra petita (diferente al petitorio), y tampoco citra petita (con omisión del petitorio), bajo riesgo de incurrir en vicio procesal, el cuál puede ser motivo de nulidad o de subsanación (en vía de integración por el Juez superior), según sea el caso, (Cajas, 2008).

##### **2.2.1.8.5.2.El principio de la motivación de las resoluciones judiciales.**

La motivación comprende el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión.

Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar y en exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. No equivale a la mera explicación de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión.

Para fundamentar una resolución es indispensable que ésta se justifique racionalmente; es decir, debe ser la conclusión de una inferencia o sucesivas inferencias formalmente correctas, producto del respecto a los principios y a las reglas lógicas. Para, ALCA, J., (2006)

Define que los fines de la debida motivación tienen efectos fuera y dentro del proceso. En una dimensión endoprocesal, la motivación busca en principio que las partes conozcan los fundamentos y razones determinantes de la decisión judicial lo que llevará o permitirá que posteriormente tengan la posibilidad de impugnarla cuando no están de acuerdo con lo sentenciado por el juez. En el mismo sentido, la dimensión endoprocesal cumple la función de generar autocontrol en el juez al momento de decidir, con lo cual el juez debe controlar el sentido, alcance de su decisión y la forma en que justifica la misma.

La obligación de fundamentar el recurso de nulidad tiene origen constitucional en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política de 1993, el cual consagra el principio de la función jurisdiccional y obligación de los magistrados de motivar en todas las instancias las resoluciones judiciales, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. En contrapartida a la obligación de los magistrados, las partes intervinientes en el proceso penal tienen la obligación de fundamentar los recursos que impugnen autos o sentencias. De dicho artículo constitucional se desprende que las partes procesales están en la obligación de fundamentar sus recursos señalando: 1) La violación de la norma penal (procesal o sustantiva) o constitucional, si es que la hubiere; y/o, 2) Los fundamentos y medios de prueba con los cuales desvirtúa los argumentos esgrimidos en la resolución impugnada. El antecedente inmediato de la motivación de las resoluciones aparece Evidente en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La fundamentación y razonable motivación de toda decisión jurisdiccional, no sólo de los fallos definitivos o declaraciones de certeza, constituyen una de las principales garantías

constitucionales de la administración de justicia en la conformación del debido proceso legal y tiene una necesaria raíz común con la publicidad de los procesos judiciales.

Es necesario tener presente que la motivación es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, junto a su importancia son de tal magnitud que la doctrina considera como un elemento del debido proceso, situación que ha contribuido para extender su ámbito no solo a las resoluciones judiciales, sino también a las administrativas y a las arbitrales. Zavaleta (2004)

#### **2.2.1.8.5.3.El deber constitucional de motivar**

Franciskovic (2004). Afirma la necesidad del deber constitucional sobre la motivación en las sentencias se encuentra establecida en el artículo 139° numeral 5) de nuestra Constitución Política del Perú, como un derecho constitucional y por ende un derecho fundamental a un debido proceso.

Así mismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 12° hace referencia a la motivación como un principio general, es decir como una pauta que guía todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico.

Por otro lado, en el Código Procesal Civil encontramos en el artículo 50° numeral 6), como un deber del Juez el de motivar las sentencias, es decir que su incumplimiento origina sanciones de diversa índole, y el artículo 122° numeral 3) también prescribe y contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por el Juez es causal de nulidad.

#### **2.2.1.9. La sentencia.**

##### **2.2.1.9.1. Definición**

Es una resolución judicial realizado por un Juez a través del cual se pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal (CAJAS, 2008).

Para el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio M., (2003), la sentencia es la declaración del juicio y resolución del Juez. Modo normal de

extinción de la relación procesal (Alsina).

La sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso, decidiendo las pretensiones formuladas por las partes es decir constituye la resolución que resuelve el proceso; el artículo 245° de la L.O.P.J señala que se denominarán sentencias las resoluciones judiciales, que "decidan definitivamente el pleito o causa, en cualquier instancia o recurso, o cuando según las leyes procesales deban revestir esta forma".

Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento.

Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución del procesado.

Resolución judicial, en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso (Cabanellas).

La sentencia es el acto jurídico procesal emanado del Juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones reciprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura (Bacre, 1992).

El análisis de esta exposición normativa está prevista en el artículo 121° parte in fine del Código Procesal Civil, en ella se establece que la sentencia es entendida como el acto mediante el cual, el Juez decide el fondo de las cuestiones controvertidas en base a la valoración conjunta de los medios probatorios, explicitando los argumentos en forma entendible, cuyos efectos trascienden al proceso en que fue dictada, porque lo decidido en ella no puede ser objeto de revisión en ningún otro proceso. Por eso se dice que existe Cosa Juzgada.

#### **2.2.1.9.2. Estructura de la sentencia.**

sostiene que de acuerdo al Manual de Redacción de la Resoluciones Judiciales de la Academia de la Magistratura, la estructura de la sentencia, comprende, la parte expositiva, considerativa y resolutive, la primera presenta la exposición sucinta de

la posición de las partes, básicamente sus pretensiones, en cambio la segunda, presenta la fundamentación de las cuestiones de hecho de acuerdo con la valoración conjunta de los medios probatorios, y la fundamentación de las normas a aplicarse al caso concreto; y la tercera, evidencia la decisión que el órgano jurisdiccional ha tomado frente al conflicto de intereses. León, R., (2008),

Franciskovic (2004) con respecto a la estructura de la sentencia, señala:

En ese sentido, una sentencia en el Perú puede contener la siguiente estructura y apartados.

**A. Encabezamiento.**

- a. La indicación del lugar y fecha en que se expiden.
- b. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden.

**- Antecedentes de hecho.**

La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión.

**- Fundamentos de derecho.**

Los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. Este apartado contiene la motivación de la sentencia.

**- Fallo.**

La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente.

El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso.

La condena en costas y costos y, si procediera, de multas, o la exoneración de

su pago.

### **2.2.1.9.3. Fundamentación judicial de las sentencias.**

Al respecto sostiene que, fundamentar un fallo cumple, esencialmente cuatro funciones básicas, de las cuales las dos primeras se acostumbran poner sobre el tapete:

- a. La primera, y más evidente, es la que se podría denominar del tipo endoprosesal. Es decir plasmar por escrito las razones en virtud de las cuales se toma una decisión determinada, sirve como un mecanismo interno para que los tribunales superiores puedan ejercer un control, aunque sea mínimo, de los alegatos esgrimidos por las instancias inferiores.

Este control puede llevarse a cabo también por medio de los abogados de las partes, quienes conocerán así los argumentos que deben combatir en los recursos de revocatorias y apelación.

- b. La segunda tarea que cumple la fundamentación de una sentencia judicial, tiene que ver con la presunta -racionalidadll de las sentencias judiciales y del Derecho en general.

De allí que por más abiertamente despótico e irracional que se comporte un ordenamiento jurídico, siempre prevalecerá en la conciencia de las personas el deseo real o ilusorio de que las decisiones que allí se cosechen sean justas y racionales.

- c. Una tercera función que cumple la fundamentación de los fallos judiciales se refiere a la legitimación del poder ejercido por el Estado sobre los ciudadanos. Una sentencia, independientemente de si ésta es -racionalll o no, implica ejercicio directo de las potestades de imperio de la administración pública.

Es probable que si el Estado no motivara sus decisiones o al menos no aparentara hacerlo, se enfrentara, tarde o temprano, con el poder de las masas clamando por -justicia.

- d. La fundamentación de los fallos judiciales cumple, la importante función de legitimar la administración de justicia frente a distintos foros de la sociedad. Así, suele suceder que los Jueces motiven las sentencias teniendo en mente

cuatro grupos de personas a las que se intenta convencer de la bondad del fallo:  
(Nieto, 2000)

#### **2.2.1.9.4. Funciones de la motivación**

Ningún Juez, está obligado a darle la razón a la parte pretendiente, pero si está abocado a indicarle las razones de su sin razón. Esta experiencia de fundamentar, de basar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas, es una garantía para la prestación de justicia que deviene, en esencia de dos principios: imparcialidad e impugnación privada. El principio en estudio se relaciona con el principio de imparcialidad, porque la fundamentación de una resolución es la única evidencia que permite comprobar si el juzgador ha resuelto imparcialmente la contienda.

La motivación de las resoluciones judiciales también permite a los justiciables conocer las causas por las cuales la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada y esto, en buena cuenta, hace viable que quien se sienta agraviado por la decisión del Juez pueda impugnarla, posibilitando el control por parte de los órganos judiciales superiores y el derecho a la defensa.

El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable a una decisión judicial. La motivación, señala Colomer (2003, 38), -es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley. No basta entonces que se explique cuál ha sido el proceso psicológico, sociológico para llegar a la decisión sino demostrar o poner de manifiesto que las razones por las que se tomó una decisión son aceptables desde la óptica del ordenamiento.

Los fines de la debida motivación tienen efectos fuera y dentro del proceso; en una dimensión endoprocesal, la motivación busca en principio que las partes conozcan los fundamentos y razones determinantes de la decisión judicial lo que llevará o permitirá que posteriormente tengan la posibilidad de impugnarla cuando no están de acuerdo con lo sentenciado por el juez. En el mismo sentido, la dimensión endoprocesal cumple la función de generar autocontrol en el juez al momento de decidir, con lo cual el juez debe controlar el sentido y alcance de su decisión y la forma en que justifica la misma pero las funciones de la motivación de las



resoluciones judiciales, según el (T.C, 2005) son:

- a. Función Endoprocésal.** Cuando una resolución judicial está debidamente motivada facilita, por una parte, el ejercicio de otros derechos como el de defensa, el de pluralidad de instancia y el de impugnación, y por la otra, garantiza su adecuado control por la instancia superior.
- b. Función Extraprocésal.** El juez se expresa hacia la sociedad en general mediante sus resoluciones judiciales, una adecuada motivación de las mismas demuestra la imparcialidad con la que procede en cada caso concreto. Un análisis especializado de las resoluciones judiciales debidamente motivadas, da cuenta de la aplicación de las normas del sistema jurídico, lo que permite controlar su racionalidad.
- c. Función Pedagógica.** En cada resolución judicial debidamente fundamentada, se aplica el derecho material otorgando protección a quien solicita tutela jurisdiccional, en tal sentido, las resoluciones judiciales pueden cumplir un rol orientador no sólo para sus destinatarios inmediatos, sino para la ciudadanía en general, de manera que la conducta debida pueda basarse en el contenido de las resoluciones judiciales.

#### **2.2.1.9.5. La fundamentación de los hechos**

En las resoluciones judiciales los fundamentos de hecho y de derecho no aparecen en compartimientos diferentes y separados, deben estar ordenados sistemáticamente.

No se piense que la calificación jurídica del caso sub iudice es un acto aislado, en el sentido que ésta indica cronológicamente después de fijar el material fáctico, pues no es raro que el juzgador vaya de la norma al hecho y viceversa, cotejándolos y contrastándolos, con miras a las consecuencias de su decisión.

Se debe tener presente que cuando se piensa en los hechos se hace considerando que son jurídicamente relevantes, y tampoco no debe perderse de vista que hay hechos jurídicamente condicionados o definidos en relación al derecho, por ejemplo: posesionario, propietario, etc.

El Juez al aplicar la norma jurídica pertinente debe tener en mira los hechos que se subsumirán dentro del supuesto normativo, y a su vez, entre todos los hechos

alegados, debe rescatar solo aquellos jurídicamente relevantes para la solución del caso.

Al respecto, Franciskovic (2004) afirma que la motivación de los hechos en cualquier proceso debe ser razonada, con ello éste se hace público para todos y susceptible de ser revisada su corrección y racionalidad en una instancia superior.

Pensamos que la valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios pueden entenderse verdaderas (o Probables en grado suficiente), es decir en determinar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, la explicitación de las razones que apoyan las verdades de esas afirmaciones, entonces es necesaria la motivación de las razones que tiene que ver con el elemento fáctico.

#### **2.2.1.9.6. La fundamentación en derecho.**

En los fundamentos de derecho se expresarán en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

Requisitos para una adecuada motivación de las resoluciones judiciales: Desde el punto de vista deóntico, específicamente desde el punto de vista del «deber ser jurídico», la motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico, instituido por la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional.

La demostración precedente está dada por la prescripción del inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Su finalidad es servir como una de las «garantías de la Administración de Justicia». De modo que, concretizada que fuere el supuesto de tener que expedir una resolución judicial, el juez que la debe expedir asume, ipso jure, el deber de motivarla adecuadamente.

Aquella parte de la proposición jurídica constitucional citada en el artículo 139° señala: –La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se ha hecho, se sustentan...‖. Lamentablemente, en

La práctica, es un deber susceptible de ser infringido. Pero, a la vez, es necesario tener presente que la infracción de un deber jurídico trae consigo la correspondiente sanción también jurídica.

Afirma que a diferencia de la motivación fáctica o de los hechos y la necesidad de la prueba judicial, la exigencia de que la motivación esté fundada en derecho posee un mayor desarrollo conceptual.

La justificación de la decisión jurídica de la causa ha de ser específicamente una motivación fundada en derecho, es decir una aplicación racional del ordenamiento jurídico al caso concreto, sin que pueda al respecto, no satisfacerse las exigencias constitucionales del deber de motivación, con una justificación que no sea jurídica, es decir que no sea fundada en derecho. Franciskovic (2004)

Entonces, advertimos que son requisitos exigidos para garantizar que la motivación del juzgador constituya una aplicación racional del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento; que la justificaron se respete y no vulnere derechos fundamentales, y que la motivación establezca una adecuada conexión entre los hechos y las normas, siendo requisitos los siguientes:

**A. La justificación del juzgador debe de ser, la consecuencia de una aplicación racional de la ley.**

El Juez debe enlazar su decisión con el conjunto de normas vigentes, para de este modo garantizar que la decisión y su correspondiente justificación sean jurídicas por estar y venir apoyadas en normas del ordenamiento jurídico vigente; si el juzgador quiere que la justificación de la decisión sobre el juicio de derecho esté fundada en derecho deberá lograr que la motivación acredite que la decisión es consecuencia de

Una racional aplicación del sistema de fuentes.

En este sentido se deben distinguir tres grandes operaciones que integran una aplicación racional del sistema de fuentes; los cuales son:

**B. Selección de la norma a aplicar:**

Lo primero que debe hacer el juzgador a la hora de decidir sobre el juicio de derecho, es seleccionar una norma aplicable que le permita resolver la causa.

Dicha norma seleccionada debe:

- a. Ser vigente y válida:** Se trata de verificar la legalidad de la norma a aplicarse.

Este control de la legalidad se extiende a verificar, de una parte, la vigencia de la norma seleccionada, o lo que es lo mismo, a comprobar que el precepto no haya sido derogado o abrogado del ordenamiento (validez formal) y, de otra parte verificar su constitucionalidad y legalidad (validez material). Por tanto, toda norma elegida por un Juez para respaldar su decisión sobre el juicio habrá de estar vigente y ser válida.

- b. Ser adecuada a las circunstancias del caso:** Esto es, se obliga a los Jueces a seleccionar como justificación de sus decisiones aquellas normas que se corresponden con el objeto del proceso señalado por las partes, así la motivación debe ser acorde con el objeto del proceso diseñado por las partes y resulta evidente que, una motivación en la que se empleen normas de justificaron que no sean coherentes con las pretensiones de las partes, no constituirá una racional aplicación del sistema de fuentes.

- c. Las peticiones de las partes:** El parámetro es el petitum de la pretensión, ello supone que los Jueces no podrán dictar resoluciones al margen de las peticiones de las partes y que los juzgadores no podrán utilizar para justificar sus decisiones, normas cuyo efecto jurídico no se corresponda con alguna de las pretensiones formuladas.

- d. Las alegaciones de las partes:** Para ello resulta imprescindible revisar:

- **Alegaciones fácticas:** El juzgador necesariamente habrá de escoger aquellas normas que sean conformes con los hechos introducidos por las partes del proceso en virtud del principio dispositivo y el de aportación de parte.
- **Alegaciones jurídicas:** Los Jueces no se encuentran vinculados por éstas a la hora de seleccionar la base normativa de la motivación, pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, gracias a la aplicación del principio iura novit curia.

### **C. La correcta aplicación de la norma.**

La finalidad de este control es verificar que la aplicación de las normas al concreto caso sea correcta y conforme a Derecho, con estricto respeto de los criterios de aplicación normativa.

Se trata, pues, de verificar que las normas empleadas en la motivación estén perfectamente interrelacionadas con el resto del ordenamiento. Para ello el Juez ha de vigilar que usara y aplicará las normas que justifican su decisión y que no esté vulnerando ninguna de las reglas de aplicación normativa previstas en el ordenamiento jurídico.

### **D. Válida interpretación de la norma.**

El Juez debe en tercer lugar, realizar una válida interpretación de la norma para dar significado a la norma previamente seleccionada. Los requisitos que debe cumplir una racional interpretación de las normas para poder fundar adecuadamente la decisión que se adopte sobre la base de dicha interpretación de las normas o declaraciones, para la resolución de la controversia, pueden ser:

- a. Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de criterios hermenéuticos legalmente previstos.

De ahí que sea necesario exigir de todo Juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical.

- b. La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativos, que implica razonabilidad.
- c. La adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la consecuencia establecida por la norma no esté plenamente determinada.

#### **2.2.1.9.7. Requisitos para una adecuada motivación de las resoluciones judiciales.**

Desde el punto de vista de Igartúa (2009), los requisitos de una adecuada motivación

comprenden:

**a. La Motivación debe ser expresa.**

Cuando el juzgador expide un auto o una sentencia debe consignar taxativamente las razones que lo condujeron a declarar inadmisibile, admisible, procedente, improcedente, fundada, infundada, válida, nula; una demanda, una excepción, medio probatorio, medio impugnatorio, acto procesal de parte, o resolución, según corresponda.

**b. La motivación debe ser clara.**

Hablar claro es un imperativo implícito en la redacción de las resoluciones judiciales, de modo que éstas deben emplear un lenguaje asequible a los intervinientes en el proceso, evitando proposiciones oscuras, vagas, ambiguas o imprecisas.

**c. La motivación debe respetar las máximas de experiencia.**

Las máximas de experiencia no son jurídicas propiamente dichas, son producto de la vivencia personal, directa y transmitidas, cuyo acontecer o conocimiento se infieren por sentido común.

Se definen como aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que puede extraerse puntos de apoyo sobre como sucedió el hecho que se investiga.

Su importancia en el proceso es crucial, porque sirven para valorar el material probatorio, conducir el razonamiento del Juez y motivar las resoluciones judiciales.

**d. La motivación como justificación interna y externa.**

Según, Igartúa (2009) comprende:

**a. La motivación como justificación interna**

Lo que primero debe exigirse a la motivación es que proporcione un armazón argumentativo racional a la resolución judicial

En la sentencia, la decisión final o fallo, va precedida de algunas decisiones sectoriales. En otras palabras, la decisión final es la culminación de una cadena de opciones preparatorias (que norma legal aplicar, cuál es el significado de esa norma, que valor otorgar a ésta, o aquella prueba, que criterio elegir para cuantificar la consecuencia jurídica, etc.).

Cuando las premisas son aceptadas por las partes y por el Juez, sería suficiente la justificación interna, pero por lo común la gente no se demanda, tampoco se querrela, ni se denuncia para que los Jueces decidan, si dada la norma N y probado el hecho H, la conclusión resultante ha de ser una condena o la absolución.

Las discrepancias que enfrentan a los ciudadanos casi siempre se refieren si la norma aplicable es la N1 o la N2, porque disienten sobre el artículo aplicable o sobre su significado o si el hecho H, ha sido probado o no, o si la consecuencia jurídica resultante ha de ser la C1 o la C2. Esta descripción muestra que los desacuerdos de los justiciables giran en torno a una o varias de las premisas. Por tanto, la motivación ha de cargar con la justificación de las premisas que han conducido a la decisión, es decir con una justificación interna.

**b. La motivación como justificación externa**

Cuando las premisas son opinables, dudosas u objeto de controversia, no hay más remedio que aportar una justificación externa, de allí que deben seguirse nuevos

Rasgos de cómo debe ser el discurso motivatorio; en este contexto, la justificación externa comprende:

**c. La motivación debe de ser congruente.**

Debe emplearse una justificación adecuada a las premisas que hayan de justificarse, pues no se razona de la misma manera una opción a favor de tal o cual interpretación de una norma legal, que la opción a considerar como probado o no tal o cual hecho. Pero si, la motivación debe ser congruente con la decisión que intenta justificar, parece lógico inferir que también habrá

de serlo consigo misma, de manera que sean recíprocamente compatibles todos los argumentos que componen la motivación.

**d. La motivación debe ser completa.**

Es decir, han de motivarse todas las opciones que directa o indirectamente y total o parcialmente pueden inclinar el fiel de la balanza de la decisión final hacia un lado o hacia el otro.

**e. La motivación debe ser suficiente.**

No es una exigencia redundante de la anterior (la -completitud, responde a un criterio cuantitativo, han de motivarse todas las opciones, la -suficiencia, responde a un criterio cualitativo, las opciones han de estar justificadas suficientemente).

No se trata de responder a una serie infinita de porqués. Basta con la suficiencia contextual, por ejemplo, no sería necesario justificar premisas que se basan en el sentido común, en cánones de razón generalmente aceptadas, en una autoridad conocida o en elementos tendencialmente reconocidos como válidos en el ambiente cultural en el que se sitúa la decisión o por los destinatarios, a los que ésta se dirige;

En cambio la justificación se haría necesaria cuando la premisa de una decisión no es obvia, o se separa del sentido común de las indicaciones de autoridades reconocidas, de los cánones de razonabilidad o de verosimilitud.

Al respecto, señala que la decisión judicial puede ser analizada desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de su estructura, examinando los elementos de que está compuesta y la relación entre los mismos, y desde el punto de vista de su fuerza, esto es, en qué medida las premisas del razonamiento son -buenas razones para apoyar la conclusión, puesto que no todas las razones son buenas razones.

Estos aspectos, diferentes pero complementarios del razonamiento, son denominados en la literatura jurídica: justificación interna y justificación externa y ambos son relevantes de cara al análisis del razonamiento judicial.

La distinción entre ambos aspectos de la justificación es clara. A la



justificación externa le compete el análisis de las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial.

El problema que la justificación externa plantea, es que no puede establecerse a priori cuáles son las –buenas razones–.

La justificación interna por su parte, tiene por objeto examinar la coherencia entre las premisas y la conclusión; esto es, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas. En este caso y a diferencia de lo que sucede con la justificación externa, se considera que si existen estas reglas, son las reglas de la lógica. Franciskovic (2004)

El hecho de que en ocasiones pueda haber más de una solución racional a un caso

Individual, no significa que cualquier solución lo sea, por lo que a tenor de la aplicación del adecuado derecho, éste conlleva las siguientes decisiones parciales:

- a. Decisión de validez y aplicabilidad.
- b. Decisión de interpretación.
- c. Decisión sobre la prueba.
- d. Decisión de subsunción
- e. Decisión de consecuencias.
- f. Decisión final.

Por lo que, la validez material de la justificación externa se refiere, la decisión judicial debe cumplir las siguientes condiciones:

- a. Que las razones sean explícitas: para que una decisión judicial pueda considerarse justificada, sus premisas y las razones de la decisión, deben ser explícitas
- b. Que las razones sean válidas: esta condición incluye dos acciones:
- c. Que la justificación sea armoniosa con la naturaleza de las premisas objeto de justificación y que las razones sean compatibles.

- d. Que la justificación sea completa: en el sentido que justifique todas aquellas opciones que directa o indirectamente, total o parcialmente decidan la cuestión en uno u otro sentido.
- e. Que las razones sean suficientes: cada una de las decisiones parciales debe estar

- f. Justificada en grado suficiente, lo que dependerá de la complejidad de las premisas objeto de justificación.
- g. Que las razones sean concluyentes: las razones en apoyo de una decisión pueden ser varias y apoyar por tanto soluciones divergentes, por esta razón la justificación deberá poner de relieve la fuerza de cada una de las razones y la relación entre las mismas.

## **2.2.2. Desarrollo de instituciones jurídicas sustantivas relacionados con las sentencias en estudio**

### **2.2.2.1. Identificación de la pretensión resulta en la sentencia**

Conforme a lo expuesto en la sentencia la pretensión, respecto al cual se pronunciaron en ambas sentencias fue: desalojo por ocupación precaria (Expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01).

### **2.2.2.2. Desarrollo de instituciones jurídicas previas, para abordar el desalojo por ocupación precaria**

La materia motivo del análisis de mi expediente, a efectos de concluir con la hipótesis de la prueba de investigación, en forma genérica corresponde a los Derechos Reales, que en nuestro ordenamiento jurídico del Código Civil Peruano se encuentra ubicado en el Libro V, entre los artículos 881° al 1131°, y dentro de este libro se encuentra la posesión; que es el tema específico de mi trabajo, incluido y sintetizado aún más bajo la denominación de la posesión precaria.

#### **2.2.2.2.1. Derechos Reales.**

##### **2.2.2.2.1.1. Definición**

Ortega (2010) afirma que el Derecho Real, es el poder jurídico que un sujeto ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico, y es además oponible a terceros.

El Derecho Real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto), una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al uso y goce del

derecho real.

#### **2.2.2.2.1.2. Características de los Derechos Reales.**

Siguiendo a Ortega (2010), sobre las características de los Derechos Reales, sostiene:

- a. Es un derecho absoluto: es decir no reconoce límites. Hoy en día se reconocen más límites a favor de la sociedad.
- b. Es de contenido patrimonial: solo importa aquello que sea susceptible de valoración económica. Los derechos reales conjuntamente con los derechos de créditos e intelectuales constituyen los derechos patrimoniales.
- c. Es un vínculo entre una persona y una cosa, y solo a nivel subsidiario es un vínculo entre dos personas.
- d. Es una relación inmediata, pues el uso y goce de las cosas es de manera directa, sin necesidad de ningún acto de terceros.
- e. Se ejerce contra todos.
- f. Se rige por el principio de la legalidad, pues solo existen aquellos derechos reales creados por la ley.

#### **2.2.2.2.2. La propiedad**

##### **2.2.2.2.2.1. Definición**

Morán (s/f), sobre la definición de propiedad, manifiesta:

La propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio M., (2003), define a la propiedad como sigue:

El Código Civil Peruano (2010), en el artículo 923° con referencia a la propiedad, indica que *La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.*

En nuestro concepto, entendemos que la propiedad no es más que el dominio que una persona tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad, dotándola de la facultad legítima de gozar y disponer de la cosa, con exclusión del arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro.

#### **2.2.2.2.2.2.La propiedad como concepto legal.**

Ramos (2008), al comentar sobre el artículo 70° de la Constitución Política del Estado, afirma que para el ejercicio de la libertad y derecho de la propiedad, las leyes establecen que es el Estado quien garantiza la inviolabilidad del derecho de la propiedad, tal como se señala en el artículo 70° de la Constitución Política del Estado.

*Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.*

En síntesis, se puede afirmar, que la propiedad está considerada como un derecho real por excelencia, puesto que se trata de un poder otorgado a una persona por un ordenamiento jurídico, sobre un determinado bien, con las limitaciones establecidas en las leyes. (Ramos, 2008).

#### **2.2.2.2.2.3.Características del derecho de propiedad.**

Según la ponencia de Castillo (s.f), se pueden mencionar como características de la propiedad a las siguientes:

- a. La primera característica del derecho de propiedad, es la de la posesión del bien, ya sea inmueble o mueble, entendiéndose como posesión la retención de una cosa o el disfrute de un derecho con ánimo de dueño; y tenencia, la retención o el disfrute sin ese ánimo.
- b. La segunda característica del derecho de propiedad, es el usufructo del bien,

entendiéndose como usufructo el derecho real que es independiente de lo que tenga el propietario o un tercero, para obtener beneficios pecuniarios o de otra índole.

- c. La tercera característica de la propiedad, es la nuda propiedad. Definiéndose la nuda propiedad como el derecho que se le reconoce al propietario como dueño absoluto del bien inmueble, desprovisto de la posesión y del usufructo; que en base a su propio derecho de disposición, puede delegar su derecho de posesión y su derecho de usufructo, con fines personales para obtener un lucro, o traspasar la propiedad a un tercero, reservándose el derecho de posesión y usufructo.

### **2.2.2.2.3. La posesión**

#### **2.2.2.2.3.1. Etimología.**

Con respecto al origen del término de la posesión, señala que la palabra posesión deriva de los vocablos latinos: *possessio- possessionis*, que significa tener materialmente una cosa corporal con el ánimo de apropiársela o conservarla para sí. Corominas (1961)

#### **2.2.2.2.3.2. Definición**

Las definiciones normativas juegan un rol esencial en el sistema jurídico para tipificar hechos de la realidad, ordenar sistemáticamente las figuras, y por consiguiente lograr seguridad jurídica en la aplicación de derecho. El art 896 contiene la definición legal de la posesión. Art. 896 CC: la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Por cuya virtud, se permite identificar si un determinado supuesto concreto se subsume en la hipótesis normativa.

Por ejemplo, una situación de la vida que sea calificada como posesoria produce el efecto de arrastrar las reglas previstas para dicha institución, específicamente la defensa de la posesión que regula los arts. 920 y 924 CC. Por el contrario, si dicha circunscripción queda fuera de la definición, entonces el complejo normativo de la posesión no le será aplicable.

El problema, sin embargo, se encuentra en la pobreza de la definición legal, por obra de su excesiva generalidad cuando dice que la posesión es “el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad”, lo que casi es lo mismo decir que se trata de un “poder de hecho “o señorío de hecho. (García Valdecasas, 2006).

Es necesario superar ese tipo de nociones que nada agregan o que repiten el objeto definido con otras palabras. Si seguimos literalmente la noción legislativa, en nada se ayuda al intérprete, ni se facilitan las cosas al juez. No obstante, es necesario salir de la resignación que abecés invade la doctrina en esta materia, pues, normalmente, se piensa que la ley no puede avanzar más allá de meras generalidades, en cuanto la posesión sería “una noción propia de la conciencia general”, lo que haría casi imposible encerrarlo en alguna definición precisa. Esta lamentación no es correcta, pues de antemano le estaría colocando una cortapisa al conocimiento humano.

Por tal motivo, proyectamos una definición realmente analítica (que incluya los distintos elementos que configuran el objeto estudiado) y, además, anclada en la realidad de la vida, esto es, con utilidad práctica y aplicación en el mundo de los tribunales. La definición propuesta es la siguiente: la sola posesión es el control voluntario de un bien, con relativa permanencia o estabilidad, destinada al beneficio propio (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento.

Haremos un análisis de cada uno de los elementos componentes de la posesión.

En primer lugar, el control implica que él tiene injerencia efectiva sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferirlo físicamente en cualquier momento, a sola voluntad. Los alemanes dirían que se tiene la “facultad de intervención”. En otras palabras, la cosa se encuentra bajo la disponibilidad y sujeción del poseedor, que puede usarla o no por tanto, se encuentra dentro de la esfera de dominación y afectación de hecho.

Por ejemplo, alguien estaciona su vehículo en la calle por dos días sin moverlo del lugar. Es cierto que no hay contacto físico del sujeto sobre el auto, pero ello no obsta para reconocerle el control, pues en cualquier momento puede ejercer su intervención. En tal caso, se mantiene la posesión por la potencialidad de actuar sobre la cosa, se mantiene la posesión por la potencialidad de actuar sobre la cosa, pero no por la interferencia directa en cada instante temporal. Cuando el código civil

dice que la posesión es el “ejercicio de hecho”(art.896) entonces hay que entenderlo referido al concepto más preciso de posibilidad de control. Distinto en el caso del huésped en un centro de hospedaje, pues carece de dominio sobre la habitación que ocupa; a diferencia del titular del hotel, que maneja las llaves, los horarios, el destino de la cosa, y que cuenta con personal de que vigila y decide el destino del bien, etc. Por tanto, el huésped no es poseedor, en tanto no puede inferir por sí mismo sobre la cosa, lo cual implicaría por ejemplo que pueda despedir a los vigilantes a cambiar los usos de la habitación. Nótese que en este caso paradigmático existe una persona que tiene contacto físico sobre el bien, pero eso no lo convierte en poseedor, pues carece de control o dominio de la situación. Por tanto, queda en claro que el término de “control “resulta ampliamente preferible para significar la idea que está detrás o subyace en la posesión.

El control que se ejerce sobre la cosa permite deducir que la posesión necesita de una situación de relativa permanencia o estabilidad, porque los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. Por ejemplo, quien pide prestado un lapicero solo para estampar una firma no es poseedor. Otro caso análogo sucede cuando alguien entra en el jardín de su vecino solo para guarecerse bajo un árbol del sol inclemente. IBID., P.10.

El artículo 904 CC señala que no se pierde la posesión cuando se producen impedimentos pasajeros, en consecuencia, no se adquiere el control de la cosa. En efecto, el que recibe momentáneamente el lapicero o el que se queda bajo el árbol no pone fin a la posesión de aquellos que lo ejercen, por lo cual sus acciones se consideran solo como impedimentos pasajeros. No adquiere el control de la cosa. De esta norma se corrige que la posesión requiere una dominación de hecho, que tenga la virtualidad de extenderse en el tiempo, aunque no ocurra efectivamente. Así, pues, el que compra en la mañana, para vender en la tarde, adquiere sin duda la posesión, pues la intensión es conservar la cosa, mantenerla, y ello es suficiente para contar con estabilidad o permanencia.

La corte suprema acoge expresamente nuestra tesis (posesión= control) en la casación N° 925-2013- LIMA: “tratándose de inmuebles, no solo el hecho de habitar



en el bien implica el ejercicio del derecho real (sic) de posesión, sino también actos que implican que el posesionario ejerce un control autónomo del bien.”

En segundo lugar, la autonomía del control significa que el poseedor no recibe las instrucciones, las órdenes ni las indicaciones de terceros para el disfrute del bien; por tal razón, la posesión se ejerce en interés o beneficio propio. Así, por ejemplo el arrendatario es un poseedor porque tiene control autónomo sobre el bien, ya que lo ejerce en beneficio propio, para sí mismo, destinado para él. Por el contrario, un trabajador o empleado es servidor de la posesión pues el control que ejerce sobre el bien es subordinado, en beneficio ajeno y no autónomo. Igual ocurre con el pintor a quien se le entrega la casa para que lleve a cabo su labor. El pintor es solo un servidor, aunque su ingreso se sustenta en un contrato civil de locación de servicios, y no de trabajo, porque la falta de autonomía no se circunscribe a la dependencia laboral, si no a la social, familiar, civil, de hecho o de cualquier otro tipo. El código civil, en efecto, descarta la condición posesoria cuando hay dependencia (art. 897 cc), por lo que se deduce, en sentido contrario, que la posesión necesita, en forma inexcusable, la autonomía en el ejercicio del control sobre el bien, que no solo es la ausencia de órdenes, sino el beneficio propio de la cosa, que es característica típica de la posesión.

En tercer lugar, la posesión se constituye mediante acto voluntario, por tanto, se descarta que exista posesión de los incapaces, menores de corta edad, imposibilitados para actuar libremente o de los que se encuentran privados de discernimiento, aunque sea en forma temporal. Este elemento se deduce del art. 896 CC cuando habla de “ejercicio de hechos”, y el verbo “ejercer” solo puede corresponder a un sujeto libre y que sea capaz de entender y querer sus actos.

Si bien la posesión es acto voluntario, sin embargo, no constituye negocio jurídico, pues la voluntad posesoria no está destinada a lograr cierto resultado jurídico, pues la voluntad posesoria no está destinada a lograr cierto resultado jurídico mediante un reglamento de interés que regule la conducta humana, el negocio implica que la voluntad, por sí misma, tiene como finalidad la creación de una situación de derecho con carácter vinculante (reglamento) para el protagonista. En cambio, el acto de posesión se configura mediante una voluntad destinada para el presente (poseer) pero

no crea una situación jurídica vinculante para el poseedor. No produce reglamento, *lex contracta* o *lex negotti*.

En cuarto lugar, la posesión no implica uso y disfrute actual e interrumpido del bien, si no solo potencial o hipotético. Quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa mantiene la posesión por cuanto el bien se encuentra bajo su control, aunque se carezca de uso y disfrute real, en tanto no se si va de él, ni lo arrienda ni lo da algún destino económico. Por tanto, el poseedor tiene control, lo que otorga potencialidad en el uso y disfrute del bien, pues tiene libertad para aprovecharse de la cosa cuando lo considere conveniente, pero se requiere que le disfrute sea efectivo en todo momento.

En quinto lugar la posesión es situación de hecho, por lo que la existencia de un título jurídico es irrelevante. ART 904 CC: se conserva la posesión aunque su ejercicio este impedido por hechos de naturaleza pasajera.

#### **2.2.2.2.3.3. Teoría del derecho de posesión.**

Con respecto al derecho de posesión, Villanueva (2008), señala que siendo la teoría Objetiva de Ihering adoptada por nuestro Código Civil, no cabe duda que la posesión es un derecho real autónomo, el que emerge de un hecho por el que el poseedor adopta un comportamiento determinado respecto del bien en la forma que describe la teoría objetiva.

La posesión es un derecho, y es uno de los primeros derechos reales.

Los poseedores de un bien se encuentran resguardados jurídicamente por el artículo 920° y 921° del Código Civil, referentes a la defensa posesoria directa o privada y la judicial. A esta última pertenecen los interdictos. Y no solo eso, sino que además constituye un modo básico de adquirir la propiedad mediante la prescripción adquisitiva o usucapión, que como es legal, dada la posesión que ejercitan los beneficiarios de este derecho adquirido por la fuerza del tiempo, tampoco se eximen de los beneficios de protección jurídica que les brinda la ley, mientras se encuentren ejercitando la posesión real. (...).

La posesión, con toda su importancia, tiene características particulares que deben ser consideradas en todo momento de estudio y base para el estudio de la prescripción

adquisitiva. Las características generales no admiten mayor cuestionamiento, se trata de un derecho real, es un derecho autónomo, tiene carácter patrimonial, recae sobre bienes.

La discusión de si la posesión es un hecho o un derecho, debe quedar superada, tal como lo reconoce, Lama More, quien sostiene: -Es evidente que la posesión, como un derecho subjetivo, es la más idónea, razón por la cual, es la que ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina y los sistemas legales vigentes

Es un hecho porque se refiere al poder efectivo (fáctico) sobre el bien, con Independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula una situación jurídica (efectos) como consecuencia de una situación de hecho de posesión.

Por eso, la situación jurídica del poseedor no es más que un derecho subjetivo, aunque de tipo peculiar. Es un derecho transitorio porque no podrá ser opuesto por lo menos de manera definitiva a la propiedad y a otros derechos reales, y que solo tiene sentido mientras no se verifique la situación de hecho que sustenta su existencia.

Así una persona es poseedora de un bien porque se comporta respecto de él como lo hace un propietario, o con orientación definida a ser propietario, o el de otro poseedor con derecho sobre el mismo bien ocupado, luego ya no lo es porque ha dejado de tener este comportamiento por la fuerza de los hechos o de una sentencia judicial que hace variar su conducta, o porque no persistió en dicho comportamiento para obtener un derecho definitivo.

En la doctrina sobre el contenido y los alcances de la posesión, incluso en la discusión entre Ihering y Savigny, tal como se ha esgrimido, se ha considerado con singular importancia los diversos momentos a través de los cuales discurre una situación de hecho calificada como relación posesoria.

Entonces es trascendental comprender no solo como se adquiere la posesión, como se conserva, como se pierde, sino, como la posesión es un modo de adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva basada en la situación de hecho y el efecto generador de situaciones jurídicas concretas, sin perjuicio del fundamento económico que trae consigo al beneficiario de este derecho (...).

Y concluyen que: la posesión es el poder de hecho. La propiedad, el usufructo, otro Derecho real, es el poder de derecho. Para determinar quién es poseedor, se examina pues, la situación de hecho, sin indagar si esta situación de hecho corresponde a una situación de derecho, es decir sin indagar, si el poseedor es propietario o titular de otro derecho real.

Aunque Lama More sostiene lo siguiente: No existe discusión cuando el que detenta el bien es el titular del derecho, esto es, su propietario, pues en este caso, el poder que está investido éste otorga de por sí el derecho correspondiente, para ejercer no solo acciones defensivas de la posesión, sino además las acciones restitutorias, así como, de ser el caso, las acciones ofensivas, como es el caso de las reivindicatorias.

En realidad la discusión se abre cuando quien se encuentra en contacto directo con el bien es persona distinta a su titular, en este caso, respecto del propietario, la posesión es un derecho y no un hecho.

#### **A. Teoría subjetiva de la posesión, según Savigny.**

Villanueva, N., (2008), sobre la teoría subjetiva, sostiene que Savigny construyó su propia teoría, basada en el entendimiento de las fuentes del derecho romano sobre la posesión: según los romanos, la posesión propiamente dicha (*civilis possessio*), consistía en un poder de hecho (*corpus*) al que debía unirse una voluntad especial de poseer en nombre propio (*animus possidendi* - intención de posesión) o voluntad de propietario (*animus domini* - intención de dominio). Sobre ella sustentó y desarrolló su teoría, dando relevancia jurídica al elemento especial de la voluntad, denotándolo así:

- a. Que el intento de posesión consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la detentación, puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes: Para ejercer el derecho de propiedad de otro, o bien para ejercer el suyo propio.
- b. Cuando el detentador tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad que reconozca en otro, esta clase de intención de posesión que tiene, no es capaz por su naturaleza de dar a la detentación el carácter de posesión.

Agrega Savigny lo siguiente: De modo que la intención de posesión

debe ser explicado por la intención de dominio, y no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla como un propietario autorizado para ello, en virtud de su derecho y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior a él, por tener fundadas sus pretensionesl. (...).

Así, para Savigny no solo bastaba el poder de hecho que se ejercía sobre una cosa, como único elemento, sino que resultaba determinante el ánimo de comportarse como propietario, ello se deduce cuando dice: la idea de la posesión no exige otra cosa más determinante, sino la intención de ejercer el derecho de propiedadl. (...).

En conclusión, Savigny ha considerado a la posesión como el resultado de la concurrencia de dos elementos: el *animus* y el *corpus*, precisando que el *corpus*, no es solo la mera tenencia material de la cosa, sino la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata en ella, así como la de excluir la influencia de terceros, y respecto del *animus*, al que se le considera como el elemento espiritual, señala que es la voluntad de tener la cosa para sí y como dueño.

Dentro de esta teoría Savigny considera que la intención es la condición precisa de la posesión, de lo contrario solo habría detentación.

## **B. Teoría objetiva de la posesión, según Von Ihering.**

Siguiendo a Villanueva (2008), sobre la teoría objetiva, afirma:

De igual modo, de las mismas fuentes del derecho romano que sirvieron a Savigny, también Ihering hizo uso para construir su propia teoría de la posesión. De esta teoría de Ihering se pueden advertir muchas diferencias que llevaron a Ihering a pensar que Savigny había interpretado mal las fuentes.

Así, parte Ihering preguntándose: ¿Qué le falta a la simple tenencia para constituir posesión? Y responde con su teoría: la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión estriba por entero en la distinción hecha entra la relación posesoria en su sentido lato, y la simple relación de lugar.

La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y el poseedor. En uno y otro existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que, por móviles prácticos, el derecho, en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de ésta última. (...).

Asimismo, Ihering, al explicar su teoría, advierte tres momentos, que se distinguen en toda relación posesoria. El interés, la facultad del deseo por la cosa, y la realización de esta voluntad mediante el establecimiento de una relación exterior hacia la cosa. En virtud del primer momento, es por lo que el derecho concede su protección a la relación posesoria, agregando que –la posesión jamás puede ser fin en sí misma, no tiene como tal valor alguno económico, y solo adquiere este valor en cuanto permite realizar otra cosa que tiene un valor económico también, (...).

Y precisa que, en esta relación posesoria, el *corpus* y el *animus* son entre sí, como la palabra y el pensamiento: en el *corpus* toma cuerpo la voluntad. Consecuentemente, la teoría objetiva nos da un concepto amplio de posesión abarcando no solo al poseedor propiamente dicho, sino al detentador de la posesión (tenedor de la posesión) como son: el arrendatario, depositario, comodatario, etc., (rubro de la tenencia relativa).

Del estudio sistemático jurídico de nuestro Código Civil, advertimos que recibe la influencia de la teoría objetiva. Así, se deduce de la definición de posesión que contiene el artículo 896°. La posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad, y del artículo 905° que regula sobre la posesión inmediata y posesión mediata: Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde a la posesión mediata a quien confirió el título; significando, que se reconoce la calidad de poseedor a quien tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con el ánimo de ser dueño, como ocurre con el depositario, arrendatario, etc.

Por lo que concluimos que la noción de posesión absorbe a la tenencia (tenencia relativa); la figura de la detentación, en la modalidad de mera tenencia (no posesión), solo incluye el caso de quien posee en una relación de dependencia de otro (servidor

de la posesión o el encargado de la posesión).

De las teorías de la posesión precaria manifestadas anteriormente, se interpreta, que la posesión, es un hecho jurídico, humano, voluntario, licito, y protegido por el orden normativo, en cuanto ella es una manifestación objetiva o exterior del dominio, o hecho que, de prolongarse en el tiempo, conduce a la prescripción adquisitiva.

En ese doble sentido, material (corpus), y subjetivo (animus), merece que por razones de orden público, seguridad y paz social, se presume que por ley, todo poseedor es dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

### **C. Refutación de las teorías de Savigny y de Ihering, sobre detentación.**

En tal sentido, la tesis de Ihering sobre la tenencia, entendida como posesión sustancial, pero degradada, por el ordenamiento jurídico, no tiene sustento alguno, pues, construye la figura a través de la posición (ser), pero que por cuestiones coyunturales se le niega tal calificación (ser, sin ser). Este es el error, que nunca ha llegado a ser tal ni llegara a serlo, es un conceotonegativo (no-ser). Es la no – posecion.en buena cuenta, no es lo mismo el sargento que nunca alcanzo el grado de general, que el general degradado por mala conducta. Para este, sin embargo, todas las hipótesis se reducen a ser generales degradados, es decir, son posesión, pero la ley dice lo contrario. Absurdo.

La tesis de savigny sobre la tenencia tampoco es aceptable. En efecto, según el jurista germano, la posesión se caracterizó por el corpus y el animus domini; mientras que la tenencia solo tendría carpus, pero le faltaría la intención de actuar como propietario. Esta doctrina no fue cierta ni siquiera en el derecho romano, pues resulta hoy ampliaremos admitido que la posesión solo requería del animus posidendi.

Las tesis posesorias clásicas se encuentran superadas, pero en el Perú se les sigue enseñando como vigentes. Una muestra clara de subdesarrollo cultural. (Fernández De Bujan, 2011)

#### **2.2.2.2.3.4. Clases de posesión.**

Al respecto, Rioja, A., (2010), señala lo siguiente:

Según el artículo 905° del Código Civil Peruano, –es poseedor inmediato el poseedor

temporal en virtud de un título y que le corresponde la posesión mediata a quien confirió el título; y que bajo este contexto, la posesión tiene la siguiente clasificación:

- a. **Posesión mediata:** Es el titular del derecho, por ejemplo, el propietario, siendo el poseedor mediato quien transmitió el derecho a favor del poseedor inmediato.

Una de las necesidades perentorias del ser humano es asegurar el disfrute de los bienes que conforman la riqueza material, para lo cual se dispone de diversos instrumentos jurídicos que aseguran tal fin. Uno de ellos es la adquisición de la propiedad, pero no todos están en condiciones de realizar una inversión de ese tipo, razón por la que cabe acudir un título temporal que garantice el uso del bien por determinando lapso temporal, así ocurre con los negocios jurídicos de arrendamiento o constitución de usufructo, por ejemplo.

En estos casos, el sujeto A entrega el bien al sujeto B, con el fin que este lo use o disfrute en forma temporal, por virtud de una relación jurídica o social, luego de vencido el plazo de la relación entonces B estaría obligado devolver el bien. Durante ese ínterin, ambas partes mantienen la condición de poseedores. El que recibe el bien es el “poseedor inmediato” o “intermediario posesorio”; mientras que el tradens, es decir, quien realizó la tradición y tiene el derecho de exigir la devolución, es decir, quien realizó la tradición y tiene el derecho de exigir la devolución, es el “poseedor mediato”. Puede considerarse como intermediarios de la posesión al usufructuario, al arrendatario, como intermediario de la posesión al usufructuario, al arrendatario, al comodatario, al precario. Etc.

El reconocimiento legal de la posesión mediata tiene como fundamento la existencia de un estado posesorio superior, no de carácter espiritual o ficticio, si no fundado en la circunstancia que la posesión permite la actuación de diversas facultades o funciones, entre ellas, la de aprovechar los frutos o conservar la cosa por persona interpuesta, lo que también denota posesión. En suma, si bien existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece siempre bajo el ropaje de control o poder de hecho actual, y no de una simple expectativa de poder futuro, según Wolff, la



entrega en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, etc. ., no representa una renuncia del poder o señorío, sino una atenuación de este, por tanto, la devolución del bien favor del poseedor mediato significa la constitución de un nuevo poder, sino, la confirmación de uno ya existente.

En consecuencia, la posesión mediata es posesión, y no mera espiritualización, como a veces se sostiene. Por lo demás, debe recordarse que la posesión mediata a lo largo de la historia, siempre ha sido reconocida como autentica posesión, por lo que no existen dudas que sociedades, en distintos momentos históricos, han valorado positivamente este tipo de poder sobre las cosas materiales; en cambio, la inmediata , aun en muchos sistemas jurídicos actuales, no llega a ser posesión. Por lo demás, en el mismo derecho romano se decía en forma muy expresiva que una cosa es “poseer” y otra es “estar “en posesión(o en detentación).

La primera es la contemporánea posesión mediata; y la segunda es la inmediata.

Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter “derivado “(deriva del sujeto que le entrego el bien, aunque este no sea el titular del derecho) y “limitado”, en relación con el contenido de derecho superior. (Wolff, s/f)

#### **2.2.2.2.3.5.La clave de la posesión mediata: relación jurídica o social de carácter temporal.**

Como habrá podido advertirse, el elemento clave de la mediación posesoria es la relación jurídica o social, por cuya virtud se entrega un bien en forma temporal, por lo que también nace el deber de restituirlo luego de vencido el plazo. Por el contrario, no es intermediario de la posesión del ladrón, pues en tal caso falta la “conexión o vinculo jurídico “entre las partes concernidas, y resulta obvio que la posesión del ladrón no deriva de la del propietario. La misma situación se presenta entre el que hayo un bien perdido en la vía pública, pues no existe vinculo alguna entre el que sufre la perdida y el hallador. (Hedemann, 1995).

Tampoco hay posesión mediata cuando el titular es definitivo, y no temporal, como ocurre con la compraventa, aun cuando el contrato se anule, pues, en tal

circunstancia, el comprador será reducido a un poseedor ilegítimo, pero ello no quita que siempre tuvo el animus de quedarse con la cosa para sí, con exclusión de los demás.

La relación que vincula al poseedor mediato e inmediato no necesariamente es jurídico, en tanto la posesión mediata puede originarse también en negocio ineficaz, o incluso nulo, requiriéndose solamente un acuerdo de voluntades reconocible en el ámbito material, es decir, resulta suficiente un traspaso posesorio consentido de carácter temporal, cuya extinción implica la devolución de la cosa, en buena cuenta, las partes deben reconocer que la posesión tiene como causa el consentimiento, por lo que subsiste la pretensión de restitución amparada de una gestión de negociación sin poder o en el enriquecimiento injusto. (Wolff, s/f)

Con mayor precisión podría decirse que la posesión mediata requiere solamente de un contacto social, o de una relación social; por lo que en este esquema se subsumen, no solo a relaciones provenientes de negocios nulos, sino además las relaciones meramente sociales, sin juridicidad alguna (pactos de caballeros o pactos de precario). Lo esencial no es la subsistencia válida de una relación jurídica, si no el modo en que el poseedor inmediato se comparte en relación con el mediato, quien se reserva la capacidad de influir sobre el bien por encima de la voluntad del poseedor inmediato.

Por último, la posesión mediata es susceptible de varios grados, por lo que puede resultar la siguiente serie: arrendador (poseedor mediato de segundo grado)-arrendatario (poseedor inmediato).

Según Wolff, puede suceder que la misma persona se halle a la vez en varios grados de la escala posesoria. Si, por ejemplo, el subarrendatario adquiere la finca, se convierte en poseedor. Mediato en nombre propio (en segundo grado) y sigue siendo poseedor inmediato en nombre ajeno.

En buena cuenta:

“La constitución expuesta por la doctrina alemana consiste en añadir más grados cuando mayor sea la distancia entre el poseedor inmediato y el mediato. Así, el subarrendatario sería, por ejemplo poseedor inmediato, el arrendatario ocuparía la posesión de poseedor mediato de primer grado, el usufructuario que arrendo sería el

poseedor mediato de segundo grado , finalmente, el nudo propietario sería el poseedor mediato de tercer grado. E incluso, cada uno podría ceder o transmitir su respectiva posesión, presumiéndose, según schliewen, que solo el poseedor mediato más alejado es poseedor propio.

En esta figura se denomina en la doctrina alemana escala posesoria o edificio de posesiones; mientras que los portugueses hablan de superposición de posesiones “siempre que la misma cosa se poseída en los términos de derecho con ámbito distinto”. (Leitao, 2009)

#### **2.2.2.3.6.Posesión mediata e inmediata: ¿dos posesiones o dos funciones de la misma posesión?**

El derecho alemán discute si los poseedores mediato e inmediato constituyen dos posesiones distintas, cada una con sus peculiaridades; o si se trata de una sola posesión cuyas funciones se dividen entre varios sujetos.

En esta disputa, tal vez sea preferible la tesis contemporizadora de Ernst, quien niega la existencia de una posesión doble. Pero admite ambas partes poseedoras desde un punto de vista distinto.

El camino más simple para explicar este fenómeno se haya en el ejemplo de arrendador (poseedor mediato) y el arrendatario (poseedor inmediato). Aquí se aprecia claramente la división de la posesión en funciones, es decir, el arrendador posee o no ostentar la tenencia material del bien, sigue desempeñando un papel posesorio en cuanto no se desvincula del bien, por tanto el poseedor mediato es un auténtico poseedor por dentro de un concreto ámbito.

#### **2.2.2.3.7.Porque la ley reconoce la posesión mediata e inmediata.**

La finalidad principal de esta clasificación es conferir tutela posesoria a las dos partes de la relación, esto es, el poseedor “mediato” y la “inmediata”. En el derecho romano muchos de los poseedores inmediatos eran simples tenedores o poseedores naturales (por fartales animus domini, según savigny; o porque la ley degradaba la relación a una simple tenencia por razones utilitarias, según Ihering; o porque no tenían la intención de poseer para si con exclusión de los demás, esto es, les faltaba animus possidendi, según una actual doctrina) desprovistos de la posesión posesoria.

Sin embargo, también en el derecho romano se admitieron hipótesis de mediadores que tenían la condición de poseedores, como el precarista, el secuestrario, el acreedor prendario, el enfiteuta; y a los savigny denomino poseedores derivados.

Por tanto, la citada clasificación no es una creación del código civil alemán, sino una derivación de las bases jurídicas que ya existían en el derecho romano.

Ello no impide reconocer que la terminología precisa corresponde al código civil alemán, y antecedentes. En efecto, el primer proyecto del BGB había admitido la tutela posesoria del arrendador y del arrendatario, por lo cual la tenencia romana contaba con una protección análoga a la posesión. En este estado de cosas, ¿valía la pena mantener una distinción sin mayores efectos prácticos? A juicio del profesor alemán Ernesto, esta situación obligo a que el segundo proyecto decidiera llamar al tenedor como poseedor, en virtud a la protección posesoria a la conferida. Al haberse decidido aceptar distintos grados posesorios sobre un mismo bien, quedo pendiente el nombre de quien no ejercía el poder de hecho sobre el bien, pero que aun así se tipificaba como poseedor. La cuestión fue meramente terminológica, y se llamó poseedor mediato. (Ortiz Márquez, 1968).

Entonces, ¿Por qué se produjo esta clasificación en el BGB? siguiendo al mismo Ernst, la cuestión fue práctica: si se decidió otorgar tutela posesoria al tenedor poseedor inmediato, entonces había que rebautizar al poseedor mediato.

El código civil peruano dedica muchas reglas a la posesión, pero ninguna en forma específica a la posesión mediata, salvo la que define a la figura (art 905 cc). La pregunta evidente es si tales normas generales comprenden tanto a la posesión mediata como a la inmediata. La cuestión no puede resolverse en forma dogmática, o mediante argumentos tales como donde la ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete. En tal sentido, es necesario evaluar los intereses subyacentes en la norma, y su eventual aplicabilidad a las hipótesis de posesión intermediada o directa directa; es necesario, pues avanzar hacia algunas reglas derivadas de la naturaleza de esta modalidad posesoria. Una primera regla, en línea de principio, es equiparar la posesión mediata con la inmediata.

Una segunda regla es que los otros efectos de la posesión favorecen a la mediata, por su condición posesoria superior, entre los que se incluye, el derecho de apropiación

de frutos cuando el poseedor, además, tiene buena fe. Es decir, la regla por la cual el poseedor de buena fe retiene los frutos, se aplica al mediato, pero no al inmediato en tanto este último rige su disfrute por la relación jurídica de mediación.

Una tercera regla señala que el poseedor mediato debe respetar al inmediato, y no puede despojarlo en forma arbitraria ¿a qué se debe ello? Simplemente a la tutela que merece el que detenta el control físico directo sobre el bien. En esa situación, el poseedor mediato no puede justificar sus acciones por el hecho de ser poseedor, pues aun siéndolo, deberá reponer en la situación anterior (o abstenerse de inquietar) al poseedor inmediato.

Existen diversos sistemas posesorios en el derecho comparado, sin embargo, se aprecia un progresivo acercamiento entre todos ellos, pues, finalmente, los fines pretendidos por el legislador, con mira a la convivencia pacífica, son los mismos.

En efecto, la posesión moderna es un concepto ampliado con relación a la figura que recibía idéntico nombre en la antigüedad. Es el caso, por ejemplo, del contrato de arrendamiento, que hoy goza de tutela posesoria en prácticamente todos los sistemas jurídicos contemporáneos; por el contrario, durante la vigencia de derecho romano, el arrendatario era un detentador, un poseedor natural, desprovisto de protección especial, por lo que el propietario podía despojarlo de forma impune.

¿Cuál es la razón de este profundo cambio en la mentalidad jurídica? Muy simple: la sociedad avanza hacia modos de vida en los que se excluya la violencia, por lo cual, primero se cuestiona, y luego se rechaza absolutamente que el ocupante pacífico de una cosa material pueda ser privado de la tenencia sin garantía alguna, por la sola fuerza física, sin seguridad, con el peligroso problema de la explosión indiscriminada de la violencia entre el grupo de los propietarios y el de los tenedores cultivadores. En buena cuenta, la posesión moderna aumenta la hipótesis protegida con el fin de mantener y conservar la paz y estabilidad de las relaciones sociales. En todo caso, si alguien pretende obtener la posesión, entonces debe acudir al sistema institucionalizado de justicia para que resuelva el conflicto en un proceso.

Para lograr la finalidad de defensa de la paz social, los sistemas jurídicos modernos adoptan diversas soluciones, pero cuyos propósitos son similares. El código civil alemán, seguido en parte por el peruano de 1993 y 1984, introduce la posesión

mediata e inmediata, con lo cual el arrendatario termina protegido como un poseedor. El código italiano, por el contrario, mantiene la distinción romana entre posesión y detentación, basada en la intención de comportarse como titular de un derecho real, pero en la segunda figura crea un sub-tipo: el detentador con interés propio, que cuenta con protección posesoria; y lo diferencia del mero ocupante por razones de servicio u hospitalidad. En resumen, el mismo objeto se logra con medios distintos: el arrendatario es protegido en el modo alemán como poseedor inmediato; e igualmente es protegido en el modelo italiano como detentador con interés.

Sin embargo, la clasificación de posesión mediata e inmediata origina inconvenientes de orden teórico práctico, que se fundan, básicamente, en la idea de superposición de posesiones; y esa es la razón por la cual muchos ordenamientos jurídicos la rechazan.

En primer lugar, existen dos poseedores, ¿qué pasa si el inmediato consiente el despojo de un tercero? ¿Puede actuar el mediato en la vía de los interdictos cuando el inmediato presta su conformidad?

La respuesta parece positiva, pues el mediato se encuentra en condición posesoria preferente, por lo que la decisión del inferior no puede sobreponerse al del poseedor superior.

En segundo lugar, veamos la hipótesis inversa: si existen dos poseedores, ¿qué pasa si el mediato consiente el despojo del tercero? En tal caso, el inmediato queda sin sustento jurídico, pues el solo puede existir mientras se mantenga la posesión mediata, pero esta ya cesa por voluntad del poseedor superior. En teoría, si no hay mediata, tampoco hay inmediata, y este, aun cuando fuese despojado por tercer, contra su voluntad, nada puede hacer. Sin embargo, no parece aceptable que el inmediato pueda ser desposeído arbitrariamente sin defensa alguna, pues, en tal caso, bien puede decirse que el mediato, al consentir, ha despojado al inmediato.

En tercer lugar, si existen dos poseedores, ¿Qué pasa si el mediato pierde la posesión por desvinculación absoluta del bien? ¿El inmediato puede convertirse en poseedor autónomo, pero en que concepto? Parece difícil suponer que se le pueda atribuir la condición de poseedor con animu domini, pues su intervención y comportamiento no se han modificado en lo absoluto, sin embargo, ¿puede haber inmediato sin medios? Esa desvinculación se produce, por ejemplo, si el medio hace veinte años no cobra

renta, no está habido, no paga el impuesto predial ni contesta los múltiples requerimientos del inmediato. La cuestión parece resolverse de la siguiente manera: si la desvinculación del mediato no implica cambio alguno en el inmediato, entonces se entiende que este actúa en defensa de aquel, por lo que la posesión mediata se conserva; en cambio, si el inmediato se rebela frente al mediato ausente, entonces este pierde la posesión, y aquel se transforma en poseedor pleno.

En cuarto lugar, si existen varios poseedores, y uno de los mediatos muere, por lo que le hereda su hijo, que, además, es inmediato; en tal caso, ¿el hijo puede tener ambas cualidades? ¿Una sola persona puede ser inmediato y mitad mediato? Tratándose de una con - titularidad subjetivamente compleja parece que debe admitirse la hipótesis, sin que se produzca consolidación, pues ello presupone confusión absoluta de derecho.

En quinto lugar, un propietario arrienda un inmueble a tres inquilinos, pero, poco tiempo después, uno de los arrendatarios compra el bien, pero sigue en ocupación junto con los otros inquilinos que decidieron no participar en la compra ¿se mantiene la coposesión primigenia de los poseedores inmediatos? Los ocupantes, ahora, no son de idéntico grado, por lo que se descarta la co- posesión, a pesar que todos ellos comparten el uso y disfrute del bien. Pero, si no son coposeedores, ¿qué son? Parece que se configuran una co- posesión atípica o anómala.

Los problemas jurídicos pueden seguir multiplicándose, a pesar de que nuestra doctrina no se ocupa de ellos. Por tanto, la conclusión es que no basta copiar figuras y clasificaciones. Hay que entenderlas. (Diez Picazo, 1995).

- a. **Posesión inmediata:** Es el poseedor temporal, posee en nombre de otro, de quien le cedió la posesión en virtud de un título y de buena fe, por ejemplo, el inquilino que posee para el propietario.
- b. **Posesión de buena fe:** Se encuentra prevista en el artículo 906° del Código Civil y se define como: La posesión ilegítima es de buena fe, cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que inválida su título.
- c. **Posesión de mala fe:** Es aquella que se ejercita cuando el poseedor tiene conocimiento que no tiene título o el que tiene padece de nulidad.

La mala fe es una posesión ilegítima y viciosa sin título o con título inválido, la mala

Fe empieza cuando termina la creencia de la legitimidad de la posesión al descubrirse el error o vicio que inválida el título.

#### **2.2.2.3.8. Extinción de la posesión.**

Deben distinguirse los supuestos de pérdida voluntaria, de los de la pérdida involuntaria de la posesión.

La pérdida involuntaria ocurre por acto bilateral, esto es, a través de la tradición (modo adquisitivo de la posesión para quien recibe, pero, al mismo tiempo, causa pérdida de la posesión para el que entrega), o mediante acto unilateral, también llamado “abandono” o derelicción, la doctrina distingue entre el abandono y la renuncia.

El primero es la voluntaria dimisión del poder de hecho sobre el bien; mientras el segundo es la manifestación de la voluntad de no querer más poder de hecho. En el abandono (o derelicción) faltan los dos elementos de la posesión, esto es, el sujeto no quiere ser poseedor (falta de voluntariedad) y, además, deja de ejercitar el poder de hecho.

Normalmente, este abandono conllevará también a la pérdida de la propiedad- si el poseedor era dominus-, por cuanto sería ilógico admitir que el propietario- poseedor tenga la intención de ser titular para los efectos de conservar el dominio, pero tenga la intención opuesta de poner fin a la posesión. Solo en casos excepcionales el abandono de la posesión no originará la pérdida de la posesión; por ejemplo: cuando la propiedad no pueda ser extinguida por acto voluntario unilateral o cuando el abandono requiera una forma negocial solemne. Por otro lado, la renuncia es una manifestación de la voluntad destinada a abdicar de la posesión, por lo cual, en este caso- a diferencia del abandono-, solo existe pérdida del animus possidendi, lo que igualmente conlleva la pérdida de la posesión en cuanto ello representa un beneficio para terceros. Esta figura es relevante, especialmente, en sede de posesión mediata, por cuanto aquí el poseedor no tiene contacto físico con el bien, por lo que el cese de su posesión puede producirse a través de la renuncia, mediante la sola ausencia del



animus. Sin embargo, si el elemento material ha permanecido intacto, el retorno del animus en el sujeto, constituye la posesión.

La pérdida involuntaria de la posesión se produce cuando el bien queda fuera del ámbito de poder factico del poseedor sin voluntad del poseedor. Aquí se incluyen los bienes extraviados, los animales escapados, los bienes robados, los bienes entregados por incapaces naturales, etc.

La cosa que haya quedado fuera de la posesión del poseedor inmediato, sin su voluntad, se llama técnicamente cosa extraviada. De por sí, el extravió asigna a los bienes un escudo protector: el hallador del bien deberá comunicarlo a la autoridad competente, y si no lo hace su posesión será ilegítima (art. 932 CC). La irreversibilidad de la pérdida, según el juicio social probabilístico, determina la pérdida de la posesión y la disociación entre la propiedad y la posesión.

Existen dudas respecto a la situación jurídica presentada durante el periodo que se va desde el extravió del bien hasta que un tercero lo encuentre y lo ocupa. ¿Qué ocurre en el ínterin? Por ejemplo: si una joya cae de los bolsillos del poseedor, la pregunta inmediata es si la posesión se pierde en el instante de la caída o ello solo opera cuando un tercero toma control del bien. Ninguno de los dos extremos son razonables: el primero significaría entender el poder de hecho” como un mero contacto físico con el bien; mientras el segundo implicaría entender el “poder de hecho” en una forma tan espiritualizada que llega a perder su verdadero contenido; así pues, el poseedor que perdió un bien hace dos años, y cuyo paradero desconoce, seguirá siendo poseedor por el solo hecho de que ningún tercero hallo objeto. Piénsese en las cosas perdidas en el mar o en una zona de difícil acceso, ¿seguirán en poder de la persona que las perdió? Indudablemente una solución de ese tipo sería una intolerable ficción.

Por ello, la mejor solución pasa por descartar los extremos y entender que el extravió del bien conlleva la pérdida de la posesión cuando no exista una posibilidad razonable de que el poseedor pueda encontrar el objeto. ¿Existe alguna base normativa para esta solución? En nuestra opinión, ese precepto es el art. 904 CC, por el cual se establece que los impedimentos pasajeros en el control del bien no conllevan la pérdida de la posesión. Por tanto, el momento inicial del extravió no

significa el cese inmediato de la relación posesoria, pero una vez transcurrida un tiempo que implique una razonable posibilidad- según un juicio jurídico social probabilístico- de no encontrar el objeto, entonces queda consumada la pérdida de posesión.

Por su parte, si un incapaz absoluto (por falta de discernimiento) "entrega" el bien a un tercero, entonces no se habrá producido una tradición, sino despojo del tercero. Igualmente, si el mismo incapaz absoluto hace dejación de la cosa, entonces no se tiene un abandono, sino extravió. Con respecto al requisito de la voluntariedad, vale aquí recordar todo lo señalado en sede de definición de la posesión, es decir, se considera "acto voluntario" el realizado con capacidad natural para entender y querer, por tanto, no es necesaria la capacidad plena para contratar. Por ejemplo: el niño con discernimientos o el mayor de edad declarado incapaz por prodigalidad podrán realizar perfectamente actos voluntarios de entrega o dejación de bienes. Las razones que explican esta solución ya han sido señaladas con anterioridad, y nuevamente se repiten: la posesión es un hecho, no un derecho. Además el art 1358 CC faculta a que los incapaces con discernimiento puedan celebrar contratos para las necesidades ordinarias de la vida, mientras el art. 1975 CC responsabiliza por sus actos al incapaz con discernimiento. Por tanto, si la capacidad natural de "entender y querer" (discernimiento) es suficiente para obligarse y ser responsable, con mayor razón la consecuencia será idéntica cuando se trate de un "hecho" como la posesión.

La distinción entre pérdida voluntaria o pérdida involuntaria de la posesión no es meramente académica; por el contrario, tiene importantes efectos prácticos. En primer lugar la pérdida involuntaria de la posesión (bienes robados, perdidos, etc.) impide que se verifiquen la transmisión de propiedad a non domino, prevista en el art 948 CC. En segundo lugar, los bienes extraviados (pérdida involuntaria de la posesión) obligan al hallador a ponerlos a disposición de la autoridad (art. 932 CC).

### **Regulación del código civil.**

La norma civil habla impropriadamente de "extinción de la posesión" (art. 922 CC), lo que se presta erróneamente a que esta norma se interprete en el sentido de que la posesión es un derecho susceptible de extinguirse por determinadas causales. Esta

incorrección se hizo notar poco a poco de la entrada en vigor del código de 1984: (Avendaño Valdez, 1985)

Por tanto lo correcto hubiera sido utilizar la frase “perdida de la posesión”, en cuanto la referencia alude a un hecho que se juzga de acuerdo con valoraciones puramente fácticas. Por ejemplo: es impropio decir que el ladrón “extinguió” la posesión del agraviado mediante su acto ilícito; allí, simplemente, existe una cuestión factual que conlleva la pérdida de la posesión.

Al margen del problema terminológico, el art. 922 CC menciona los siguientes eventos productores de la pérdida de posesión:

- La tradición, esto es, el acto voluntario (bilateral) de dejación del tradens y nacimiento en accipiens del poder de hecho sobre el bien.
- El abandono, esto es, el acto voluntario (unilateral) de abdicación del poder de hecho y/o del animus posesorio.
- La ejecución de resolución judicial.
- La destrucción total o “perdida” del bien.

Este numeral es defectuoso por cuanto confunde la “perdida” con el “extravió” del bien.

La desordenada fórmula utilizada por el legislador de 1984 hace extrañar el art. 848 del código de 1936, por el cual la posesión se pierde por el abandono del bien o cuando se pierde el ejercicio de hecho. Con mayor precisión técnica podría decirse que la posesión se pierde cuando se produce la renuncia del poseedor (falta de animus possidendi, pero con la salvedad expuesta supra) o cuando se pierde el poder de hecho (de corpus). Esta solución implica dar la razón, una vez más, al genio jurídico romano, en cuanto la posesión se pierde simplemente “a falta de corpus o del animus, cualquiera de ellos”.

En todo caso, las hipótesis de pérdida de la posesión no contempladas en el artículo. 922 CC (por ejemplo: la renuncia, con la salvedad ya expresada) deberán tener producir el mismo efecto, pues la falta de previsión normativa exige traer en auxilio la definición de posesión (art. 896 CC), por tanto, si una determinada situación no cumple los requisitos de la definición legal, entonces ha dejado de ser posesión, o

con mayor precisión, se ha perdido. En tal sentido, el listado del art. 922 CC debe considerarse enunciativo.

El despojo: el artículo 922 no contempla el despojo, pero el asunto no es dramático luego de haberse concluido que el listado es meramente indicativo, y no taxativo. Por tanto, no cabe pensar que el poseedor despojado mantiene la posesión, más bien de corte espiritual. Una solución de ese tipo sería extraña al derecho romano, para el cual la posesión se pierde tan pronto como deja de existir cualquiera de los elementos que la integran. Sin embargo, sería común en los ordenamientos germanos, o inspirados por este, en tanto la *Gewere* se conserva idealmente durante el año y día siguiente al despojo. Según García Valdecasas, en el año siguiente a la privación posesoria, habrá una situación de interrogante que solo se cierra con el ejercicio o la falta de ejercicio del interdicto. Hasta que al año trascurra, el antiguo poseedor podrá recurrir a la defensa posesoria, y, si la ejerce con éxito, debe entenderse que continúa poseyendo, con todas sus consecuencias jurídicas, como son la usucapión y su derecho a los frutos, por ejemplo, el art. 460-4 del código civil español señala que la posesión de un año y un día engendra la pérdida de la posesión aun contra la voluntad del antiguo poseedor. Consiguientemente, el mero acto de violencia (despojo) no engendra la pérdida ni la adquisición de la posesión, por tanto, el poseedor despojado continúa siendo poseedor durante ese plazo del año y un día; mientras que una vez transcurrido dicho plazo, el despojante sana su situación y se convierte en poseedor. (Hernández Gil, 1987)

¿Puede llegarse a esta interpretación en nuestro código civil? En primer lugar, la citada interpretación conlleva reconocer una especie de “posesión incorporal” en el despojo, incompatible con la definición legal de la posesión (art. 896 CC), de corte eminentemente fáctico. En tal sentido, una espiritualización tan radical de la posesión necesitaría de un precepto expreso que falta en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, el hecho de que el despojo no se encuentra mencionada entre las causales de pérdida de la posesión, constituye un muy débil apoyo, pues es bien conocido que el listado del art. 922 CC es enunciativo.

Por tanto, si no hay poder de hecho, no puede haber posesión, en tanto el poder fáctico es el presupuesto imprescindible para la existencia de la relación posesoria

(art. 896 CC). Por otro lado, el apoyo normativo del art. 904 CC no llega a convencer, pues, los impedimentos pasajeros en el control del bien no hacen perder la posesión a favor del tercero, pero, la pregunta inmediata es: ¿puede considerarse al despojo como un impedimento pasajero? Por supuesto que no, en tanto el despojo, con toda su carga negativa, significa el inicio de una nueva posesión, tutelada sin restricciones con los interdictos frente a terceros, aunque sea claudicamente frente al poseedor despojado durante el plazo de un año subsiguiente al despojo. En tal sentido difícilmente puede considerarse como un “impedimento pasajero” el hecho de que un tercero se invista como poseedor y controle el bien en forma autónoma. Es más, nuestro sistema no reconoce la excepción de posesión de posesión, por la cual, el poseedor despojado queda facultado para recuperar la posesión por acto de propia autoridad.

Los españoles Pérez Gonzales y Alguer, traductores y anotadores de la monumental obra de los profesores alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff, se preguntan con toda razón: ¿Qué efectos produce esta posesión sin tenencia material, alejada de todos los preceptos referidos a la posesión? En realidad, el único efecto que produce el dejó de habilitar en el despojado la pretensión samaria de reintegración a través de un interdicto, e incluso apoyándose en un autor alemán (Heusler), señalan que esta posesión incorporal es una de las “más violentas ficciones jurídicas frente a la situación de hecho.” En la doctrina nacional, el tema se ha tratado poco, aunque los pocos autores interesados comparten nuestra posición. Así por ejemplo, se señala que la usurpación es un medio de poner fin a la posesión (Ramírez Cruz, s/f)

#### **2.2.2.2.3.9. Pérdida de la posesión mediata.**

Es posible distinguir las siguientes hipótesis:

- a. Si el poseedor inmediato pierde la posesión, pero existe vínculo jurídico con el poseedor mediato, entonces se producen tres sub- hipótesis:
  - Si lo pierde involuntariamente, el bien se considera “extraviado”, por tanto para el poseedor inmediato como para mediato.
- b. Si el poseedor inmediato abandona o renuncia al bien, con el asentimiento del poseedor mediato, entonces para ambos se considera producido en el abandono o la renuncia.

- c. Si el poseedor inmediato abandona o renuncia al bien, pero sin el asentamiento del poseedor mediato, entonces no se produce el abandono para este (falta el elemento subjetivo). Si bien es cierto que el poseedor superior no perdió el bien, sin embargo, lo hizo su mediador posesorio, por lo que igualmente debería entenderse como un extravío para aquel.
- d. La posesión mediata se extingue cuando el poseedor inmediato modifica su condición posesoria, sea por acto bilateral (traditio brevi manu) o por unilateral (inversión de la condición posesoria).
- e. La posesión mediata se extingue para quien cede la pretensión de entrega a un tercero (art. 902-2 CC), con lo cual nace a favor de esta nueva posesión mediata. Igual situación se produce con la tradición documental (art. 903 CC), en donde la transmisión del título valor representativo de bienes, conlleva la transmisión de la pretensión de entrega o de restitución.

#### **2.2.2.2.4. La posesión precaria.**

##### **2.2.2.2.4.1. Generalidades.**

Repasemos la situación que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 921 y 923 CC son las piezas maestras que constituyen el sistema de protección de los derechos reales. Por un lado está la regla de la posesión y, por otro, la regla de propiedad. El desalojo se incluye entre las acciones de defensa de la posesión, y ello por varias razones: su diseño de cognición limitado y de prueba restringida no le hace idónea para controversia complejas; además, el código procesal civil claramente indica que el desalojo es procedente cuando el demandante “ha cedido la posesión” al demandado (art. 587 CPC), lo que se corresponde exclusivamente con la posesión mediata (art. 905 CC).

Sin embargo, el desalojo como acción exclusivamente posesoria (referida a la posesión mediata) no encaja totalmente con el art. 911 cc, pues la interpretación literal del proceso permite comprender hipótesis muy disímiles: poseedor con animus domini, pero sin título, lo que implicaría que el demandante pueda instar el desalojo sin contar con posesión alguna, por lo que solo debería actuarse la regla de la propiedad; o poseedores con un contrato que por algún motivo se encuentre con plazo vencido; o incluso poseedores con contrato vigente, pero conferidos por

sujetos que carecían del derecho , etc.

Sin embargo, no es posible sostener que el desalojo, cuyo fin es dilucidar la regla de la posesión, sirve también para hacer efectivo la regla de la propiedad. Esta incoherente debe rechazarse en forma enérgica. Por tanto, nuestra propuesta pasa por la correctora interpretación que supere la literalidad del art. 911 CC, con lo que se lograrían las siguientes ventajas:

- Articular en forma coherente el art. 911 dentro del conjunto de remedios de defensa de la propiedad y la posesión (arts. 921y 923 CC).
- Explicar la restricción del código procesal civil, pues el demandante “ha cedido la posesión” al demandado (art.587 CPC) lo que presupone la condición de poseedor mediato (art 905 CC).
- Otorgar seguridad jurídica, pues los ciudadanos conocerían a ciencia cierta qué cosa recibe la denominación la posesión precaria.
- Las ventajas anteriores se lograrían sin merma de la eficaz tutela de la propiedad, pero mediante el uso de sus propios y particulares mecánicos de protección, sin necesidad de salirse de sus márgenes y desnaturalizarlos.

El proceso de desalojo exige que el demandante haya cedido la posesión del demandado (art. 587 CPC), lo cual significa que el primero es poseedor mediato, mientras el segundo es poseedor inmediato (art. 905 CC), por tanto, el poseedor precario debe subsumirse en ese esquema. De esta forma, por lo demás, el instrumento procesal del desalojo se mantiene dentro de sus límites estrictos de la acción posesoria, que, en este caso, defiende la posición jurídica del poseedor mediato, pero sin invadir en campo que por naturaleza le corresponde a los medios de tutela de la propiedad, denominada acciones petitorias o reales, y cuyo ejemplo paradigmático es la reivindicatoria.

Por tanto, la concordancia de los arts. 911, 921,923 CC, así como de los arts. 585, 586, 587 CPC, debe llegarse a la conclusión de que el demandado- precario es un poseedor inmediato, esto es, recibió el bien por virtud de título temporal otorgado por el poseedor mediato.

Por el contrario, el mediato es aquel sujeto que entrego el bien en forma voluntario,

con la facultad de “exigir la restitución”

Si el precario es poseedor inmediato, entonces queda perfilar su concepto, para lo cual debe acudir a la propia definición normativa de art. 911, que lo subsume en el poseedor sin título o con título fenecido.

En tal contexto, y sin salirnos de la letra del art. 911, es posible entender que el precario es aquel poseedor que, efectivamente, no cuenta con título jurídico; pero sí social o de mera tolerancia, aplicable a los casos en los que el poseedor inmediato ha recibido voluntariamente el bien del mediato; en consecuencia, aquel está obligado a la restitución. La nueva definición parte de código civil, pero se complementa con el código procesal civil.

Vamos a explicar el tema con más detalle.

Primer puesto: ¿Cuándo se configura un poseedor sin título según el art. 911? Bajo la premisa que la relación jurídica queda comprendida en la posesión mediata/inmediata, entonces el mediato entrega el bien en forma voluntaria, pero sin título, por tanto, sin plazo determinado y con la obligación de restituir el bien al primer requerimiento. ¿Cómo puede existir entrega voluntaria del concedente y, simultáneamente, falta de título jurídico? La solución es sencilla: la entrega se ha realizado por virtud de gracia, liberalidad, licencia, simple favorecimiento a amistad. En esos casos no se configuran una relación jurídica, y por eso hay “falta de título”, sin embargo, el acto de voluntad del concedente a favor del precario constituye un título meramente social.

En consecuencia, el precario sin título del art. 911 es el poseedor que disfruta del bien por benevolencia del titular, sin plazo, con la obligación de restituir el bien, al primer requerimiento, por lo que se encuentra fuera de los márgenes de lo jurídico. “el precarista(precario habens), es decir, la persona que ha recibido un predio de su dueño civil(precario dans)en concesión graciosa y totalmente revocable a su entera libertad, sin que exista entre ambas un vínculo jurídico con respecto al bien. La figura toma el nombre de “precario” (precaria), que en época clásica también se aplica a los muebles. (Guzman Brito, 1997).

La doctrina contractual conoce perfectamente este fenómeno, al que denomina “relaciones de cortesía”, pues lo que se produce es una vinculación de puro hecho, no



jurídica, pues las mismas partes, por si misma, ya sea en forma expresa o tácita, deciden apartarse del mundo del derecho para mantenerse en una especie de “pacto de caballeros” o relación de tipo social o familiar. Sobre el particular, en las relaciones de cortesía, lo que prima facie se presenta como una relación contractual (porque existe acuerdo sobre una materia patrimonial), no lo es porque falta la intención de vincularse jurídicamente. (Roppo, Vincenzo, 2009)

Segundo supuesto: ¿cuándo se configura un poseedor con título fenecido según el art. 911 CC?

Debemos aclarar un tema previo de importancia: la nulidad del control conlleva efectos diferentes en el poseedor cuyo título ha desaparecido del mundo jurídico. Por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa, el vendedor otorga un título de posesión definitivo, no temporal, y por tal motivo ya dejó de poseer. Si el negocio jurídico finalmente se declara nulo, afecta el ámbito jurídico del título, pero no el ámbito fáctico de la posesión, que ya se perdió. Por tal motivo, el vendedor no puede recurrir al proceso de desalojo pues carece de posesión, ni siquiera mediata. Por su parte, el comprador ya es poseedor autónomo, con animus domini, por lo que puede enrumbarse hacia la usucapión si es que se mantiene la posesión, luego de la declaración judicial de nulidad. Por tanto no es precario. (Pasquau Llanos, 2007).

La misma solución debiera presentarse en el caso de poseedores en concepto de determinado derecho real (usufructo, superficie, servidumbre, anticresis), pero con título nulo. Estos poseedores pueden acudir a la usucapión para adquirir el derecho simétrico a su posesión; y esa sola circunstancia implica que deba rechazarse la precariedad. En efecto, nadie puede ser precario y simultáneamente poseedor ad usucapionem; y esa conclusión se confirma desde el derecho romano. (Iglesias, 1999)

Por el contrario, en el caso de arrendatario que posee, pero cuyo contrato es nulo, no está habilitada la vía de la usucapión o prescripción adquisitiva, pues al margen del vicio del negocio, lo concreto es que recibió el bien con el fin de actuar en concepto de inquilino, y con la obligación de devolverlo; por tanto, si con el título válido debe restituir el bien, entonces con mayor razón debe ocurrir lo propio en el título nulo, por lo que la invalidez del contrato no elimina la posesión mediata. En efecto, en tal

caso se entenderá producida una “relación social de arrendamiento” lo que es suficiente para conservar la posesión mediata. No olvidemos que la posesión es “hecho”, y se mantiene mientras con el simple hecho. Por lo demás, la doctrina alemana considera, efectivamente, que la nulidad del contrato no elimina la posesión mediata, salvo en los casos extremos de invalidez radical o inexistente de voluntad, pues en tales hipótesis falta el elemento esencial de la relación que une al poseedor mediato e inmediato. (Flume, 1998).

En tal contexto, el arrendatario nacido de título inválido es también un “poseedor inmediato de hecho”, al igual que el precario, por lo que ambas figuras deben asimilarse. Es decir, en estas condiciones, el arrendatario es un precario cuyo “título ha fenecido” (art. 911 CC). La particularidad del título obligacional de disfrute invalidado, es que no permitirá la usucapión por falta de posesión en concepto de dueño o de titular de algún derecho real, lo que le emparenta con el precario, pues, en tal caso, no es posible la prescripción adquisitiva.

El precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 CC), mediante una relación social de hecho (licencia, asentamiento, gracia, amistad, benevolencia, etc.), o cuyo título obligacional es nulo; pues en ambos casos existe entrega voluntaria del concedente, o por lo menos aquiescencia, con el consiguiente deber de restituirlo a cargo del precario en cuanto el otorgante revoque su voluntad. No obstante, si la nulidad se produce por falta de manifestación de voluntad, entonces no habrá precario, pues falta el acto de voluntad, por lo que no hay posesión mediata e inmediata, si no mero acto de despojo del poseedor actual, que puede ser corregido a través del interdicto. De esta manera, la noción sustantiva de precario queda aclarada, y en caso de renuncia a la restitución del bien, el concedente tiene el instrumento procesal que tutela su interés, específicamente el proceso de desalojo.

El concepto de posesión precaria se ha expandido tanto que abarca múltiples hipótesis, tales como los poseedores autónomos con concepto de dueño, los compradores a quienes se les resolvió el contrato por efecto de una simple carta, los poseedores que ya consumaron a su favor el plazo de la usucapión, entre otros. En la inmensa mayoría de los casos se trata de ocupantes que disfrutaban el bien en

condición de vivienda, por lo que corresponde analizar la hipótesis a la luz del derecho humano a la vivienda adecuada y del debido proceso.

La declaración universal de los derechos humanos de 1948 ya reconoce el derecho a la vivienda en su art. 25.1: toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Por su parte, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 1996, reitera una disposición en similares términos. Así, el art. 11.1 del pacto dice: “los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconocimiento a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”

En diciembre de 1991, el comité aprobó la observación general N° 4, por el cual se aconseja a los estados parte a no interpretar el derecho a la vivienda adecuada en sentido restrictivo, como el “mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o (...) como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad y paz y dignidad en alguna parte”. ONU. Comisión de derechos humanos. Informe del relator especial sobre la vivienda adecuada, como elemento integrando del derecho a un nivel de vida adecuado (Milonn Kathari, 2001).

#### **2.2.2.2.4.2. Definición**

El Poseedor precario es el que ocupa un bien sin título, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha fenecido. En tal sentido el artículo 911°, contiene dos supuestos (torres, 2005):

- a. Ausencia de título: Se trata del poseedor que entró de hecho en la posesión, no posee título alguno, por ejemplo, el que ingresa clandestinamente en la posesión, el usurpador, el ladrón, el hurtador, etc.
- b. Título fenecido: El título fenece por decisión judicial, por disposición de la ley, por cumplimiento del plazo o condición resolutoria, por mutuo disenso, por nulidad, resolución, rescisión, revocación, retractación, etc.

En general el título queda extinguido en todo caso de ineficacia estructural o funcional del acto jurídico por el cual se cedió la posesión del bien.

Así como el respeto al debido proceso al ocupante de la vivienda. El proceso de desalojo está claramente configurado como acción posesoria (arts. 921 cc, 587 cpc), y, en tal contexto, cumple la finalidad de proteger a los poseedores mediatos. Pero cuando se enfrenta un supuesto propietario contra un poseedor autónomo, entonces se invoca y actúa la regla de propiedad, por lo que el desalojo es vía impertinente. Por tal motivo, se infringe el derecho a la vivienda con la privación del disfrute o poseedores consolidados mediante instrumentos samarios cuyo diseño legal no permite ventilar cuestiones referentes al dominio; máximo cuando nuestra jurisprudencia infringe el derecho a la igualdad, pues el demandante si invoca razones referida a la propiedad, mientras que al demandado se le prohíbe invocar las mismas razones.

Por tal razón, el concepto judicial de precario (extra- large) provoca desalojos indebidos, violadores del debido proceso que la propia ley nacional reconoce, pues vulnera la indispensable igualdad de arman. Por virtud de los expuestos, se termina afectando el derecho humano a la vivienda adecuada, consagrado en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Solo queda, por tanto, adecuar la noción de posesión precaria a los justos límites que lo hagan compatible con las obligaciones internacionales del estado peruano en materia de derechos humanos.

El art 911 CC dice que es precario todo aquel que posee un bien sin título o cuando o cuando su título ha fenecido; sin embargo, la tipificación de precario solo tiene utilidad en el ámbito procesal, pues habilita al demandante para el desalojo. Los arts. 921 y 923 CC permiten deducir que la regla de la posesión se actúa en proceso sumario (interdicto y acciones posesorias); mientras que la reivindicatoria requiere de procesos plenarios. Si el desalojo es proceso samario, entonces se trata de acción posesoria. En tal contexto, el art. 587 CPC señala que el demandante “ha cedido la posesión” al demandado, lo que subsume la hipótesis a la posesión mediata/inmediata (art. 905 CC); por tanto, el desalojo por precario es instrumento procesal de tutela de la posesión mediata cuando el inmediato no devuelve el bien. La cesión

presupone un acto de voluntad entre el cedente y el cesionario: Cabanellas De Torres, Guillermo, 2008)

En consecuencia el precario es todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario del concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia. El precario se origina por título social o, excepcionalmente, por título jurídico de carácter obligatorio que ha fenecido por nulidad.

La propuesta define en forma precisa las hipótesis específicas de precario, lo que otorga seguridad a los particulares, quienes conocerán de antemano las posibilidades de éxito, o no cuando interpongan una demanda de desalojo por precario. El mismo sentido, los magistrados del poder judicial tendrán a su disposición una guía segura para fundar sus decisiones. Es buena cuenta, se obtiene justicia para el conflicto posesorio, se respeta la propiedad a través de sus vías idóneas (reivindicación) y, finalmente, se gana predictibilidad, con la subsiguiente elevación de la confianza ciudadana en el sistema judicial. Otra ventaja es que el resultado del pleito no dependerá, ya que de factores impredecibles o de mala fe de una de las partes, pues las reglas quedan claras desde el inicio: el demandante que invoca la regla de la propiedad, y no con posesión, deberá acudir a la reivindicatoria o el desalojo, según el caso. De esta forma, se reducirán sustancialmente los reenvíos a otros procesos.

El concepto propuesto de ocupante precario, como poseedor inmediato, comprende las siguientes hipótesis de la realidad sociológica:

- Situaciones posesorias nacidas en el contexto de relaciones sociales, amicales o familiares. El caso típico es el pariente que le presta el bien a otro, por simple gracia o liberalidad, en forma indeterminada o por un periodo de tiempo, sin ninguna obligación subyacente; por mero favor o deber moral. Estos casos calzan perfectamente con el art. 911, en el sentido que el “poseedor carece de título”, pues tales precarios no se fundan en título jurídico, sino en “relaciones de cortesía o amistad”
- Situaciones posesorias nacidas de relaciones jurídicas cuya finalidad directa no es la posesión. Es el caso, por ejemplo, de los socios que se vinculan por un negocio jurídico de sociedad, pero en el que uno de ellos le cede la posesión

(precaria) al otro con la finalidad de realizar ciertas labores conexas del negocio. Es obvio que las partes comparten una relación jurídica, pero en ella la posesión solo resulta accesoria o incidental. Desde asimilarse a la posesión carente de título pues el contrato de sociedad no autoriza la posesión, sino que es la causa indirecta de ella, pero si permite fundar la precariedad por medio del acto de voluntad.

- Situaciones posesorias nacidas de deberás morales de apoyo o auxilio. Un ejemplo común se presenta cuando el ex cónyuge propietario concede la posesión exclusiva (precaria) al otro ex cónyuge y /o sus hijos, pues constituyen una “posesión carente de título”, pero en la que se distingue nítidamente el pacto del precario salvo cuando el anterior poseedor mediato haya realizado abandono de la posesión. Es el caso de la casación N° 3191-2010- cusco, en la cual se sostuvo que la poseedora no era precaria, por lo que el desalojo se declaró infundado, lo que debe aceptarse si hubiese acaecido el abandono, pues, en caso contrario, la ex cónyuge es una precaria típica. Otra cosa interesante, jurisprudencial, es el de un poseedor que entro en ocupación, pues el propietario le prometió informalmente que le donaría el inmueble. ¿Qué relación jurídica existe en este caso? Ninguna, en cuanto nunca se otorgó la donación, por lo que la posesión se encontraba desprovista de toda juridicidad, sin embargo, no puede negarse que el poseedor actuó como consecuencia de la cesión voluntaria del titular, por lo que se trata de un evidente precario, pues su situación se originó por la voluntad graciosa del concedente; por tal motivo, no posee con animus domini, en consecuencia, le está vedada la usucapión, conforme lo reconoció la corte suprema en la casación N° 4675-2010- lima , de 01/12/2011.
- Situaciones posesorias nacidas en forma general de la aquiescencia. Desde siempre la figura del precario se ha caracterizado por la cesión graciosa, liberal y por mera tolerancia o licencia del concedente de lo posesión. Un ejemplo: el invasor que ingresa a poseer en contra de la voluntad del propietario, pero, llegado un punto, este empieza a otorgarle un permiso tácito, pero sin ningún carácter vinculante o jurídico, por lo que se trata de una “posesión carente de título. (Wonnacott, 2006)

- Situaciones posesorias nacidas de contratos cuya finalidad es la entrega y restitución del bien, con carácter obligacional pero que resultan nulos. Estos casos se subsumen en el art. 911, en cuanto se trata de poseedor con título fenecido nulo. Vale acotar que se ha criticado nuestra afirmación en el sentido de que el desalojo no puede esclarecer la nulidad de los negocios jurídicos, por cuanto se trata de una materia compleja que resulta incompatible con el sumario. La crítica es injustificada, desde una perspectiva general, pues el artículo 220 CC permite que el juez, en cualquier tipo de procesos, incluso el desalojo por precario, invoque la nulidad como acto previo para resolver un litigio, siempre que la causal sea evidente y notoria. En consecuencia, el juez del desalojo podría apreciar la nulidad dentro del contrato y, por consiguiente, declarar que el poseedor es precario por título fenecido. El profesor morales hervías ya justifico plenamente que el juez invocar la nulidad dentro de los fundamentos de la decisión, pero sin declararla ni pronunciarse sobre ello en la parte resolutive, pues esta última circunstancia implicaría la violación de las garantías procesales. (Morales Hervias, 2012)

#### **2.2.2.2.4.3.La ocupación precaria en la doctrina.**

Desde hace algún tiempo uno de mis temas jurídicos de preferencia lo constituye la posesión precaria que regula el artículo 911° del Código Civil, en la cual me distancio de la tesis judicial, cuya única base es la literalidad de la norma, pero que no tiene en cuenta la historia, el derecho comparado, el análisis sistemático con otras normas, así como la función y la utilidad de la figura (González, 2007)

Toda regla de derecho con lleva la posibilidad de adosarle una o varios significados; sin embargo, si la gramaticalidad se presenta contraria a la lógica, al sentido común, a la funcionalidad y a cualquier otro criterio de razonabilidad, entonces el frío texto debe ceder paso a las formas más racionales de entender el precepto.

La jurisprudencia considera como precario a todo poseedor que no cuenta con título o cuyo título ha fenecido, con lo que se reitera en forma mecánica el mandato del artículo 911° del Código Civil.

De esta forma un usurpador es precario, pues no tiene título, o un usufructuario, en donde el plazo del derecho ha concluido, también es precario. Igual ocurre con el

comprador que sufre la sucesiva resolución del vínculo negocial a través de un acto unilateral del vendedor por el cual actúa la cláusula legal o convencional de la resolución.

La doctrina judicial señala que el precario es una modalidad de posesión en la que no se cuenta con legitimidad para mantenerse en el control u ocupación del bien, es decir, se ejerce de facto sin contar con el título que justifique la posesión, por lo cual se advierte ausencia absoluta de legitimidad.

Esta postura tiene distintos adeptos, tal como ocurre con el Juez, Lama More, para quien el precario es un –tipo de poseedor ilegítimo (específicamente de mala fe), por lo cual se entiende incluido en ese concepto, el usurpador, pues le falta título.

Este autor agrega que: no existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee.

Considerando a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en ésta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria, establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció.

La opinión es manifiestamente equivocada, incluso dentro de la gramaticalidad del artículo 911°, pues una modalidad legal del precario es aquella que se ejerce con título extinto; por tanto, ese poseedor si cuenta con una relación obligacional cuyo plazo ha vencido, pero no sus efectos.

Otro defensor de la tesis judicial es Mejorada Chaucha, para quien el precario sería un –concepto procesal, en virtud del cual el Juez puede decidir quién tiene –mejor derecho a poseer a través de un proceso de desalojo.

En realidad, lo que se pretende aquí es otorgar una facultad discrecional al Juez, a fin que evalúe en cada caso concreto, que sujeto está en mejor situación que otro con respecto a la posesión.

El problema de esta postura es que no se sustenta en norma alguna (lo que de por si basta para descartarla), pero además resulta contraria a la seguridad jurídica, pues dota al magistrado de una potestad casi omnímoda, ya que en virtud de su leal saber



y entender, podría decidir –quien tiene mejor derecho a poseerll.

Esta reviviscencia de la acción publiciana resulta incompatible con la seguridad que encarna el Derecho moderno, y más aún que no existe en el ordenamiento sustantivo un –mejor derecho a poseerll, salvo cuando se cuenta con un título absoluto (derecho real) o un título temporal que obliga a restituir la cosa (posesión mediata), pero en ningún caso existe, o es tutelado un abstracto –mejor derecho a poseerll, basado en criterios subjetivos y sin ningún fundamento, salvo el caso obvio de la tutela interdictal, pero que obviamente es otra cosa y no se protege a través del desalojo.

Así pues, resulta que figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omnicomprendiva de la precariedad, pues en ella se incluyen poseedores legítimos, ilegítimos, viciosos, con título temporal o definitivo, entre otras hipótesis.

- La primera y mayor crítica que se puede hacer a la concepción judicial del precario se encuentra en convertir el proceso de desalojo en una –reivindicatoria encubierta, pues como lo ha sostenido la propia jurisprudencia, en este tipo de proceso se hace necesario probar la propiedad del demandante; sin embargo, ello se hace con limitación de cognición y del debate probatorio, lo que es incompatible con la prueba del dominio que se exige en el desalojo del precario.

Un auténtico caos judicial que es propiciado por una visión estrecha y limitada de las cosas.

- Una segunda inconsecuencia se produce cuando el desalojo por cualquier otra causal, excepto por precario, no requiere la prueba de la propiedad, sino simplemente de haber entregado el bien en forma voluntaria a través de un título temporal con cargo a la restitución. (...)
- La tercera incongruencia se encuentra en la confusión de las distintas causales de desalojo con la de precario, pues finalmente todas aquellas terminan subsumiéndose en ésta última. Por ejemplo, un arrendatario, con contrato vencido o con resolución por falta de pago, tendría que considerarse precario pues su título ha fenecido.

Ante ello caben hacerse dos preguntas, obviamente sin respuesta: ¿para qué

sirven las otras causas de desalojo si todas se incorporan a la precariedad?  
¿Cómo se concilia que esas otras causas tengan requisitos distintos al del precario, cuando finalmente ésta última viene a integrar a las otras?

Una de las funciones del ordenamiento jurídico es la coherencia del derecho, y aquí claramente estamos ante una incongruencia valorativa, ya que un mismo hecho, es tratado de distinta forma; en una exigiéndose la prueba del dominio y en otra no.

#### **2.2.2.2.4.4. La posesión precaria y la posesión ilegítima**

Aguirre (2007) con respecto a la posesión precaria y la posesión ilegítima, afirma:

La posesión precaria y la posesión ilegítima constituyen temas controvertidos en el Derecho Civil Peruano.

La controversia es el resultado de la existencia, de diversos conceptos respecto de esta variedad en la forma de poseer bienes, expresamente regulada en nuestra norma sustantiva civil, sale a la luz cuando, frente a determinados casos presentados en sede judicial o fuera de él, se formula, la siguiente pregunta: ¿Es precario quien posee un predio con título ilegítimo?.

Frente a esta interrogante, magistrados, abogados que ejercen patrocinio, profesores universitarios y juristas en general, dan respuestas distintas.

En sede judicial, magistrados de todas las instancias han expresado, en sus resoluciones, diversas respuestas frente a las acciones de desalojo en las que se atribuyen a los demandados la condición de precarios; en dichos procesos éstos, en su defensa, alegan ser portadores de un título que justifica su posesión, alegando que, aun cuando éste sea ilegítimo, tal hecho los aparte de la calidad de precarios.

Respecto a este tema, una Ejecutoria Suprema, de fecha 16.11.99, publicada en el diario oficial El Peruano, el 26 de Diciembre del mismo año (Casación N° 1437-99-Lima), estableció que, siendo la posesión precaria la que se ejerce sin título ilegítimo, concluye que la posesión precaria es distinta de la posesión ilegítima.

Esta distinción, hecha en la referida ejecutoria ha traído diversas preocupaciones entre magistrados y abogados en general, pues se abre la posibilidad de que el

demandado, acusado de ser ocupante precario en un proceso de desalojo, le oponga válidamente al demandante, que cuenta con título de propiedad vigente, un título posesorio sustentado en un documento obtenido en forma manifiestamente regular, fraudulenta o maliciosa.

Los magistrados preocupados por las diversas respuestas dadas por los órganos jurisdiccionales, respecto del caso antes mencionado, han llevado dicha interrogante como tema de debate nacional al Pleno Jurisdiccional Civil, por ser de palpitante actualidad y que requiere de un momento de seria reflexión, analizando los diversos conceptos atribuidos a la posesión en general como derecho real, así como el precario en particular, pretendiéndose con ello contribuir al, esclarecimiento de este importante tema del Derecho Civil peruano.

#### **2.2.2.2.4.5. Jurisprudencia sobre la posesión precaria.**

La categoría jurídica de los derechos reales agrupa el sistema normativo sustentado en valores, que ordena las distintas situaciones jurídicas que relacionan a los hombres con respecto a los bienes que conforman la riqueza matereal. Este sistema se basa en atribuir las cosas dentro de la sociedad, ya sea en forma definitiva (propiedad) o provisional (posesión); dentro de las bases de justicia, retribución al mérito y trabajo. Para dilucidar la primera se requiere de un proceso en el que se actué la regla de propiedad (art. 923 CC); mientras que la segunda necesita un proceso sumario que actué la regla de posesión (art. 921 CC).

El desalojo es una posesión en la que se hace efectiva la situación jurídica del poseedor mediato que exige la restitución del bien frente a uno inmediato (arts. 586 y 587 CPC), por tanto, se trata de un instrumento sumario de tutela basada en la reducción de la controversia (cognición limitada a la posesión) y en la abreviación del procedimiento (restricción de prueba, menores tramites). Sin embargo, la tesis “judicial “de precario, permite una perversión, pues el desalojo termina protegiendo el dominio, por lo que las acciones posesorias también defienden la propiedad. Esta solución contraviene los artículos 921 y 923 CC.

En efecto, el concepto judicial dice que el precario puede ser un invasor o cualquier persona que no cuente con título, aunque posea el concepto de dueño (art. 911 CC). Pues bien, esta tesis desarticula totalmente la ordenación jurídica de los derechos

reales, basada en las reglas de la posesión y la propiedad, pues el desalojo se convierte en una “reivindicatoria encubierta”, en tanto y en cuanto se necesita probar el derecho de propiedad del demandante frente al supuesto precario; sin embargo, ello se hace con limitación de cognición y de debate probatorio, lo que es incompatible con la prueba del dominio además, el desalojo, por ser acción posesoria, no produce el efecto de clausurar el debate respecto a la propiedad, ni siquiera entre mismas partes; y ello en virtud, reiteramos, de la anotada cognición limitada del proceso. Siendo así, el demandante de un desalojo puede vencer por efecto de la prueba preliminar de la propiedad, no obstante, luego podría terminar perdiendo una reivindicatoria o prescripción adquisitiva. Por tanto, la mayor incoherencia se encuentra en reconocer que el demandante puede invocar la propiedad a su favor (mediante un título), pero luego se rechazan que el demandado haga lo propio, pues en ese caso dice “tiene expedida la vía pertinente”. “lo absurdo del argumento, pues uno tiene si se vale del sumario para acreditar la propiedad; mientras al otro se le niega esa posibilidad y se le reenvía al plenario. Nótese tal error en esta ejecutoria de la corte suprema: “séptimo.- que previamente, debemos señalar que en el proceso sumarísimo, por su propia naturaleza, los plazos procesales son más breves, las actuaciones procesales están reducidas en atención al fin que se propende mediante esta vía, de tal modo que el debate probatorio se encuentra limitado. Siendo así, si el demandado por desalojo por ocupante precario en esta vía procesal, señala que no tiene la condición de tal, alegando haber adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, adjuntando medios probatorios y, el solo hecho de administrarlos desnaturalizaría el proceso sumarísimo, abriendo un debate que necesita de un proceso más amplio, salvo que como prueba se adjunte la sentencia judicial o escritura por notario público. Como es claro, la presentación de tales documentos no generan mayor controversia por ser públicos, que crean certeza en el juez como culminación de un proceso judicial o de un procedimiento notarial que solo se han limitado a declarar un derecho ya existente” (casación N° 5656-2017- Lima, DE 01/12/2008).

¿Cómo puede explicarse que al demandado no se le permita probar la propiedad, a pesar de presentar medios probatorios con tal fin; mientras congruencia, entonces ninguna podría acudir al sumario para decidir el dominio (solución correcta), o en

todo caso ambos podrían hacerlo (solución que crearían desorden y gran inseguridad por las limitaciones estructurales del proceso de desalojo, pero tendrían cierta coherencia). En todo caso, lo que si resulta inaceptable es la tercera opción, precisamente aquella de la jurisprudencia nacional, por lo cual el demandante tiene el dominio a su favor; mientras el demandado no puede invocar las mismas razones cuando le falta un título meramente formal. El principio de igualdad, uno de los cardinales del derecho procesal queda afectado.

Una mala doctrina trae como consecuencia una inconsciente jurisprudencia, que no necesariamente ha cesado con el pleno de la corte suprema conforme puede advertirse en la siguiente relación.

- Un grupo de sentencia dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario, pues “el título a fenecido” como la casación N° 4078-2006-LIMA, de 03/12/2007 o la N° 2165-2009-Lima de 12/11/2009, otro grupo dice lo contrario conforme la casación N° 918-2002-Lima.
- Algunas sentencias sostienen que le contratante con título manifiestamente ilegítimo (Tesis Absurda de Héctor Lama More), el precario; pero la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario, por ejemplo, que va hasta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad (casación N° 1074-2004- La libertad de 25/05/2006, Publicada el 04/12/2006); o que ni siquiera se requiere título putativo o falso, pues resulta suficiente cualquier circunstancia, de mero corte social o familiar, que otorgue una remota apariencia de legitimidad. Otro caso en que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el demandante, pue la compra venta se habría logrado atravez de la falsificación del poder en su perjuicio, según la casación N° 2854-2010- Ucayali de 24/06/2011.
- Existen sentencias en las que se reputa precario a quien invoca un título afectado de nulidad absoluta (casación N°2009-2002-Juliaca de Fecha 06/07/2004, Publicada en el diario oficial el 31/01/2005), pero otras lo niegan (casación N°1074-2004 La Libertad de fecha 24/05/2006, publicada en el diario oficial el 04/12/2006), en ambos casos, el debate se centró en un contrato

de anticresis que constaba en instrumento privado cuando el Art. 1092 CC exige la escritura pública bajo sanción de nulidad.

- Un grupo de sentencias dice que el poseedor carente de título es precario, esto es quien adolece de negocio jurídico justificativo de la posesión, aunque sea nulo como lo indica la casación N°417-2009 Ica; pero, otras muchas la desmienten, pues señalan que al posesión no es precaria cuando la ejerce la ex conviviente del propietario con quien tiene hijos, pese a que no cuenta con algún título jurídico alguno, salvo el acta de conciliación por violencia familiar (casación N° 3191-2010 Cusco de 07/06/2011, Pues basta según una mención muy usual de la jurisprudencia” cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”, lo que va más allá de la necesidad de título como negocio jurídico. En este tema familiar existen otras sentencias como la casación N° 336-02 Lima y la N°3135-99 Lima, en las que también se niega la precariedad, por otro lado la corte suprema aduce que no hay precario cuando el poseedor discute los derechos hereditarios que le corresponderían en una casa que fue otorgada en anticipo de herencia otro de los hijos del causante, pues se encuentran pendiente una demanda judicial “colación”, por cuya virtud la sala superior establece, en argumento confirmado por el tribunal supremo, que “los demandados poseen un bien colacionable de su causante, situación que justifica su posesión de modo que mediante desalojo por ocupante precario no resulta posible su restitución” (Casación N°4072-2010 Cusco, de 09/03/2012).
- Unas sentencias indican que es precario el comprador incluso con inscripción registral, a quien el vendedor le resolvió el contrato de forma extra judicial y unilateral, conforme a la casación N° 396-04 Lima de 07/09/2005 y la N° 2705-2010 Lima de 31/05/2011; mientras otras sostiene exactamente lo contrario, como la casación N° 1144-2005 Lima.
- Una sentencia llegó al extremo de resolver un caso de doble venta mediante la vía del desalojo; por la cual se consideró precario al comprador que celebró el contrato en primer lugar, pero que no había inscrito su derecho (casación N° 1352-2004, de 13/9/2005).
- Una sentencia de la corte suprema avala la posición de la sala en cuanto el

demandado con título sobre las edificaciones, igual es precario (casación N° 3741-2010- Tacna, de 14/3/2011). Esta decisión es contradictoria con una sentencia anterior, en la cual se dijo que el autor de la edificación no es precario (casación N° 1311-2009- Lambayeque, de 02/11/2009).

- “La precariedad no se determina únicamente por la falta de un título de propiedad o de arrendatario, sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien (casación N°1147-2001- La Libertad).
- “La ocupación precaria de un bien inmueble se configura con la posesión del mismo sin detentar título alguno que justifique la dicha posesión o el que tenía ha fenecido; asimismo quien pretenda la restitución o entrega, en su caso, de un predio ocupado bajo dicha calidad, debe acreditar el derecho de propiedad o que lo ejerce en su representación del título o en todo caso la existencia de título valido y suficiente que otorgue derecho a la restitución del bien” (casación N° 3656-2001- Piura).
- “Uno de los supuestos de la posesión precaria es aquella que se ejerce sin título alguno , es decir, en este caso no existe siquiera uno invalido que justifique la posesión, simplemente no existe título de posesión; por esta razón, es que la desocupación del bien se hace más expedita en la vía sumaria del desalojo” (casación N° 1801- 200- Moquegua).
- Existe errónea interpretación en la aplicación de artículo 911 del código civil, para resolver el conflicto, si se tiene en cuenta que la precariedad no determina únicamente por la falta de un título de propietario o arrendatario, si no que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien” (casación N° 2016-97- lima).

No solo son incoherentes las definiciones de precario, sino también las del propio desalojo, al que se define como: “acción principal, inmobiliaria, posesoria, personal y de contenido real”(casación N° 3741-2010- Tacna). Primero, es contradictorio que una pretendida acción sea real y personal en forma simultánea. Segundo, no se entiende como una acción es posesoria, cuando la propia corte seguidamente exige la

prueba del dominio en el desalojo por precario (la misma contradicción existen en los doctrinarios del nivel de Pasco Arauco)

#### **2.2.2.2.4.6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República sobre el desalojo por ocupación precaria.**

Al respecto la Corte Suprema de la República, en reiterada jurisprudencia ha resuelto lo siguiente:

En el proceso de desalojo por ocupación precaria el objeto de la pretensión consiste en determinar si la emplazada no tiene título para ejercer la posesión del bien sub-judice o si el que tiene a fenecido. La demandada deberá probar, como lo exige el artículo 196° del Código Procesal Civil, que posee el inmueble bajo un título eficaz que dilucide la pretensión demandada. (Casación N° 2459-2002- La Libertad)

En el proceso sumario de desalojo no se puede dilucidar sobre el mejor derecho a poseer o sobre el mejor derecho de propiedad, ni sobre la validez o invalidez del título del demandado. Si surge esta discusión el Juez dictará una sentencia inhibitoria, declarando improcedente la demanda, a fin de que el actor haga valer su derecho conforme a ley, como puede ser en una acción reivindicatoria o de mejor derecho de propiedad o de mejor derecho de posesión, según el caso.

Si el derecho de una de las partes está inscrito, el contenido de la inscripción, conforme al artículo 2013°, se presume cierto y produce todos sus efectos, en tanto no se verifique o declare judicialmente su invalidez en un proceso distinto al sumarísimo de desalojo por ocupante precario.

Si el demandante es el propietario debe acreditar su título de propiedad sobre el bien y todas sus partes integrantes (como son las edificaciones, plantaciones, etc.), correspondiendo al demandado probar que la posesión que ostenta se ampara en un título justificativo para poseer, es decir demostrar que no es precario.

Si el demandado acredita que también tiene la calidad de propietario o copropietario o que es propietario de la edificación más no del terreno, no es precario, por lo que la demanda de desalojo es improcedente.

En el proceso sumarísimo de desalojo no se discute ni delibera sobre el derecho de propiedad u otro derecho real, sino solamente si el demandado posee o no con título.



La propiedad no está protegida con el proceso de desalojo, sino con la acción reivindicatoria o la de mejor derecho de propiedad.

Cuando en el proceso de desalojo el demandante y el demandado acrediten tener título de propiedad sobre el bien materia de litigio, mientras no se elimine dicha incertidumbre, siguiendo el procedimiento idóneo que la ley prevé y que no es el proceso de desalojo, la parte emplazada no puede ser considerada como precaria. (Casación N° 1667-97)

Si bien la demandante tiene título inscrito en los Registros Públicos y ello acredita su derecho de propiedad, para que proceda la demanda de desalojo por ocupación precaria, se requiere, además, que el demandado posea sin título alguno.

Si tanto la parte actora como la demandada cuentan con título de propiedad, por haber transferido el vendedor a dos personas distintas el mismo inmueble, la causa no se puede tramitar en un proceso de desalojo de tramitación sumarísima, en el que se pretende la desocupación excluyendo toda discusión sobre la propiedad. En el proceso de desalojo no se decide el mejor derecho de propiedad, sino solamente si el demandado posee o no con título. (Casación N° 871- 95- Lima, Agosto 1997)

Frente a la alegación del emplazado en el sentido de poseer el bien en virtud de un contrato privado de compraventa (al que denomina promesa), habiendo cancelado el íntegro del precio del bien objeto de la transferencia, es decir que ostenta un título en el que sustenta su posesión, lo que es reconocido por las instancias de mérito, las que, sin embargo, señalan que tal título no otorga derecho de posesión al recurrente por haber sido otorgado por una persona que no ostenta la propiedad sobre el bien materia de la Litis, por tanto, no se trata de justo título (Casación N° 2928-98-La Libertad)

Tal aseveración constituye un error de interpretación de la norma contenida en el artículo 911° del Código Civil, ya que ésta en ningún momento establece que la condición de precario desaparece con la existencia de justo título, y en todo caso, lo que las instancias de mérito han concluido, es que la posesión ejercida por el demandado es ilegítima, pero ello no implica que tal posesión tenga la calidad precaria, además de que en un proceso sumarísimo no se puede discutir la validez o no de un título. (Casación N° 2928-98-La Libertad)

En consecuencia, al tener el recurrente un título en el que ampara su posesión, cuya validez o no, es objeto de discusión en el proceso, no puede ser considerado como precario, lo que implica que la Sala de Revisión ha efectuado una errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 911° del Código Civil. (Casación N° 2928-98-La Libertad).

### **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

**Acción publiciana:** Es la acción que se concede al poseedor regular de una cosa, en vía de ganarla por prescripción, en los mismos términos que el de una acción reivindicatoria. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Apelación con efecto suspensivo:** Según Couture, la apelación con efecto suspensivo consiste en aquella virtud del cual, y salvo disposición legal en contrario, la interposición de este recurso suspende la ejecución de la sentencia apelada e impide su cumplimiento. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Apelación:** En los procedimientos de las distintas jurisdicciones, sinónimo y abreviación de recurso de apelación. En términos generales puede decirse que es el que se interpone ante el Juez superior para impugnar la resolución del inferior. En la legislación habitual se dan contra las sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias y las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Audiencia única:** Acto de oír a los soberanos u otras autoridades, a las personas

**Autos y vistos:** En lenguaje procesal, y empleada la palabra en singular se refiere a la clase especial de resoluciones judiciales intermedia entre la providencia y la sentencia. En general se puede decir que, mientras la providencia afecta a cuestiones de mero trámite y la sentencia pone fin a la instancia; el auto resuelve cuestiones de fondo que se plantean antes de la sentencia. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Calidad:** Atributo compuesta por un conjunto de condiciones o características que

presenta un elemento de tal forma que se distingue entre otros. (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2003)

**Casación:** Acción de casar o anular. Este concepto tiene extraordinaria importancia en materia procesal, porque hace referencia a la facultad atribuida a los más altos tribunales. Por regla general, el recurso de casación se limita a plantear cuestiones de Derecho, sin que esté permitido abordar cuestiones de hecho. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Código Civil:** En la definición de la Academia, cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático. Normas relativas al régimen de las personas, de la familia, de las obligaciones, de los hechos y actos jurídicos, de los contratos, de los derechos reales y de las sucesiones. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Código Procesal Civil:** Cuerpo de leyes que determinan, los trámites a seguir en las actuaciones judiciales. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Conciliación:** Acción o efecto de conciliar, de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. Dentro del ámbito del Derecho Procesal, la audiencia previa a todo juicio civil. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Criterio razonado:** Juicio, discernimiento. Norma para conocer la verdad. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Cuestión previa:** Procesalmente, todo lo que se ha de resolver antes que lo principal o que impida decidir sobre ello. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Culpa inexcusable:** Conjunto de presupuestos que fundamentan la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica; causando un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente o pudiera añadirse con infracción de reglamentos. (Diccionario de Ciencias Sociales, Políticas y Sociales, 2003)

**Decisión judicial:** Resolución o determinación en materia dudosa. Parte dispositiva de la ley, sentencia o fallo en cualquier pleito o causa. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Equidad:** Justicia distributiva, es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Moderación en la aplicación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra. Principios generales que deben guiar la facultad discrecional del Juez. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Error de derecho:** La ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria, tanto del desconocimiento de la existencia de la norma, como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deduce. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Error de hecho:** Aquella inexactitud, la equivocación o falsedad, ya sobre un hecho, ya sobre un derecho, aceptada como verdad por todos o la mayor parte de la gente; que por recaer sobre cuestiones no determinantes de la voluntad, no anula el acto. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Excepción de litispendencia:** Voz equivalente a -juicio pendientell; o sea que se encuentra en tramitación, por no haber recaído sentencia firme. Su principal importancia se deriva de constituir una excepción dilatoria que se alega cuando se siguen dos o más procedimientos iguales en cuanto a sujeto, objeto y causa. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Expediente judicial:** Conjunto de escritos, documentos, constancias y demás

**Fallo:** Sentencia de un Juez o de un Tribunal, y en ella especialmente el pronunciamiento decisivo o imperativo. (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2003)

**Fundamento de hecho:** Son los que establecidos en la demanda, han de ser objeto de contestación y sobre las cuales ha de recaer la prueba para ser considerados en la sentencia. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Fundamento jurídico:** Base sobre la que estriba el Derecho, la razón principal y motivo último en que se asienta, afianza y asegura el mundo jurídico social. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Improcedencia:** Falta de derecho. Ineficacia de escrito, prueba, recurso o cualquier otra actuación. Falta de fundamento. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Impugnar:** Objetar, refutar, contradicción. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Infundado:** Falto de fundamento. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Inmueble:** Lo que no puede ser trasladado de un lugar a otro. Los inmuebles pueden serlo, por naturaleza, o sea aquellas cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todo lo que está incorporado a él, de manera orgánica, como los edificios. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Instancia:** Cada una de las etapas o grados del proceso. Corrientemente en la tramitación de un juicio se pueden dar dos instancias: una primera, que va desde su iniciación hasta la primera sentencia que lo resuelve, y una segunda, desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que en ella se pronuncie. En esas dos instancias se debaten tantos problemas de hecho, cuanto de derecho. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Juez “A quo”:** El que emitió una resolución que es impugnada por un recurso de alzada, es decir para que sea resuelto por el superior jerárquico. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Juez:** Persona investida de autoridad jurisdiccional, quien decide en un proceso, la solución que se le debe dar al litigio planteado. Quien en representación del Estado, resuelve los conflictos suscitados entre los particulares. Persona que administra justicia. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Justo título:** Es el acto en virtud del cual una cosa entra legítimamente en el patrimonio de una persona y constituye una causa de adquisición reconocida por la ley. El concepto tiene especial importancia jurídica en materia de prescripción Adquisitiva, ya que la posesión de un inmueble, durante un tiempo determinado, concede al poseedor la propiedad de aquel bien, siempre que haya mediado buena fe y cuente con justo título. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Juzgado Civil:** Dícese del tribunal donde despacha el Juez. Generalmente cuando se refiere a hechos y pretensiones de naturaleza civil. Oficina en que labora el Juez. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Lanzamiento:** Denominación común de la acción de efectivizar la desocupación de un inmueble por mandato judicial, si fuese necesario con el apoyo de la fuerza pública. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Lato:** Aplíquese al sentido amplio que se da al significado de las palabras. (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2003)

**Legitimidad para obrar:** Relación lógica-jurídica que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte de la relación jurídica material deben conservar tal calidad en la misma posición, dentro de la relación jurídica procesal. (Diccionario Jurídico Poder judicial del Perú, 2007)

**Nulidad de acto jurídico:** Ineficacia de un acto jurídico, como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

Papeles pertenecientes a un juicio, debidamente ordenado, foliado y cosido. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Predio:** Es cualquier terreno con o sin construcción, todos tienen límite de área y pueden ser públicos o privados, en algunos casos son comunitarios y en otros casos de una sola persona, y que como toda propiedad, se puede vender, rentar, traspasar, ceder, heredar, hipotecar o regalar. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Prescripción adquisitiva:** Derecho por el cual el poseedor de una cosa adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley. Generalmente los plazos prescriptivos son menores o mayores, según la posesión se haya o no ejercido con buena fe y justo título, y que se trate de bienes muebles o

inmuebles. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Pretensión:** Es la manifestación de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional, por la cual una persona (natural o jurídica) se auto atribuye un derecho frente a otra y solicita sea declarado así en la sentencia de fondo. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Procedibilidad:** Es el fundamento jurídico y admisibilidad de demanda, petición o recurso que por ello se acepta o prospera y donde la procedibilidad en lo procesal se diferencia de la admisibilidad. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Punto controvertido:** Partes de un proceso donde existe controversia entre los litigantes, en los cuales debe resolver el Juez. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

Que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa. También, ocasión para aducir razones o pruebas que ofrece un interesado, en juicio o en expediente. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Reconvención:** Expresión equivalente a contra demanda. Es la pretensión que, al contestar la demanda formula el demandado en contra del demandante. De esta modo no se limita a oponerse a la acción iniciada por el actor; sino que a su vez se constituye en demandante, a efecto de que se fallen ambas pretensiones y naturalmente, ambas oposiciones, en una misma sentencia. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Resolución:** Documento que expresa la voluntad del órgano jurisdiccional que la emite. En el Derecho Procesal, dicese del decreto, auto, sentencia o providencia que expiden los Jueces en el ejercicio de sus funciones. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Revocar:** Dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico en que unilateralmente se tenga potestad, como testamento, mandato, donación y otros en que lo admita la ley o lo estipulen las partes. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Sala Civil:** Aquella que, en los tribunales colegiados, conoce, tramita y resuelve los

juicios o causas de naturaleza civil. El conjunto de magistrados que constituyen cada una de las secciones judiciales, para acelerar la tramitación de las causas o por ramas jurídicas. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Simulación de venta:** Como acto jurídico, tiene lugar cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. Con independencia del aspecto civil, de la cuestión examinada, el acto de simulación de venta, por ser contrario a la ley o por perjudicar a tercero, puede ser considerado como delito de falsedad o defraudación. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Subsunción:** Engarce o enlace lógico de una situación particular específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador (Couture). (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Tutela jurisdiccional:** Amparo, protección por parte del órgano jurisdiccional, representado en la autoridad judicial. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Usucapión:** Modo de adquirir el dominio de una cosa, por haber pasado el tiempo que las leyes señalan para que pueda reclamarlo su anterior legítimo dueño. (Prescripción adquisitiva). (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003)

**Usufructuario:** Persona con capacidad de derecho real de uso y goce de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia. El usufructo puede ser perfecto cuando recae sobre cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la sustancia de ellos y es imperfecto cuando recae sobre cosas que serían inútiles al usufructuario; sino las consume o cambiase su sustancia. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Valoración conjunta:** Apreciación global y coherente de un conjunto de elementos. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2003).



**Vía procedimental:** En lo procesal, el procedimiento judicial ante la jurisdicción ordinaria respectiva. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

**Vista de la causa:** Formula administrativa para indicar que no procede dictar resolución en el caso. Declaración con que un Juez o tribunal expresa haber examinado un escrito, expediente, documento o asunto. (Diccionario Jurídico Poder Judicial del Perú, 2007)

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo y Nivel de Investigación**

##### **3.1.1. Tipo de investigación: cuantitativo - cualitativo**

Cuantitativo: la investigación, nació con el planteamiento de un problema delimitado y concreto; se ocupó de aspectos específicos externos del objeto de estudio, y el marco teórico que guío el estudio fue elaborado sobre la base de la revisión de la literatura (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Cualitativo: las actividades de recolección y análisis de los datos se realizaron simultáneamente (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

##### **3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - descriptivo**

Exploratorio: porque la formulación del objetivo, evidencia el propósito de examinar una variable poco estudiada; además, hasta el reporte de investigación, no se hallaron estudios similares; menos, con una propuesta metodológica similar. Se orientó a familiarizarse con la variable, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuyó a resolver el problema de investigación (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Descriptivo: porque el procedimiento de recolección de datos, permitió recoger información de manera independiente y conjunta, orientado a identificar las propiedades o características de la variable (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Fue, un examen intenso del fenómeno, bajo la permanente luz de la revisión de la literatura, dirigida a identificar, si la variable en estudio evidencia, un conjunto de características para definir su perfil (Mejía, 2004).

### **3.2. Diseño de la investigación**

No experimental, transversal, retrospectivo.

No experimental: porque no hay manipulación de la variable; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno fue estudiado conforme se manifestó en su contexto natural; en consecuencia los datos reflejan la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad de la investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Retrospectivo: porque la planificación y recolección de datos se realizó de registros, de documentos (sentencias) donde no hubo participación del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010). En el texto de los documentos se evidencia el fenómeno perteneciente a una realidad pasada.

Transversal o transeccional: porque los datos se extrajeron de un fenómeno, que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser las sentencias; por esta razón, aunque los datos se recolectaron por etapas, siempre fue de un mismo texto.

### **3.3. Unidad de análisis, objeto y variable de estudio**

La unidad de análisis fue el expediente judicial N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, que fue seleccionado mediante muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal y Mateu; 2003). Los criterios de inclusión fueron, proceso concluido, con dos sentencias de primera y segunda instancia, tramitado en órgano jurisdiccional especializado o Mixto; en este trabajo el expediente corresponde al archivo del el Juzgado Civil Permanente de Tumbes, que conforma el Distrito Judicial de Tumbes.

El objeto de estudio: lo conformaron las sentencias de primera y segunda instancia, sobre proceso de desalojo por ocupación precaria. La variable fue, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia desalojo por ocupación precaria. La operacionalización de la variable adjunta como anexo 1.

### **3.4. Técnicas e Instrumentos de investigación**

Para el recojo de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s. f) donde se presentan los parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de la variable. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos el contenido de la sentencia forma parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados le corresponden a la docente investigadora: Dione Loayza Muñoz Rosas).

### **3.5. Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.**

Se ejecutó por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas fueron:

**3.5.1. La primera etapa: abierta y exploratoria.** Fue una actividad que consistió en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estuvo guiada por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión fue una conquista; es decir, un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretó, el contacto inicial con la recolección de datos.

**3.5.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos.** También, fue una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilita la identificación e interpretación de los datos.

**3.5.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático.** Fue una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

Los procedimientos aplicados en la recolección, análisis y organización de los datos se presentan en el anexo 2.

### **3.6. Consideraciones éticas**

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, está sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). Se asumió, compromisos

éticos antes, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se ha suscrito una Declaración de compromiso ético, en el cual el investigador(a) asume la obligación de no difundir hechos e identidades existentes en la unidad de análisis, éste se evidencia como anexo 3.

### **3.7. Rigor científico.**

Para asegurar la confirmabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se ha insertado el objeto de estudio: sentencias de primera y segunda instancia, sustituyéndose únicamente, los nombres y apellidos de los particulares por las respectivas iniciales de las partes en conflicto, esto se evidencia como anexo 4.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados

**Cuadro 1:** Calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia sobre Proceso de desalojo por ocupación precaria; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura-Piura 2018.

Parte expositiva de la sentencia de primera instancia	Evidencia Empírica	Parámetros	Calidad de la introducción, y de la postura de las partes					Calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9 - 10]
<b>Introducción</b>	<b>EXPEDIENTE : 00065-2011-0-2601-JR-CI-01</b>  <b>DEMANDADO : J. A. P. P.</b>  <b>DEMANDANTE : F. P. C.</b>  <b>MATERIA : DESALOJO</b>  <b>JUEZ : DRA. J. R. M. P.</b>  <b>ESPECIALISTA : A. A. R.</b>	<p>1. El encabezamiento evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el N° de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc. Si cumple</i></p> <p>2. Evidencia el asunto: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?. Si cumple</i></p> <p>3. Evidencia la individualización de las partes: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso). Si cumple</i></p> <p>4. Evidencia aspectos del proceso: <i>el contenido explícita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte</i></p>										

	<p><b>RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISÉIS</b></p> <p>Tumbes, veinticuatro de Agosto del año dos mil doce.-</p> <p>VISTOS; Dado cuenta con la presente causa, seguida por F. P. C, contra J. A. P. P, sobre Desalojo por Ocupación Precaria -</p>	<p><i>constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar. Si cumple</i></p> <p><b>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</b></p>											
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Postura de las partes</p>	<p>Resulta de autos:</p> <p>Que, mediante escrito de fecha once de marzo del dos mil once, F. P. C, interpone demanda de DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA, con la finalidad que el demandado J. A. P. P, desocupe parte del inmueble de su propiedad ubicado en calle H. C. y C. A. A. del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes.</p> <p>Hechos en que sustentan la pretensión la demandante:</p> <p>Manifiesta que con fecha 21 de diciembre del 2010, aproximadamente a horas 12:00 horas, su hermano W.P. C. por órdenes de su señor Padre demandado y sin autorización alguna de la demandante clausuró la puerta de acceso al patio de su casa ubicado en la calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo, con el fin de que</p>	<p><b>1. Explicita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante. Si cumple</b></p> <p><b>2. Explicita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado. Si cumple</b></p> <p><b>3. Explicita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos expuestos por las partes. Si cumple</b></p> <p><b>4. Explicita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver. No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</b></p>				<p style="text-align: center;"><b>X</b></p>							<p style="text-align: center;"><b>9</b></p>

<p>la recurrente no tenga acceso al patio que es de su exclusiva propiedad, tal como consta en el Asiento N° 588 de la Ficha Registral N° 010675 de los Registros Públicos de Tumbes, despojándola de dos metros correspondientes a su terreno, por lo cual plantea la presente acción.</p> <p>Fundamentación jurídica de la pretensión: Ampara su demanda en el artículo 911° del Código Civil, artículo I del Título Preliminar y 424° y 425° del Código Procesal Civil.-</p> <p>Pretensión contradictoria de la parte demandada:</p> <p>Manifiesta el demandado que la pretensión de desalojo por ocupante precario interpuesta en su contra no puede prosperar, toda vez, que él y su fenecida conviviente F. C. F ostentan el título de poseedores legítimos, en mérito del contrato de compra venta celebrado con la Municipalidad Provincial de Tumbes en 1970, sobre el terreno ubicado entre las Calles Andrés Araujo Moran y Pasaje Italia N° 492, según</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>consta en el contrato, licencia de construcción y pagos de impuesto predial expedido por la Municipalidad Provincial de Tumbes.</p> <p><b>TRÁMITE DEL PROCESO:</b> Por resolución número uno de fecha veinticuatro de marzo del año dos mil once se admitió a trámite la demanda, para ser substanciada en la vía de proceso sumarísimo, procediéndose a emplazar al demandado, quien procedió absolver la demanda interponiendo también excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de interponer la demanda; en Audiencia Única de folios noventa, se declara infundada la excepción propuesta por el demandado y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, por tanto saneado el proceso, en la etapa de conciliación se suspende la audiencia a propuesta de las partes, señalándose nueva fecha para la continuación de esta Audiencia, la misma que se realiza conforme al acta de folios ciento uno, en la que se frustra la conciliación, se fijan los puntos controvertidos, se admiten y actúan</p>												
--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--



	<p>los medios probatorios y habiéndose ofrecido una inspección y pericia se realiza conforme al acta de folios ciento cuarenta y cuatro, posteriormente el peritaje explicado en Audiencia Especial de folios ciento ochenta y ocho y con los alegatos del demandado corresponde a la naturaleza del proceso emitir la sentencia correspondiente.-</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura.

**LECTURA.** El cuadro 1, revela que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: muy alta y alta, respectivamente. En la introducción, se encontraron los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; el asunto; la individualización de las partes; los aspectos del proceso; y la claridad. Por su parte, en la postura de las partes, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante; explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos expuestos por las partes, y la claridad; mientras que 1: explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver, no se encontró.



	<p>notificada para que ejerza su derecho de defensa, bajo estricto cumplimiento del debido proceso, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional resolver el conflicto de intereses que se ha suscitado.</p> <p>SEGUNDO: Que, conforme a lo expuesto en la demanda y a la naturaleza de la materia controvertida se fijaron como puntos controvertido: 1) Determinar si la demandante F. P. C, es propietaria del inmueble materia de litis inscrito en la ficha 010675 de Registro Públicos de Tumbes, 2) Determinar si el demandado se encuentra en posesión ilegítima del área 2. mts2., que pertenecen al inmueble de la demandante, 3)</p>	<p><i>unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado). Si cumple/</i></p> <p><b>4.</b> Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto). Si cumple</i></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). Si cumple.</i></p>													<b>20</b>
<b>Motivación del derecho</b>	<p>Determinar en que lugar del inmueble estaría el área en litigio y 4) Determinar si corresponde la restitución de dicho inmueble a la demandante; por lo que estando a la controversia anotada corresponde a la Juzgadora efectuar una correcta y debida valoración de las pruebas aportadas y actuadas durante el trámite del proceso, resaltando las valoraciones que sean esenciales y determinantes en la decisión a emitirse, conforme así prevé el artículo 197º del</p>	<p><b>1.</b> Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones <i>(El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuánto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). Si cumple</i></p> <p><b>2.</b> Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas. <i>(El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la</i></p>													

	<p>Código Procesal Civil.</p> <p>TERCERO: Que, por tanto la carga de la prueba es una obligación que consistente en poner bajo responsabilidad del litigante, la demostración de la veracidad de las proposiciones de hecho en un juicio. En función de este principio del proceso civil las partes son las que tienen la carga de probar los hechos alegados, recayendo sobre ellas la obligación de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y la de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración; conforme lo establece el artículo 188° del Código Procesal Civi.</p> <p>CUARTO: Que, con la acción de desalojo se protege un derecho real subjetivo (en este caso la propiedad), cuyo objeto es un bien, sobre el cual el sujeto titular tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios; por lo que el derecho real está adherido al bien y es preferente frente al derecho de crédito concurrente, por lo tanto el titular del derecho real puede perseguir al bien sin</p>	<p><i>norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez) Si cumple</i></p> <p><b>3.</b> Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales. <i>(La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad).Si cumple</i></p> <p><b>4.</b> Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. <i>(El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo).Si cumple</i></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). Si cumple.</i></p>					X					
--	---	---	--	--	--	--	---	--	--	--	--	--

	<p>importar en posesión de quien se encuentre, pues el derecho real es absoluto, se ejerce erga omnes; de esto se colige que si una persona posee un bien de facto, sin título, o sea sin que el titular del derecho real le haya transferido la propiedad, uso o posesión del bien, éste (el titular) puede valerse del proceso de desalojo por ocupante precario para que se le restituya el bien. Asimismo, se debe tener en cuenta que cuando se trate de acciones que tengan como pretensión la restitución del bien por ocupación precaria, el actor necesariamente debe ser el propietario del bien, por lo que resulta imprescindible que la demandante acredite con título idóneo la propiedad del inmueble cuya restitución pretende; igualmente del lado de la parte pasiva de la relación procesal, corresponde establecerse que el demandado ocupa el bien en calidad de precario, ya sea porque carecen de título alguno que legitime su posesión, o también porque el título que tenía ha fenecido, conforme así lo regula el artículo 911° del Código Civil.</p> <p>QUINTO: Que estando al primer punto controvertido, se advierte de los medios probatorios admitidos al proceso -</p>													
--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>especialmente de la ficha registral N° 010675, contenida en la Partida Electrónica N° 02007669-, que la demandante es propietaria del bien inmueble ubicado en la calle Hilario Carrasco N° 415, del Distrito, Provincia y Departamento de Tumbes, con un área de 74.48 metros cuadrados, el cual fue adquirido mediante Título Supletorio, expedido por el Juzgado Civil de Tumbes; en consecuencia la demandante posee un título oponible a terceros y que acredita en forma fehaciente su real y exclusivo derecho de propiedad, entendido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, toda vez que no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos o más titulares de dicho derecho, por cuanto este es excluyente; en dicho contexto ha quedado acreditado el primer punto controvertido.</p>														
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>SEXTO: Que, respecto al segundo y tercer y cuarto punto controvertido, cabe señalar que en la inspección ocular realizada por la suscrita, se advirtió que el área materia de litigio lo constituían un área destinada a servicios higiénicos, por lo que se dispuso se efectuó una pericia a efecto de determinar si el área señalada por las partes -materia de litigio-, se encontraba dentro de los linderos y medidas perimétricas que aparecen registralmente, posteriormente se realizó el peritaje de folios ciento cuarenta y seis a ciento sesenta y dos, que no fue objeto de observación por ninguna de las partes , el mismo que fue explicado en audiencia especial de folios ciento ochenta y ocho, en la cual se dejó establecido que a la demandante le falta 2.40 metros lineales del área total de su propiedad y que se encuentran ocupadas por el demandado, en la parte que se encuentran los servicios higiénicos, más un espacio adicional; Asimismo, el demandado no ha logrado desvirtuar las afirmaciones de la actora respecto a la precariedad, pues los documentos presentados por este, no acreditan la legitimidad de su posesión, por lo tanto podemos afirmar que el demandado no</p>													
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>cuenta con título idóneo que pueda ser opuesto al título de propiedad de la actora y por lo tanto su ocupación el ilegítima, por lo que, siendo ello así, corresponda que el demandados restituya, a la actora el área que ilegítimamente viene ocupando y que ha quedado determinado en el peritaje en comento (2.40 METROS LINEALES).</p>														
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 2, revela que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente. En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: razones que evidencian la selección de los hechos probados e improbadados; razones que evidencian la fiabilidad de las pruebas; razones que evidencian aplicación de la valoración conjunta; razones que evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, y la claridad. Asimismo, en la motivación del derecho se encontraron los 5 parámetros previstos: razones orientadas a evidenciar que las normas aplicadas ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; razones orientadas a interpretar las normas aplicadas; razones orientadas a respetar los derechos fundamentales; razones orientadas a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión, y la claridad.



**Cuadro 3:** Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia sobre Proceso de desalojo por ocupación precaria; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de congruencia y de la descripción de la decisión, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura. 2018.

Parte resolutive de la sentencia de primera instancia	Evidencia empírica	Parámetros	Calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión					Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia							
			Muy Baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta			
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7- 8]	[9-10]			
Aplicación del Principio de Congruencia	<p><b>DECISIÓN:</b></p> <p>Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo señalado por los artículos 188°, 196°, 197° del Código Procesal Civil, el Juzgado Civil Permanente de Tumbes, Administrando Justicia a nombre de la Nación:</p> <p>F A L L A: Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por F. P. C, contra J. A. P. P sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas. (Es completa) <b>Si cumple.</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas. (No se extralimita/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado). <b>Si cumple.</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia. <b>Si cumple.</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. <b>Si cumple.</b></p> <p>5. Evidencia claridad (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple</b></p>					X								9

<p style="text-align: center;"><b>Descripción de la decisión</b></p>	<p>consecuencia ORDENO que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 mts lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, ubicado en la calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes. Con costas y costos. NOTIFÍQUESE.-</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple.</b>  2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple.</b>  3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación. <b>Si cumple.</b>  4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso, o la exoneración si fuera el caso. <b>No cumple.</b>  5. Evidencia claridad: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i>  <b>Si cumple</b></p>				<b>X</b>							
--	--	--	--	--	--	----------	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 3, revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente. En la aplicación del principio de congruencia, se encontraron 5 parámetros previstos: resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas; resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas, aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; evidencia correspondencia relación recíproca con la parte expositiva y considerativa respectivamente y la claridad. Finalmente, en la descripción de la decisión se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; evidencia mención clara de lo que se decide u ordena; evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación; y la claridad. Mientras que 1: evidencian mención expresa y clara a quien le corresponde el pago de los costos y costas del proceso o la exoneración si fuera el caso. No se encontró.



	<p><b>PRECARIA.</b></p> <p><b>PROCESO : PROCESO SUMARÍSIMO</b></p> <p><b>RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTIUNO</b></p> <p>Tumbes, seis de noviembre del año dos mil doce.-</p> <p>VISTOS: En audiencia pública, y oído el informe oral de los abogados de las partes.</p> <p><b>OBJETO DE LA APELACIÓN:</b></p> <p>Es objeto del presente pronunciamiento la apelación formulada contra la resolución sentencia número dieciséis de fecha veinticuatro de agosto del dos mil doce, obrante a folio ciento noventa y ocho, que falla declarando fundada la demanda interpuesta por F P C contra J A P P sobre</p>	<p>y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso). <b>Si cumple.</b></p> <p>4. Evidencia aspectos del proceso: el contenido explícita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar. <b>Si cumple.</b></p> <p>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. <b>Si cumple.</b></p>											
	<p>DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en consecuencia ORDENA que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 metros lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de tumbes, ubicado en la Calle Hilario</p>	<p>1. Evidencia el objeto de la impugnación/la consulta (El contenido explícita los extremos impugnados en el caso que corresponda). <b>Si cumple.</b></p> <p>2. Explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación/o la consulta. <b>Si cumple.</b></p>			X							9	

<p style="text-align: center;"><b>Postura de las partes</b></p>	<p>Carrasco con Andrés Araujo del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes; con lo demás que contiene.-</p> <p><b>FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:</b></p> <p>El demandado en su apelación de folios doscientos siete, precisa presuntos errores contenidos en la sentencia:</p> <p>Que el JUZGADO no ha tomado en consideración que la demandante no ha podido probar de modo alguno que en alguna oportunidad le hayamos vendido propiedad a su favor, muy por el contrario ha solicitado título supletorio, saleando los colindantes, tan es así que refiere que su colindante por el fondo es su hermana M. P. C, sin embargo tal persona nunca ha vivido ni como alojada en dicha dirección; también se ha demostrado que la demandante ha actuado con un claro abuso de confianza para apropiarse de documentos, tampoco ha demostrado ser la propietaria de la construcción.</p> <p>Tampoco ha podido probar que ha estado en posesión, ya que cuando acudió el personal de EMUCSA constataron que no se encontraba en posesión, por el contrario ha demostrado que</p>	<p>3. Evidencia la pretensión(es) de quien formula la impugnación/ <i>o de quien ejecuta la consulta.</i> <b>Si cumple.</b></p> <p>4. Evidencia la(s) pretensión(es) de la parte contraria al impugnante/de las partes si los autos se hubieran elevado en consulta/o explicita el silencio o inactividad procesal. <b>No cumple.</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple.</b></p>											
---	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>estamos ejerciendo pacífica y publica posesión desde antes del año 1968.</p> <p>Que mi lote ha sido un solo lote matriz y en ningún momento he transferido a persona alguna parte de dicho inmueble y mucho menos se ha solicitado o autorizado sub división del lote de terreno matriz.</p> <p>Tampoco se ha tomado en cuenta que sin que mi conviviente ni el recurrente hayamos transferido en propiedad parte de nuestro inmueble, he tomado conocimiento recién el año 2011, que la demandante F. P.C ha recurrido al Poder judicial, demandando formación de títulos supletorios</p> <p>Que la ocupación precaria de un inmueble se configura con la posesión del mismo sin tener título alguno que justifique dicha posesión o el que se tenía ha fenecido, que en tal sentido sostiene que tener títulos que justifican la posesión del bien materia de litis, como lo son el haber adquirido la posesión del predio sub—litis por tradición de su anterior propietario La Municipalidad Provincial de Tumbes, adjudicación que se</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	efectuara previo pago.  Precisa pretensión impugnatoria: solicita que se declare infundada y/o improcedente la demanda.-												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 4, revela que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia fue de rango alta. Se derivó de la calidad de la introducción, y la postura de las partes que fueron de rango: alta y mediana, respectivamente: En la introducción, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; el asunto; la individualización de las partes, y la claridad; mientras que 1: aspectos del proceso, no se encontró. De igual forma en, la postura de las partes se encontraron 3 de los 5 parámetros previstos: evidencia la pretensión de quien formula la impugnación; evidencia la pretensiones de la parte contraria al impugnante; y la claridad; mientras que 2: evidencia el objeto de la impugnación, y explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación, no se encontraron.





	<p>11.60 mts y que quienes colindan en la parte posterior – a la sazón el demandado – de una forma inescrupulosa ha tomado posesión del área restante.</p> <p><b>SEGUNDO:</b> El demandado a fojas setenta y siete ha contestado la demanda señalando en su literal “D” que “(...) es cierto que el suscrito se encuentra en posesión del bien como siempre lo hemos venido haciendo con nuestra señora conviviente desde el año 1970, es así que poseemos el bien a título de poseedores legítimos, pues la ejercemos a mérito de compradores de su propietario Municipalidad Provincial de Tumbes. En consecuencia la demanda deviene en improcedente. (...).</p> <p>En ese sentido una conclusión inicial es que el hecho de la</p>	<p><i>evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado). Si cumple.</i></p> <p><b>4.</b> Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto). Si cumple.</i></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i></p>										
<p style="text-align: center;"><b>Motivación del derecho</b></p>	<p>posesión del área en disputa por parte del demandado debe asumirse como acreditado, más si en la diligencia de inspección judicial de fojas 144 se ha constatado por el juzgado que entre el predio de la demandante y el predio del demandado existe colindancia, y que en el área en disputa existe un baño que según el dicho de las partes es de la familia.</p>	<p><b>1.</b> Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones. <i>(El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto a validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). Si cumple.</i></p> <p><b>2.</b> Las razones se orientan a</p>					<b>X</b>					

<p>Además de ello lo informado por el perito designado en juicio, a fojas ciento cincuenta, en cuanto que el patio posterior a la propiedad de la demandante, donde se ubica un baño, actualmente está en posesión del demandado J. A. P. P que es usado como cochera de mototaxis, información reiterada por el perito B. T en la audiencia especial de actuación pericial de fojas ciento ochenta y ocho, al referir que del terreno de la demandante esta sólo posee 11.20 metros lineales, faltándole 2.40 metros lineales que se encuentran en posesión del demandado y que constituyen los servicios higiénicos y un espacio adicional.</p> <p>Manifestando las partes en dicho acto estar de acuerdo con lo manifestado por el perito.</p> <p><b>TERCERO:</b> Ahora bien, la parte demandante ha ejercido su derecho de acción en pro de obtener el área que entiende le resta poseer del inmueble de su propiedad inscrita a su nombre en la Ficha N° 010675 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, y cuenta con un área de 74.48 metros cuadrados, encerrados en los linderos que se detallan (por el frente con</p>	<p>interpretar las normas aplicadas. <i>(El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez)</i> <b>Si cumple.</b></p> <p><b>3.</b> Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales. <i>(La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad).</i> <b>Si cumple.</b></p> <p><b>4.</b> Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. <i>(El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo).</i> <b>Si cumple.</b></p> <p><b>5.</b> Evidencia claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas).</i> <b>Si cumple.</b></p>											
--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>calle Hilario Carrasco con 4.30 ml, por la derecha con la calle Andrés Araujo con 13.60 ml, por la izquierda con Calle Escalante Pizarro con 13.60 ml, y por el fondo con 6.6. ml.); pues hecha la medición desde la calle Hilario Carrasco sólo ocupa una longitud de 11.20 mts lineales.</p> <p>Es decir existe un área restante de terreno que corresponde al predio de la accionante y que esta no posee pero que si lo detenta el demandado.</p> <p>Con lo cual la A quo al considerar acreditadas la condición de propietaria de la demandante y la posesión por el demandado del mismo área de terreno que se reclama, entiende que la demanda debe ser amparada, pues frente al derecho real de propiedad que se opone a la posesión ejercida por el demandado, sin título que lo justifique, cabe estimar la demanda.</p> <p><b>CUARTO:</b> En su defensa el demandado sostiene haber adquirido la posesión del predio sub-litis por tradición de su anterior propietario La Municipalidad Provincial de Tumbes, adjudicación que se efectuara previo pago, con lo cual entiende</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>no es precario.</p> <p>Lo cierto es que a la fecha de la demanda tal situación jurídica está enervada pues la demandante acredita haber inscrito su derecho de propiedad en el año 2001 en mérito a un proceso de formación de título supletorio, sobre un área total de 74.48 m2, configurándose con ello la protección jurídica que brinda la institución registral a quienes logran acceder al registro, como en este caso, que hace que el derecho real sea oponible erga omnes, y si ello es así cualquier otra posición distinta se ve derrotada de conformidad con los Artículos 2019 y 2023 del Código Civil, tornando en ilegítima la posesión ejercida por el demandado, en consecuencia el Colegiado estima que la recurrida merece ser confirmada en estricta aplicación de los Artículo 911 y 923 del Código Civil.</p> <p>No debemos de olvidar que:</p> <p>“El proceso de desalojo (art. 585. CPC) es un típico instrumento de tutela de aquellas situaciones jurídicas en las cuales existe un sujeto con el derecho de exigir la restitución del bien (demandante); mientras que por el otro lado existe un</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>sujeto obligado a la restitución (demandado), siempre por virtud y efecto de un título temporal. La controversia en el desalojo queda centrada, pues en una cuestión muy específica y delimitada (la obligación de restitución del bien), por lo que se reduce drásticamente el tema cognoscente, el ámbito de la prueba y los medios probatorios.”</p> <p><b>QUINTO:</b> El argumento que se expone en el escrito de apelación respecto a que no tendría la calidad de precario quien es dueño de la edificación, no tiene mayor asidero, pues lo que se ha determinado en la actuación probatoria es que el área que no posee la demandante está destinado a servir de cochera, advirtiéndose además que no existe construcción que suponga un impedimento para atender la demanda, así se ve del informe pericial.</p> <p>En cuanto que no se ha considerado que ni el demandado ni su conviviente hubieran transferido en propiedad parte de su inmueble, ello se traduce en una afirmación carente de sentido frente a la inscripción registral de fojas cinco, pues de este último se advierte que existe un derecho inscrito y reconocido a</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>favor de la demandante, el cual debe presumirse cierto y válido de conformidad con el Artículo 2013 del Código Civil que disciplina el Principio de Legitimación Registral, por el cual: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”.</p> <p>Con lo cual no cabe sino estimar la demanda, en consecuencia confirmar la venida en grado en todo cuanto contiene.</p>											
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 5, revela que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho, que fueron de rango: muy alta y muy alta; respectivamente. En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadados; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta; las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; y la claridad. Finalmente, en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la norma aplicada fue seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión, y la claridad.

**Cuadro 6:** Calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia sobre Proceso de desalojo por ocupación precaria; con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de congruencia y de la descripción de la decisión, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura. 2018.

Parte resolutive de la sentencia de segunda instancia	Evidencia empírica	Parámetros	Calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión					Calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9-10]
<p><b>Aplicación del Principio de</b></p> <p><b>DECISIÓN DE LA SALA:</b></p> <p>Por las consideraciones expuestas, <b>LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES, RESUELVE:</b></p> <p><b>CONFIRMAR</b> la sentencia o resolución número dieciséis de fecha veinticuatro de agosto del dos mil doce, obrante a folio ciento noventa y ocho, que falla declarando fundada la demanda interpuesta por F. P. C contra J. A. P. P sobre <b>DESALOJO POR</b></p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/ o los fines de la consulta. <i>(Es completa)</i> <b>Si cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada más que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/ o la consulta (No se extralimita)/<i>Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado).</i> <b>Si cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia. <b>Si cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. <b>Si cumple</b></p> <p>5. Evidencian claridad <i>(El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas</i></p>					X						

	<p><b>OCUPACIÓN PRECARIA;</b> en consecuencia <b>ORDENA</b> que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 metros lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, ubicado en la Calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito, Provincia y Departamento de Tumbes; con lo demás que contiene.-</p>	<p><i>extranjerías, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular; o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). Si cumple.</i></p>											<b>9</b>
<b>Descripción</b>	<p>INTERVIENE como Juez Superior ponente el magistrado L. Q. T.</p> <p>NOTIFÍQUESE.-</p> <p>S.S.</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple</b></p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. <b>Si cumple</b></p> <p>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado/ o la exoneración de una obligación/ la aprobación o desaprobación de la consulta. <b>Si cumple</b></p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso/ o la exoneración si fuera el caso. <b>No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular; o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple.</i></p>				<b>X</b>							

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 6, revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia fue de rango muy alta. Se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: alta y muy alta, respectivamente. En la aplicación del principio de congruencia, se encontró los 5 parámetros previstos: resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio; resolución nada más que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio; aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia;



evidencia correspondencia con la parte expositiva y considerativa, respectivamente y la claridad. Finalmente, en la descripción de la decisión, se encontró 4 de los 5 parámetros: mención expresa de lo que se decide u ordena; mención clara de lo que se decide u ordena; mención expresa y clara a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada (el derecho reclamado); y la claridad. Mientras que 1: mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso o la exoneración. No se encontró.

**Cuadro 7:** Calidad de la sentencia de primera instancia sobre proceso de desalojo por ocupación precaria; según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura. 2018.

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de primera instancia				
			Muy baja	Baja	Medi	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Media na	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5		[1 - 8]	[9 - 16]	[17 - 24]	[25- 32]	[33 - 40]
Calidad de la sentencia de primera instancia sobre proceso de desalojo por ocupación precaria; según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura. 2018	Parte expositiva	Introducción					X	9	[9 - 10]	Muy alta	38		
		Postura de las partes				X			[7 - 8]	Alta			
	Parte considerativa		2	4	6	8	10		20	[5 - 6]		Mediana	
		Motivación de los hechos					X			[3 - 4]		Baja	
		Motivación del derecho					X			[1 - 2]		Muy baja	
	Parte resolutive	Aplicación del Principio de congruencia	1	2	3	4	5	9		[17 - 20]		Muy alta	
		Descripción de la decisión				X			[13 - 16]	Alta			
						X			[9- 12]	Mediana			
									[5 -8]	Baja			
									[1 - 4]	Muy baja			
								[9 - 10]	Muy alta				
								[7 - 8]	Alta				
								[5 - 6]	Mediana				
								[3 - 4]	Baja				
							[1 - 2]	Muy baja					

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 7, revela que la calidad de la sentencia de primera instancia sobre proceso de Proceso de desalojo por ocupación precaria, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura, fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive que fueron: muy alta, muy alta y muy alta, respectivamente. Donde, el rango de calidad de: la introducción, y la postura de las partes, fueron: muy alta y alta; asimismo de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho fueron: muy alta y muy alta, y finalmente de: la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión fueron: alta y muy alta; respectivamente.

**Cuadro 8:** Calidad de la sentencia de segunda instancia sobre proceso de desalojo por ocupación precaria, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura-Piura. 2018.

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Medi	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
									[1 - 8]	[9 - 16]	[17 - 24]	[25-32]	[33 - 40]
			1	2	3	4	5						
Calidad de la sentencia de segunda instancia sobre proceso de desalojo por ocupación precaria, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01 - Distrito Judicial de Piura-Piura.	Parte expositiva	Introducción					X	9	[9 - 10]	Muy alta	38		
		Postura de las partes				X			[7 - 8]	Alta			
	Parte considerativa		2	4	6	8	10		20	[5 - 6]		Mediana	
		Motivación de los hechos					X			[3 - 4]		Baja	
		Motivación del derecho					X			[1 - 2]		Muy baja	
								[17 - 20]		Muy alta			
	Parte resolutive	Aplicación del Principio de congruencia		1	2	3	4	5	9	[13 - 16]		Alta	
							X			[9- 12]		Mediana	
		Descripción de la decisión					X			[5 - 8]		Baja	
												[1 - 4]	Muy baja

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura.

**LECTURA.** El cuadro 8, revela que la calidad de la sentencia de segunda instancia sobre proceso de Proceso de desalojo por ocupación precaria, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, Distrito Judicial de Piura- Piura, fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la parte expositiva, considerativa y resolutive que fueron: alta, muy alta y muy alta, respectivamente. Dónde, el rango de la calidad de: la introducción, y la postura de las partes fueron: alta y mediana; asimismo, de la motivación de los hechos, y la motivación del derecho fueron: muy alta y muy alta; finalmente: la aplicación del principio de congruencia, y la descripción de la decisión fueron: alta y muy alta, respectivamente.

## **4.2. Análisis de resultados**

### **En lo concerniente a la sentencia de primera instancia**

De acuerdo a los resultados obtenidos, la calidad de la sentencia de Primera Instancia sobre desalojo por ocupación precaria, N° N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01. Del Distrito Judicial de TUMBES-PIURA 2018 se ubicó en el rango de muy alta calidad; lo cual es producto de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive que se ubicaron en el rango de muy alta, muy alta y muy alta, respectivamente. Del mismo modo, la calidad de su parte expositiva, se derivó de la calidad de: la -introducción, y la -postura de las partes que se ubicaron en el rango de: muy alta y alta calidad; en relación a su parte considerativa, se derivó de la calidad de -la motivación de los hechos y la motivación del derecho, que se ubicaron en el rango de: muy alta y muy alta calidad, respectivamente; y la calidad de su parte resolutive, que se derivó de la calidad de -la aplicación del principio de congruencia y la -descripción de la decisión, que se ubicaron en el rango de: muy alta y muy alta calidad, respectivamente, conforme se observa en el Cuadro N° 7.

De acuerdo a esta descripción, si se contrasta la parte expositiva, considerativa y resolutive de la sentencia en estudio, se determina que en primer orden, son los resultados de la calidad de la parte considerativa y resolutive los que han contribuido más a la calidad de la sentencia; y en segundo orden la calidad de la parte expositiva. Esto es así, porque al observar el cuadro N° 2 y 3, se determina que todos los parámetros se cumplieron; en cambio si se observa el Cuadro N° 1, resulta que un parámetro previsto para medir la calidad de la parte expositiva se omitió; esto fue explicitar los puntos controvertidos, sin embargo considerando que la calidad está Prevista por rangos, de todas formas, a pesar de haberse omitido un parámetro la calidad de la parte expositiva, también alcanzó el rango de muy alta calidad conforme se observa en el Cuadro N° 1.

En lo concerniente a los parámetros cumplidos pertenecientes a la parte considerativa, que comprende a la -motivación de los hechos y de la -motivación del derecho; fueron: -las razones evidencian la selección de los hechos probados; las razones evidencian fiabilidad de las pruebas; -las razones evidencian la aplicación de la valoración conjunta, -las razones evidencian la aplicación de las

reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; asimismo –las razones se orientan a evidenciar que las normas aplicadas ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y las pretensiones de las partes; –las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; –las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; –las razones se orientan a establecer el nexo entre los hechos y las normas y la –claridad.

En lo que respecta a la motivación, se puede decir que los resultados de la presente investigación, se aproximan a lo previsto en la normatividad, esto es la norma prevista en el Inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en el cual está contemplado que la sentencia tendrá la motivación de los hechos y la motivación del derecho Chanamé, (2006), asimismo a las disposiciones normativas previstas en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil y el numeral 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los cuales está previsto que la sentencia debe evidenciar las cuestiones de hecho y de derecho que sustentan la decisión adoptada. Estos hallazgos, también se asemejan a la doctrina que suscribe Colomer (2003) quien al abordar el tema de la sentencia expresa que, la sentencia es un acto racional, Resultado de una operación lógica, lo que implica reconocer la existencia de un método jurídico racional y lógico de la decisión, de ahí que el juicio de hecho y de derecho que se expresa en la sentencia, están sometidos a un conjunto de reglas racionales y lógicas contenidas en la ley que controlar la racionalidad de la decisión y de su correspondiente justificación. Lo mismo sostiene León (2008), que sugiere que la sentencia debe evidenciar el análisis de la cuestión en debate, lo relevante es que contemple no sólo la valoración de los medios probatorios para un establecimiento razonado de los hechos materia de imputación, sino también las razones que desde el punto de vista de las normas aplicables fundamentan la calificación de los hechos establecidos.

En lo que respecta al principio de congruencia, se puede afirmar; que los resultados, también se aproximan a lo previsto en el artículo VII del T.P del Código Procesal Civil, denominado Juez y Derecho, específicamente al que está escrito en el segundo párrafo, en el cual está contemplado: ... Sin embargo no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; en el caso concreto se observa una motivación acorde a las pretensiones

planteadas. Este hallazgo a su vez, se asemeja a lo expuesto en la jurisprudencia suscrita por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la causa N° 1833-2009.

De otro lado, también se puede decir que estos hallazgos, se asemejan a los resultados que encontró Romo (2008), cuando investigó La ejecución de sentencias en el proceso civil como derecho a la tutela judicial efectiva, según la legislación Española, en el cual sostiene: Una sentencia, para que se considere, que cumple con el respeto o colma las exigencias de la tutela judicial efectiva, debe cumplir al menos. Características básicas: i) Que la sentencia resuelva sobre el fondo, ii) Que la sentencia sea motivada, iii) Que la sentencia sea congruente; iv) Estar fundada en derecho; v) Ha de resolver sobre el fondo.

En lo que respecta a la parte expositiva, tal como se ha dicho se omitió explicitar los puntos controvertidos, que por definición se constituyen en el eje de la controversia que debe decidirse en la sentencia; de conformidad con lo expuesto por Coaguilla y Rioja (s.f); sin embargo en el caso concreto, específicamente en la parte expositiva, no se evidencia estos contenidos, lo cual no significa que no exista en el proceso, porque de ser así, el proceso no hubiera concluido por sentencia, lo que sucede es que no se puede observar en el texto de la parte expositiva, lo cual le resta completitud al contenido de la sentencia en estudio, toda vez que a pesar de haberse omitido, existe un pronunciamiento respecto a ellos, lo cual se observa en la parte resolutive.

### **En lo concerniente a la sentencia de segunda instancia**

De acuerdo a los resultados, la calidad de la sentencia de Segunda Instancia sobre desalojo por ocupación precaria, Expediente N° 0594\_2006. Distrito Judicial De Ancash. Huaraz. Perú. 2013, se ubicó en el rango de muy alta calidad; lo cual es producto de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive que se ubicaron en el rango de mediana, muy alta y muy alta, respectivamente. Asimismo, la calidad de su parte expositiva, se derivó de la calidad de: la –introducción, y la postura de las partes que se ubicaron en el rango de: mediana y mediana calidad; en relación a su parte considerativa, se derivó de la calidad de la motivación de los



hechos y la motivación del derecho, que se ubicaron en el rango de: muy alta y muy alta calidad, respectivamente; y la calidad de su parte resolutive, se derivó de la calidad de la aplicación del principio de congruencia y la –descripción de la decisión, que se ubicaron en el rango de: muy alta y muy alta calidad, respectivamente, conforme se observa en el Cuadro N° 8.

Teniendo en cuenta los resultados expuestos, si se contrastan entre sí, se observa que son la calidad de la parte considerativa y resolutive, los que más han contribuido a determinar la calidad de la sentencia en estudio; porque la calidad de cada una de ellas se ubicó en el rango de muy alta calidad; mientras que la calidad de la parte expositiva sólo alcanzó el rango de mediana calidad, conforme a los cuadros N° 3, 4 y 5.

Sobre la calidad de la parte considerativa y la parte resolutive, se observa que se cumplieron, todos los parámetros pertenecientes –motivación de los hechos y de la motivación del derecho; estos fueron –las razones evidencian la selección de los hechos probados; –las razones evidencian fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian la aplicación de la valoración conjunta, –las razones evidencian la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; asimismo las razones se orientan a evidenciar que las normas aplicadas ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y las pretensiones de las partes; –las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; –las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; –las razones se orientan a establecer el nexo entre los hechos y las normas y la –claridad.

Sobre la motivación de los hechos y el derecho, en similar situación que en la sentencia de primera instancia se puede evidenciar, que los resultados hallados en la parte considerativa, tanto en lo que respecta a los hechos como al derecho, se asemejan a lo previsto en el marco constitucional y en el marco legal, estos son el numeral 139 Inciso 5 de la Constitución; artículo 12 de la L.O.P.J. y el inciso tercero del artículo 122 del Código Procesal Civil; asimismo con lo que sugieren diversos doctrinarios entre ellos Gómez B. (2008) quien al referirse a la sentencia expresa que la motivación es el mecanismo a través del cual, el Juez se pone en contacto con las partes, explicándoles el por qué y de la razón de su proceder; al mismo tiempo que

garantiza el contradictorio y el derecho de impugnación (derecho de defensa), dicho de otro modo la motivación representa el camino que los jueces han seguido para llegar a la decisión y cómo han aplicado el derecho a los hechos.

En relación a la congruencia, que se constituye en el pilar de la parte resolutive, se puede decir, que en el caso en estudio se sujeta a la definición expuesta en el numeral VII del T.P. del Código Procesal Civil, en el cual está contemplada que el juez debe sujetarse a las pretensiones planteadas por las partes, en el caso concreto sobre los extremos de la apelación; esto se aproxima a lo dicho por Colomer (2003), cuando afirma que el discurso de la sentencia no es libre, toda vez que los límites internos condicionan al Juez que no podrá usar en la redacción de la motivación cualquier proposición o unidad conceptual, sino solo aquellos que respeten las reglas que disciplinan el juicio de hecho y de derecho en cada tipo de proceso, es decir las que se adecuen a las exigencias existentes en cada orden jurisdiccional.

Además de lo expuesto, se puede agregar que al elaborar la motivación, ningún juez está obligado a darle la razón a la parte pretendiente, pero está obligado a indicarle las razones de su sin razón; y que ésta costumbre de fundamentar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas, es una garantía para la prestación de justicia que Deviene en esencia de dos principios: imparcialidad e impugnación privada (Alva, 2006).

En síntesis se puede afirmar, que en cuanto a la forma ambas sentencias se sujetan con mayor tendencia a la formalidad prevista para la elaboración de la parte considerativa y resolutive, y menos tendencia a la parte expositiva, de lo que se infiere que la causa probable puede ser: que para elaborar la parte considerativa y resolutive, se guían por las pretensiones planteadas por las partes y el conocimiento y aplicación del principio de motivación y congruencia procesal, de ahí que le brinden mayor atención a la redacción de ambos componentes de la sentencia, evidenciando poco interés en cuanto a la parte expositiva, respecto al cual debería darse igual trato, ya que la parte expositiva se ocupa de los hechos; es decir de los elementos fácticos que constituyen la base de la controversia en virtud del cual se genera el proceso y dentro de éste la sentencia, se advierte falta de completitud en la parte expositiva, puesto que, para comprender en su integridad, necesariamente se tendría que recurrir

a la lectura de todo lo hecho y actuado, cuando lo ideal podría ser que a la lectura de la sentencia se tome conocimiento integral tanto de los hechos expuestos por las partes, como de los fundamentos y decisión expuesta por el Juez, respecto de aquellos hechos.

Al cierre del presente trabajo, cabe advertir que hubo limitaciones de tiempo, acceso a la bibliografía, entre otros. Asimismo, el estudio si bien no revierte la problemática de donde surgió el problema; sin embargo se orienta a contribuir a los esfuerzos que se hacen en el interior de las instituciones ligadas con la administración de justicia, dejando a salvo la oportunidad de que terceros y los mismos operadores de justicia, profundicen el presente estudio.

## V. CONCLUSIONES

Se concluyó que, de acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio la calidad de las sentencias de primera instancia y segunda instancia sobre desalojo por ocupante precario; otros, en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, del Distrito Judicial de tumbes, la calidad de sentencia de primera instancia fue de rango muy alta y la calidad de sentencia de segunda instancia fue de rango alta respectivamente (Cuadro 7 y 8).

**5.1. En relación a la calidad de la sentencia de primera instancia.** Se concluyó que, fue de rango Muy Alta; su calidad se determinó en base a los resultados de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que fueron de rango: muy alta, respectivamente (Ver cuadro 7 que comprende Cuadros 1, 2 y 3). Fue emitida por el juzgado especializado en lo civil de la ciudad de tumbes, el pronunciamiento fue declarar fundada la demanda interpuesta por la demandante de materia de desalojo por ocupante precario, en consecuencia ordeno que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 mts lineales del inmueble inscrito en la partida electrónica N° 02007669 del registro de propiedad inmueble de tumbes, ubicado en la calle Hilario carrasco con Andrés Araujo del distrito, provincia y departamento de tumbes con costas y costos (Expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01)

**5.1.1. La calidad de la parte expositiva con énfasis en la introducción y la postura de las partes, fue de rango baja (Cuadro 1).** Se determinó con énfasis en la introducción y la postura de partes que fueron de rango alta y muy alta respectivamente (cuadro 1)

La calidad de la introducción, se encontraron los 4 parámetros de los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; evidencia el asunto; evidencia la individualización de las partes; evidencia claridad y no se encontró La evidencia de los aspectos del proceso. Por su parte, en la postura de las partes, se encontraron los 5 parámetros de los 5 parámetros previstos: explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante; explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado; explícita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos expuestos por las partes; explícita los puntos controvertidos aspectos específicos respecto al (os) cuales se resolverá; evidencia la claridad.

**5.1.2. La calidad de la parte considerativa con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho, fue de rango mediana (Cuadro 2).** Se determinó; en; en base a los resultados de la calidad de la motivación de los hechos y la motivación del derecho, donde ambas fueron de rango muy alta (Cuadro 2). En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: razones que evidencian la selección de los hechos probados o improbados; las razones que evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones que evidencian aplicación de la valoración conjunta; las razones que evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y evidencia claridad. Asimismo, en la motivación del derecho se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones orientadas a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada(s) ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión y la evidencia claridad.

**5.6.3. La calidad de la parte resolutive con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, fue de rango alta (Cuadro 3).** Se determinó en base a los resultados de la calidad, de la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, fue de rango muy alta y muy alta, respectivamente (Cuadro 3). En la aplicación del principio de congruencia, se encontraron 5 de los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas; el contenido evidencia resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; el contenido evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; el pronunciamiento evidencia corresponde( relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente y evidencia claridad. Finalmente, en la descripción de la decisión se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada (el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación); los pronunciamientos evidencian mención expresa y clara a quien le corresponde el pago de los costos y costas del proceso o la exoneración si fuera el caso y evidencia la claridad.

**5.2. En relación a la calidad de la sentencia de segunda instancia.** Se concluyó que, fue de rango muy alta, de acuerdo a los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, pertinentes, planteados en el presente estudio; y fue emitida por la Corte Superior de Justicia de tumbes Segunda Sala Especializada en lo civil, perteneciente al Distrito Judicial de tumbes (Cuadro 8). Asimismo, su calidad se determinó en base a los resultados de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que fueron de rango: bajo, muy alta, y muy alta, respectivamente (Cuadros 4, 5 y 6). (Expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01)

**5.2.1. La calidad de la parte expositiva con énfasis en la introducción y la postura de las partes, fue de rango mediana (Cuadro 4).** Se determinó con énfasis en la introducción y la postura de las partes, que fueron de rango baja y muy baja (cuadro 4) En la introducción, se encontraron 2 de los 5 parámetros previstos: el encabezamiento evidencia; evidencia claridad; mientras no se encontró 3 de los 5 parámetros previstos; evidencia del asunto; evidencia de la individualización de las partes; evidencia los aspectos del proceso. De igual forma en la postura de las partes se encontró 1 de los 5 parámetros previstos: evidencia claridad; mientras no se encontró 4 de los 5 parámetros previstos; evidencia el objeto de impugnación o la consulta (el contenido explicita los extremos impugnados en el caso que corresponda); explicita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación o la consulta; evidencia la pretensión (es)de quien formula impugnación o de quien ejecuta la consulta; evidencia la (s) pretensiones de la parte contraria al impugnante.

**5.2.2. La calidad de la parte considerativa con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho fue de rango mediana (Cuadro 5).** Se determinó con énfasis en la motivación de los hechos y la motivación del derecho, que fueron de rango muy alta y muy alta, respectivamente (Cuadro 5). En la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta; las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las

máximas de la experiencia; y evidencia claridad. Finalmente, en la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones se orientan a evidenciar que la (s) norma (s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones; las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas; las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales; las razones se orientan a establecer la conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión, y evidencia la claridad.

**5.4.6. La calidad de la parte resolutive con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión, fue de rango alta (Cuadro 6).** Se determinó con énfasis en la aplicación del principio de congruencia y la descripción de la decisión que fueron de rango muy alta y alta, respectivamente (Cuadro 6). En la aplicación del principio de congruencia, se encontró 5 de los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas; el contenido evidencia resolución nada más, que de las pretensiones ejercitadas; el contenido evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente y evidencia claridad. Finalmente, en la descripción de la decisión, se encontró 4 de los 5 parámetros: el pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena; el pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada (el derecho reclamado o la exoneración de una obligación) y evidencia claridad. Por otra parte, no se encontró; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso, o la exoneración si fuera el caso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albanese, B. (1985). *Le situazione possessorie nel diritto privato romano*, polumbo, Palermo.
- Alonso Espinoza, F. J. (1994) *Mercado primario de valores negociable*, jose maria Bosch editor, Barcelona.
- Avendaño Valdez, J. (1985)° “la posesión en el código civil de 1984” en VV.AA. libro Homenaje a Jose león Barandiaran, cultural cuzco, lima.
- Cabanellas De Torres, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, editorial Heliasta, Buenos Aires 2008.
- Cabanellas, G. (1996) “Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual”, (Pág. 48) Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 24ª, Tomo V.
- Calamandrei, P. (1962) *Instituciones de derecho procesal civil*, (pp. 317 y ss, en particular p. 323) volumen I, ediciones JEA, Buenos Aires.
- Carrión Lugo, J. (2000) *Tratado de Derecho Procesal Civil*. (Pág. 52) Volumen II. Editora Jurídica GRIJLEY. 1º Edición. Lima.
- Chiovenda, J. (1992) *Principios de derecho procesal civil*, (Pág. 43 y ss., en particular Pág. 61-64). Tomo I, Reus, Madrid.
- Chiovenda, J., (1922) “Principios de derecho procesal civil”, (Pág. 43 y ss., en particular, Pág. 61-64) Tomo I, Reus, Madrid.
- Conciliation is an alternative dispute resolution process whereby the parties to a dispute (include future interest disputes) agree to utilize the services of a conciliator, who then meets the parties separately in an attempt to resolve their differences. ([www.encyclopedia.thefreedictionary.com](http://www.encyclopedia.thefreedictionary.com)).
- Couture, E. (1980) “Vocabulario Jurídico”, (Pág. 369) Bs. As. Argentina: Desalma.
- D’Ors, Á. (1997) *Derecho privado romano*, EUNSA, pamplona.
- D’ors, Á. y otros (traductores) (1968) *el digesto de Justiniano*, editorial Aranzadi, pamplona.
- Di Majo, A. (2003). *La tutela Civile dei diritti*, giuffre editore, Milán.



- Diez Picazo, L. (1995) Fundamentos de derecho civil patrimonial, editorial civista, Madrid.
- Diez Picazo, L. (2010) Fundamentos de derecho civil patrimonial, civistas – Thomson Reuters, Madrid, T. IV: las particulares relaciones obligatorias.
- Esquivel Oviedo, J. C. (2009). La función social que cumple la usucapión es otorgar la propiedad de un bien a quien lo explota en perjuicio de quien lo ha tenido abandonado por varios años y que no se opuso a la posesión ejercida por el ocupante. (Pág. 15) Edición. Lima. Editorial el Búho E.I.R.L.
- Esquivel Oviedo, J. C.(2009). La Usucapión o Prescripción Adquisitiva es un modo originario de la propiedad, por efecto del transcurso del tiempo en la posesión de un bien. (Pág. 14) 1Edición. Lima. Editorial el Búho E.I.R.L.
- Fernández De Bujan, A. (2000) Derecho público Romano, Editorial civistas, Madrid
- Fernández De Bujan, A. (2011). Derecho privado romano, iustel, Madrid
- Fuenteseca, C. (2002). La posesión mediata e inmediata, Editorial Dickinson, Madrid
- Gaceta Jurídica (2007). La Posesión es el ejercicio de un hecho de uno o más poderes inherentes de la propiedad, estos son el uso, el disfrute y la disposición, por tanto ejerce de hecho uno o cualquiera de estos atributos, en estricto posee. (Pág. 296) 1 Edición. Lima. Editorial el Búho E.I.R.L.
- Gaceta Jurídica (2007). La Prescripción. Renuncia, de acuerdo con lo que prescribe el Artículo 1991 del Código Civil, el derecho de prescribir es un derecho subjetivo que se funda en el orden público, en el interés social. (Pág. 656) 1 Edición. Lima. Editorial el Búho E.I.R.L.
- García Valdecasa, G. (2005). La posesión, editorial Comares, Granada.
- Garrido Roque, F.y Zago, J. A. (1988). Contratos civiles y comerciales, Editorial universidad, Buenos Aires, T. II: Parte Especial.
- Gonzales Barron, G. H. (2011) “El poseedor precario en su hora definitiva: una visión desde todas las perspectivas”, en actualidad jurídica, N° 214, Lima, septiembre.
- Gonzales Barron, G. H. (2011) Propiedad y derechos humanos. Superación del

- Modelo Liberal y Codificado de Propiedad, Jurista Editores, Lima 2011.
- Gonzales Barron, G. H. (2013) “Hacia una nueva definición de la posesión “, en DE La Cuesta Saenz, José María y otros (coords) homenaje al profesor Carlos vattier fuenzalida, universidad de burgos – Thomson Reuters Aranzadi, cizur menor 2013.
- Gonzales Barrón, G. H. (2013) derechos reales, 3° edición, jurista editores, lima 2013.
- Gonzales Barrón, G. H. (2014) “comentario breve al decepcionante cuarto pleno”, en revista jurídica Thomson Reuters, N° 64, LIMA 17 de marzo.
- Grosso, G. (1965). Lezioni di storia del diritto romano, giappichelli editore, Torino 1965.
- Grosso, G. (1970). Schemi giuridici e societa nella storia del diritto privato romano, giappichelli editores, Turín.
- Guzmán Brito, A. (1997). Derecho privado romano, editorial jurídica de chile, Santiago.
- Hedemann, J. W. (1955) Derechos reales, en LEHMANN – HEDEMANN. Tratados de derecho civil, T. II, EDERSA, Madrid, traducción de jose Luis diez pastor y Manuel Gonzales enriques.
- Hernández Gil, A. (1987) obras completas, T. II: La posesión, Espasa- Calpe, Madrid 1987.
- Hinostrosa, F. (2005) Apuntes de derecho romano, universidad externado de Colombia, Bogotá.
- Iglesias, J. (1999) Derecho romano, editorial Ariel, Barcelona.
- Lafaille, H. (1944) Derecho civil, T. VIII, V. I: tratado de los derechos reales, editar, Buenos Aires.
- Lama More, H. (2001) “La posesión precario y la posesión ilegítima” en dialogo con la jurisprudencia, N° 28, Lima.
- Lama More, H. (2006) La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano, tesis para optar el grado de magister en derecho civil, PUCP, Lima

Le conciliateur convoque les parties au lieu, jour et heure qu'il détermine, pour procéder a la tentative préalable de conciliation. (Art. 832-3 Le Nouveau Code de Procédure Civile).

Leitao, L. M.; Teles de menezes (2009). Dereitos reais, Almedina coimbra.

Lozano, M. (2006) Función social de la propiedad y latifundios ocupados. Los sin tierra de Brasil, dykinson, Madrid.

Mejorada Chauca, M. (2006). "precario. ¿Y qué?", en actualidad jurídica, N° 151, Lima, Junio.

Messineo, F. (1979), manual de derecho civil y comercial, EJEA, Buenos Aires, traducción de Santiago sentís Melendo.

Morales Hervias, R. (2012). "La inconsistente declaración" de oficio de la nulidad del contrato en el código civil peruano de 1984", en actualidad jurídica, N° 219, Lima, febrero.

Moreno Mocholi, M. (1951) El precario, Bosch casa editorial, Barcelona.

Musto, N. J. (2000) Derechos Reales, Editorial Astrea, Buenos Aires.

ONU. (2001) Comisión de derechos humanos, informe del relator especial sobre la vivienda adecuada, como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon kothari, 25 de enero de 2001, E/CN.4/2001/51.

Ortiz Márquez, J. (1968) Comentario a la Instituciones de Gayo, Ediciones Tercer Mundo – Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

Pasco Arauco, A. (2011) La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo, en revista jurídica del Perú, N° 119, Lima, Enero 2011.

Pasquau Liaño, M. (2007) La acción de nulidad si prescribe", en DELGADO ECHEVARRIA, Jesús (coord.). Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución, Thomson Aranzadi, cizur menor.

Peñailillo Arevalo, D. (2014) Los bienes. La propiedad y otros derechos reales, editorial jurídica de chile, Santiago.

Peter Häberle, (1997) La libertad fundamental en el Estado constitucional, (pp. 289 y ss.) PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima.

- Ramírez Cruz, E. M. (1996) tratado de derechos reales, T. I, Editorial Rhodas, Lima
- Rocco (1996) El problema y el método de la ciencia del derecho penal, Temis, Bogotá, (Pág. 1-36).
- Roppo, V. (2009) El contrato, gaceta jurídica, Lima , traducción de Nelval Carreteros Torres.
- Rostion Casas, I. (2013) El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013), Thomson Reuters, Santiago.
- Sacco, R. y Caterina, R. (2000) II possesso, Giuffre editore, Milan.
- Santos Justo, A. (2010) Deretos Reais, Wolters Kluwer – coimbra editora, coimbra
- Torres Vásquez, A. (2005) “¿En qué consiste la posesión precaria?”, en actualidad jurídica, N° 137, Lima, abril.
- Torres Vásquez, A. (2006) Derechos reales, T. I, Idemsa, Lima.
- Wieacker, F. (2000). Historia de derecho privado de la edad moderna, editorial comares, granada, traducción de francisco Fernández Jardón.
- Wonnacott, M. (2006) Possession of land, Cambridge university press, Londres

**A  
N  
E  
X  
O  
S**

**ANEXO 1:**

**Cuadro de Operacionalización de la Variable Calidad de Sentencia – Primera Instancia**

<b>OBJETO DE ESTUDIO</b>	<b>VARIABLE</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SUBDIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>
<b>S E N T E N C I A</b>	<b>CALIDAD DE LA SENTENCIA</b>	<b>PARTE EXPOSITIVA</b>	<b>Introducción</b>	<p>1. El encabezamiento evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el número de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Evidencia el asunto: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia la individualización de las partes: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia los aspectos del proceso: <i>el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
			<b>Postura de las partes</b>	<p>1. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandante. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Explícita y evidencia congruencia con la pretensión del demandado. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Explícita y evidencia congruencia con los fundamentos facticos expuestos por las partes. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Explícita los puntos controvertidos o aspectos específicos respecto de los cuales se va resolver. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>Motivación de los hechos</b>	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realizó el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos; se verificó los requisitos requeridos para su validez).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examinó todos los posibles resultados probatorios, interpretó la prueba, para saber su</i></p>	

		<b>PARTE CONSIDERATIVA</b>		<p><i>significado</i>). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia.</b> (Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto).<b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple</b></p>
			<b>Motivación del derecho</b>	<p><b>1. Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones.</b> (El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas.</b> (El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales.</b> (La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad).<b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión.</b> (El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo).<b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>PARTE RESOLUTIVA</b>	<b>Aplicación del Principio de Congruencia</b>	<p><b>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas.</b> (Es completa) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. El contenido evidencia resolución nada más, que de las pretensiones ejercitadas</b> (No se extralimita/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado) (<b>Si cumple/No cumple</b>)</p> <p><b>3. El contenido evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. El contenido del pronunciamiento evidencia correspondencia (relación uso recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple.</b></p>
				<p><b>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/</b></p>

			<b>Descripción de la decisión</b>	<p>el derecho reclamado, o la exoneración de una obligación. Si cumple/No cumple</p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso, o la exoneración si fuera el caso. Si cumple/No cumple</p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple/No cumple.</i></p>
--	--	--	-----------------------------------	--



## Cuadro de Operacionalización de la Variable Calidad de Sentencia – Segunda Instancia

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
<b>S E N T E N C I A</b>	<b>CALIDAD DE LA SENTENCIA</b>	<b>EXPOSITIVA</b>	<b>Introducción</b>	<p>1. El <b>encabezamiento</b> evidencia: <i>la individualización de la sentencia, indica el número de expediente, el número de resolución que le corresponde a la sentencia, lugar, fecha de expedición, menciona al juez, jueces, etc.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Evidencia el <b>asunto</b>: <i>¿El planteamiento de las pretensiones? ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá?, el objeto de la impugnación, o la consulta; los extremos a resolver.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia <b>la individualización de las partes</b>: <i>se individualiza al demandante, al demandado, y al del tercero legitimado; éste último en los casos que hubiera en el proceso).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia <b>los aspectos del proceso</b>: <i>el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>CONSIDERATIVA</b>	<b>Motivación de los hechos</b>	<p>1. Las razones evidencian <b>la selección de los hechos probados o improbados</b>. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. Las razones evidencian <b>la fiabilidad de las pruebas</b>. <i>(Se realizó el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se verificó los requisitos requeridos para su validez).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Las razones evidencian <b>aplicación de la valoración conjunta</b>. <i>(El contenido</i></p>
			<b>Postura de las partes</b>	<p>1. Evidencia <b>el objeto de la impugnación</b>/o la consulta <i>(El contenido explicita los extremos impugnados en el caso que corresponda).</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>2. <b>Explicita y evidencia congruencia con los fundamentos fácticos/jurídicos que sustentan la impugnación</b>/o la consulta. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>3. Evidencia <b>la pretensión(es) de quién formula la impugnación</b>/o de quién ejecuta la consulta. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>4. Evidencia <b>la(s) pretensión(es) de la parte contraria al impugnante</b>/de las partes si los autos se hubieran elevado en consulta/o explicita el silencio o inactividad procesal. <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p>5. Evidencia <b>claridad</b>: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> <b>Si cumple/No cumple</b></p>

			<p>evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examinó todos los posibles resultados probatorios, interpretó la prueba, para saber su significado). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia.</b> (Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad:</b> el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<b>Motivación del derecho</b>	<p><b>1. Las razones se orientan a evidenciar que la(s) norma(s) aplicada ha sido seleccionada de acuerdo a los hechos y pretensiones.</b> (El contenido señala la(s) norma(s) indica que es válida, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad) (Vigencia en cuanto validez formal y legitimidad, en cuanto no contraviene a ninguna otra norma del sistema, más al contrario que es coherente). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. Las razones se orientan a interpretar las normas aplicadas.</b> (El contenido se orienta a explicar el procedimiento utilizado por el juez para dar significado a la norma, es decir cómo debe entenderse la norma, según el juez) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. Las razones se orientan a respetar los derechos fundamentales.</b> (La motivación evidencia que su razón de ser es la aplicación de una(s) norma(s) razonada, evidencia aplicación de la legalidad). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. Las razones se orientan a establecer conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión.</b> (El contenido evidencia que hay nexos, puntos de unión que sirven de base para la decisión y las normas que le dan el correspondiente respaldo normativo). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas). <b>Si cumple/No cumple</b></p>
	<b>RESOLUTIVA</b>	<b>Aplicación del Principio de Congruencia</b>	<p><b>1. El pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/en la adhesión/ o los fines de la consulta.</b> (según corresponda) (Es completa) <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. El pronunciamiento evidencia resolución nada más, que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio/la adhesión o la consulta</b> (según corresponda) (No se extralimita)/Salvo que la ley autorice pronunciarse más allá de lo solicitado). <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. El pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. El pronunciamiento evidencia correspondencia</b> (relación recíproca) <b>con la parte expositiva y considerativa respectivamente.</b> <b>Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad</b> (El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las</p>

				<p><i>expresiones ofrecidas</i>). <b>Si cumple/No cumple.</b></p> <p><b>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa de lo que se decide u ordena. Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>2. El pronunciamiento evidencia mención clara de lo que se decide u ordena. Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>3. El pronunciamiento evidencia a quién le corresponde cumplir con la pretensión planteada/ el derecho reclamado/ o la exoneración de una obligación/ la aprobación o desaprobación de la consulta. Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara a quién le corresponde el pago de los costos y costas del proceso/ o la exoneración si fuera el caso. Si cumple/No cumple</b></p> <p><b>5. Evidencia claridad:</b> <i>El contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular; o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple/No cumple.</i></p>
--	--	--	--	--

## ANEXO 2:

### CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LA VARIABLE

#### 1. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a las sentencias de primera y segunda instancia.
2. La variable de estudio viene a ser la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia según los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales pertinentes.
3. La variable tiene dimensiones, los cuales son tres por cada sentencia, estos son: la parte expositiva, considerativa y resolutive, respectivamente.
4. Cada dimensión de la variable tiene sus respectivas sub dimensiones.

#### **En relación a la sentencia de primera y segunda instancia.**

- 4.1. Las sub dimensiones de la dimensión parte expositiva son 2: introducción y la postura de las partes.
- 4.2. Las sub dimensiones de la dimensión parte considerativa son 2: motivación de los hechos y motivación del derecho.
- 4.3. Las sub dimensiones de la dimensión parte resolutive son 2: aplicación del principio de congruencia y descripción de la decisión.

\* **Aplicable:** cuando la fuente se trata de procesos civiles y afines.

5. Cada sub dimensión presenta 5 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
6. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto 5 parámetros, que son criterios o indicadores de calidad, extraídos indistintamente de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia los cuales se registran en la lista de cotejo.
7. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio se califica en 5 niveles que son: muy baja, baja, mediana, alta y muy alta, respectivamente.

## **8. Calificación:**

- 8.1.**De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple
- 8.2.**De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.
- 8.3.**De las dimensiones: se determina en función a la calidad de las sub dimensiones, que presenta.
- 8.4.**De la variable: se determina en función a la calidad de las dimensiones

## **9. Recomendaciones:**

- 9.1.**Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
  - 9.2.**Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
  - 9.3.**Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial existente en el expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.
  - 9.4.**Empoderarse, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas facilitará el análisis de la sentencia, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.
- 10.** El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.
- 11.** Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

## **2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS DOCTRINARIO, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PREVISTOS EN EL PRESENTE ESTUDIO.**

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

**Cuadro 1**  
**Calificación aplicable a los parámetros**

Texto respectivo de la sentencia	Lista de parámetros	Calificación
		<b>Si cumple</b> (cuando en el texto se cumple)
		<b>No cumple</b> (cuando en el texto no se cumple)

**Fundamentos:**

- ⤴ El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si cumple
- ⤴ La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No cumple

**3. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE UNA SUB DIMENSIÓN**

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia)

**Cuadro 2**  
**Calificación aplicable a cada sub dimensión**

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación de calidad
Si se cumple 5 de los 5 parámetros previstos	5	Muy alta
Si se cumple 4 de los 5 parámetros previstos	4	Alta
Si se cumple 3 de los 5 parámetros previstos	3	Mediana
Si se cumple 2 de los 5 parámetros previstos	2	Baja
Si sólo se cumple 1 parámetro previsto o ninguno	1	Muy baja

**Fundamentos:**

- ⤴ Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del

presente documento.

- ⤴ Consiste en agrupar los parámetros cumplidos.
- ⤴ La calidad de la sub dimensión se determina en función al número de parámetros cumplidos.
- ⤴ *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica con el nivel de: muy baja.*

#### 4. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LAS DIMENSIONES PARTE EXPOSITIVA Y RESOLUTIVA

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia)

**Cuadro 3**

##### Calificación aplicable a las dimensiones: parte expositiva y parte resolutive

Dimensión	Sub dimensiones	Calificación					De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación de la calidad de la dimensión
		De las sub dimensiones							
		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta			
		1	2	3	4	5			
Nombre de la dimensión: ...	Nombre de la sub dimensión		X				7	[ 9 - 10 ]	Muy Alta
								[ 7 - 8 ]	Alta
	Nombre de la sub dimensión					X		[ 5 - 6 ]	Mediana
								[ 3 - 4 ]	Baja
								[ 1 - 2 ]	Muy baja

**Ejemplo:** 7, está indicando que la calidad de la dimensión... es alta, se deriva de la calidad de las dos sub dimensiones, .... y ....., que son baja y muy alta, respectivamente.

#### Fundamentos:

- ⤴ De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas como: parte expositiva y parte resolutive, cada una, presenta dos sub dimensiones.

- ⤴ Asimismo, el valor máximo que le corresponde a una sub dimensión es 5 (Cuadro 2). Por esta razón, el valor máximo que le corresponde a una dimensión que tiene 2 sub dimensiones es 10.
- ⤴ Por esta razón el valor máximo que le corresponde a la parte expositiva y parte resolutive, es 10.
- ⤴ Asimismo, para los efectos de establecer los 5 niveles de calidad, se divide 10 (valor máximo) entre 5 (número de niveles), y el resultado es 2.
- ⤴ El número 2, indica que cada nivel de calidad presenta 2 niveles de calidad
- ⤴ Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 3.
- ⤴ La determinación de los valores y niveles de calidad, se evidencian en el siguiente texto:

**Valores y nivel de calidad:**

[ 9 - 10] = Los valores pueden ser 9 o 10 = Muy alta

[ 7 - 8] = Los valores pueden ser 7 u 8 = Alta

[ 5 - 6] = Los valores pueden ser 5 o 6 = Mediana

[ 3 - 4 ] = Los valores pueden ser 3 o 4 = Baja

[ 1 - 2] = Los valores pueden ser 1 o 2 = Muy baja

Nota: Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 3.

## **5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LA DIMENSIÓN PARTE CONSIDERATIVA**

Se realiza por etapas.

### **5.1. Primera etapa: determinación de la calidad de las sub dimensiones de la parte considerativa.**

(Aplicable cuando se trata de la sentencia de primera y de segunda instancia).



#### Cuadro 4

##### Calificación aplicable a las sub dimensiones de la parte considerativa

Cumplimiento de criterios de evaluación	Ponderación	Valor numérico (referencial)	Calificación de calidad
Si se cumple 5 de los 5 parámetros previstos	2x 5	10	Muy alta
Si se cumple 4 de los 5 parámetros previstos	2x 4	8	Alta
Si se cumple 3 de los 5 parámetros previstos	2x 3	6	Mediana
Si se cumple 2 de los 5 parámetros previstos	2x2	4	Baja
Si sólo se cumple 1 parámetro previsto o ninguno	2x 1	2	Muy baja

**Nota:** el número 2, está indicando que la ponderación o peso asignado para los parámetros está duplicado; porque pertenecen a la parte considerativa, lo cual permite hallar los valores que orientan el nivel de calidad.

##### Fundamentos:

- ⤴ Aplicar el procedimiento previsto en el Cuadro 1. Es decir; luego de haber identificado uno por uno, si los parámetros se cumplen o no.
- ⤴ El procedimiento para determinar la calidad de las dimensiones identificadas como parte EXPOSITIVA Y RESOLUTIVA, difiere del procedimiento empleado para determinar la calidad la dimensión identificada como parte CONSIDERATIVA. En éste último la ponderación del cumplimiento de los parámetros se duplican.
- ⤴ La calidad de la parte expositiva y resolutive emerge de la calidad de sus respectivas sub dimensiones, los cuales a su vez se determinan agrupando los parámetros cumplidos conforme al Cuadro 2.
- ⤴ La calidad de la parte considerativa; también, emerge de la calidad de sus respectivas sub dimensiones; cuya calidad, a diferencia de las anteriores, se determina luego de multiplicar por 2, el número de parámetros cumplidos conforme al Cuadro 4. Porque la ponderación no es simple; sino doble.
- ⤴ Por esta razón los valores que orientan la determinación de los cinco niveles de calidad que son: muy baja, baja, mediana, alta y muy alta; no son, 1, 2, 3, 4 y 5;

sino: 2, 4, 6, 8 y 10; respectivamente; cuando se trata de la parte considerativa.

♣ Fundamentos que sustentan la doble ponderación:

**5.2. Segunda etapa: determinación de la calidad de la de dimensión: parte considerativa**

(Aplicable para la sentencia de **primera instancia** - tiene 2 sub dimensiones – ver Anexo 1)

**Cuadro 5**

**Calificación aplicable a la dimensión: parte considerativa (primera instancia)**

Dimensión	Sub dimensiones	Calificación					De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación de la calidad de la dimensión
		De las sub dimensiones							
		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta			
		2x 1=	2x 2=	2x 3=	2x 4=	2x 5=			
		2	4	6	8	10			
Parte considerativa	Nombre de la sub dimensión			X			14	[17 - 20]	Muy alta
	Nombre de la sub dimensión				X			[13 - 16]	Alta
								[9 - 12]	Mediana
								[5 - 8]	Baja
								[1 - 4]	Muy baja

**Ejemplo: 14**, está indicando que la calidad de la dimensión parte considerativa es de calidad alta, se deriva de los resultados de la calidad de las dos sub dimensiones que son de calidad mediana y alta, respectivamente.

**Fundamentos:**

- ♣ De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), la parte considerativa presenta 2 sub dimensiones que son motivación de los hechos y motivación del derecho.
- ♣ De acuerdo al Cuadro 4, el valor máximo que le corresponde a cada sub dimensión es 10; asimismo, de acuerdo a la lista de especificaciones (punto 8.3), la calidad de una dimensión se determina en función a la calidad de las sub dimensiones que lo componen.

- ⤴ Por esta razón si una dimensión tiene 2 sub dimensiones, cuyo valor máximo de cada uno, es 10; el valor máximo que le corresponde a la dimensión es 20.
- ⤴ El número 20, es referente para determinar los niveles de calidad. Consiste en dividir 20 (valor máximo) entre 5 (número de niveles), y el resultado es 4.
- ⤴ El número 4 indica, que en cada nivel de calidad hay 4 valores.
- ⤴ Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; para orientar la determinación de los 5 niveles de calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 5.
- ⤴ La determinación de los valores y niveles de calidad, se evidencian en el siguiente texto:

**Valores y nivel de calidad:**

[ 17 - 20] = Los valores pueden ser 17, 18, 19 o 20 = Muy alta

[ 13 - 16] = Los valores pueden ser 13, 14, 15 o 16 = Alta

[ 9 - 12] = Los valores pueden ser 9, 10, 11 o 12 = Mediana

[ 5 - 8] = Los valores pueden ser 5, 6, 7 u 8 = Baja

[ 1 - 4] = Los valores pueden ser 1, 2, 3 o 4 = Muy baja

**5.2. Tercera etapa: determinación de la calidad de la dimensión: parte considerativa – Sentencia de segunda instancia**

Se aplica el mismo procedimiento previsto para determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, conforme se observa en el Cuadro 5.

**Fundamento:**

- La parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, presenta el mismo número de sub dimensiones que la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, entonces el procedimiento a seguir es el mismo.

La exposición anterior se verifica en el Cuadro de Operacionalización – Anexo 1.

**6. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LA VARIABLE:**

## CALIDAD DE LA SENTENCIAS

Se realiza por etapas

### 6.1. Primera etapa: con respecto a la sentencia de primera instancia

Examinar el cuadro siguiente:

**Cuadro 6**  
**Calificación aplicable a la sentencia de primera y segunda instancia**

Variable	Dimensión	Sub dimensiones	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: calidad de la sentencia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5		[1 - 8]	[9 - 16]	[17 - 24]	[25-32]	[33 - 40]
Calidad de la sentencia...	Parte expositiva	Introducción			X			[9 - 10]	Muy alta	<b>30</b>			
		Postura de las partes				X		7	[7 - 8]		Alta		
									[5 - 6]		Mediana		
									[3 - 4]		Baja		
									[1 - 2]		Muy baja		
	Parte considerativa		2	4	6	8	10		[17-20]		Muy alta		
		Motivación de los hechos				X		1	[13-16]		Alta		
		Motivación del derecho						4	[9- 12]		Mediana		
					X						[5 - 8]	Baja	
	Parte resolutive	Aplicación del principio de congruencia						9	[9 - 10]		Muy alta		
						X			[7 - 8]		Alta		
									[5 - 6]		Mediana		
		Descripción de la decisión									[3 - 4]	Baja	
							X				[1 - 2]	Muy baja	

**Ejemplo: 30**, está indicando que la calidad de la sentencia en estudio es de rango alta, se deriva de los resultados de la calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive que fueron de rango: alta, alta y muy alta, respectivamente.

### Fundamentos

- ✦ De acuerdo a las Lista de Especificaciones la calidad de cada sentencia se determina en función a la calidad de sus partes
- ✦ Para determinar la calidad de la sentencia de primera instancia, se aplica todos

los procedimientos especificados, de la forma siguiente:

- 1) Recoger los datos de los parámetros.
- 2) Determinar la calidad de las sub dimensiones; y
- 3) Determinar la calidad de las dimensiones.
- 4) Ingresar la información a cuadro similar al que se presenta en el Cuadro 6. Se realiza al concluir el trabajo de investigación.

**Determinación de los niveles de calidad.**

- 1) Se determina el valor máximo, en función al valor máximo de la parte expositiva, considerativa y resolutive, que son 10, 20 y 10, respectivamente, (Cuadro 3 y 5), el resultado es: 40.
- 2) Para determinar los niveles de calidad se divide 40 (valor máximo) entre 5 (número de niveles) el resultado es: 8.
- 3) El número 8, indica que en cada nivel habrá 8 valores.
- 4) Para asegurar que todos los valores que surjan al organizar los datos, se establece rangos, para orientar los 5 niveles de calidad. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 6.
- 5) Observar los niveles y valores de cada nivel en el siguiente texto:

**Valores y niveles de calidad**

[ 33 - 40] = Los valores pueden ser 33,34,35,36,37, 38, 39 o 40 = Muy alta

[ 25 - 32] = Los valores pueden ser 25,26,27,28,29,30,31 o 32 = Alta

[ 17 - 24] = Los valores pueden ser 17,18,19,20,21,22,23, o 24 = Mediana

[9 - 16] = Los valores pueden ser 9,10,11,12,13,14,15 o 16 = Baja

[ 1 - 8] = Los valores pueden ser 1,2,3,4,5,6,7 u 8 = Muy baja

**6.2. Segunda etapa: con respecto a la sentencia de segunda instancia**

Se aplica el mismo procedimiento previsto para determinar la calidad de la sentencia de primera instancia, conforme se observa en el Cuadro 6.

**Fundamento:**

- La sentencia de primera instancia, presenta el mismo número de sub dimensiones que la sentencia de segunda instancia
- La exposición anterior se verifica en el Cuadro de Operacionalización – Anexo 1

### **ANEXO 3:**

#### **DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO**

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado:

Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial de prescripción adquisitiva de dominio, contenido en el expediente N° 00065-2011-0-2601-JR-CI-01, en el cual han intervenido en primera instancia: el Juzgado Civil Permanente de Tumbes y en segunda instancia La Sala civil del Distrito Judicial de Tumbes.

Por estas razones, como autora, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: Me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Piura, 13 de diciembre de 2018

---

Grethel Noelit Gonzales Infante  
DNI N° 47684399

## **ANEXO 4:**

### **SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA**

**EXPEDIENTE : 00065-2011-0-2601-JR-CI-01**

**DEMANDADO : J. A. P. P.**

**DEMANDANTE : F. P. C.**

**MATERIA : DESALOJO**

**JUEZ : DRA. J. R. M. P.**

**ESPECIALISTA : A. A. R.**

#### **RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISÉIS**

Tumbes, veinticuatro de Agosto del año dos mil doce.-

VISTOS; Dado cuenta con la presente causa, seguida por F. P. C, contra J. A. P. P, sobre Desalojo por Ocupación Precaria -

Resulta de autos:

Que, mediante escrito de fecha once de marzo del dos mil once, F. P. C, interpone demanda de DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA, con la finalidad que el demandado J. A. P. P, desocupe parte del inmueble de su propiedad ubicado en calle H. C. y C. A. A. del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes.

Hechos en que sustentan la pretensión la demandante: Manifiesta que con fecha 21 de diciembre del 2010, aproximadamente a horas 12:00 horas, su hermano W.P. C. por órdenes de su señor Padre demandado y sin autorización alguna de la demandante clausuró la puerta de acceso al patio de su casa ubicado en la calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo, con el fin de que la recurrente no tenga acceso al patio que es de su exclusiva propiedad, tal como consta en el Asiento N° 588 de la Ficha Registral N° 010675 de los Registros Públicos de Tumbes, despojándola de dos metros correspondientes a su terreno, por lo cual plantea la presente acción.



Fundamentación jurídica de la pretensión: Ampara su demanda en el artículo 911° del Código Civil, artículo I del Título Preliminar y 424° y 425° del Código Procesal Civil.-

Pretensión contradictoria de la parte demandada:

Manifiesta el demandado que la pretensión de desalojo por ocupante precario interpuesta en su contra no puede prosperar, toda vez, que él y su fenecida conviviente F. C. F ostentan el título de poseedores legítimos, en mérito del contrato de compra venta celebrado con la Municipalidad Provincial de Tumbes en 1970, sobre el terreno ubicado entre las Calles Andrés Araujo Moran y Pasaje Italia N° 492, según consta en el contrato, licencia de construcción y pagos de impuesto predial expedido por la Municipalidad Provincial de Tumbes.

**TRÁMITE DEL PROCESO:** Por resolución número uno de fecha veinticuatro de marzo del año dos mil once se admitió a trámite la demanda, para ser substanciada en la vía de proceso sumarísimo, procediéndose a emplazar al demandado, quien procedió absolver la demanda interponiendo también excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de interponer la demanda; en Audiencia Única de folios noventa, se declara infundada la excepción propuesta por el demandado y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, por tanto saneado el proceso, en la etapa de conciliación se suspende la audiencia a propuesta de las partes, señalándose nueva fecha para la continuación de esta Audiencia, la misma que se realiza conforme al acta de folios ciento uno, en la que se frustra la conciliación, se fijan los puntos controvertidos, se admiten y actúan los medios probatorios y habiéndose ofrecido una inspección y pericia se realiza conforme al acta de folios ciento cuarenta y cuatro, posteriormente el peritaje explicado en Audiencia Especial de folios ciento ochenta y ocho y con los alegatos del demandado corresponde a la naturaleza del proceso emitir la sentencia correspondiente.-

#### **I. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el Estado garantiza a toda persona, el derecho a gozar de la tutela jurisdiccional efectiva en defensa de sus derechos, la misma que debe ejercerse con sujeción a un debido proceso, conforme lo establece el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución Política, en concordancia con el Artículo I del Título Preliminar del

Código Procesal Civil, y es justamente en razón a esta disposición la accionante F.P. C, ha interpuesto la presente acción judicial contra J. A. P. P; verificándose de autos que el demandado ha sido debidamente notificada para que ejerza su derecho de defensa, bajo estricto cumplimiento del debido proceso, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional resolver el conflicto de intereses que se ha suscitado.

SEGUNDO: Que, conforme a lo expuesto en la demanda y a la naturaleza de la materia controvertida se fijaron como puntos controvertido: 1) Determinar si la demandante F. P. C, es propietaria del inmueble materia de litis inscrito en la ficha 010675 de Registro Públicos de Tumbes, 2) Determinar si el demandado se encuentra en posesión ilegítima del área 2. mts., que pertenecen al inmueble de la demandante, 3) Determinar en qué lugar del inmueble estaría el área en litigio y 4) Determinar si corresponde la restitución de dicho inmueble a la demandante; por lo que estando a la controversia anotada corresponde a la Juzgadora efectuar una correcta y debida valoración de las pruebas aportadas y actuadas durante el trámite del proceso, resaltando las valoraciones que sean esenciales y determinantes en la decisión a emitirse, conforme así prevé el artículo 197° del Código Procesal Civil.

TERCERO: Que, por tanto la carga de la prueba es una obligación que consistente en poner bajo responsabilidad del litigante, la demostración de la veracidad de las proposiciones de hecho en un juicio. En función de este principio del proceso civil las partes son las que tienen la carga de probar los hechos alegados, recayendo sobre ellas la obligación de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y la de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración; conforme lo establece el artículo 188° del Código Procesal Civi.

CUARTO: Que, con la acción de desalojo se protege un derecho real subjetivo (en este caso la propiedad), cuyo objeto es un bien, sobre el cual el sujeto titular tiene un poder directo e inmediato de usar, gozar y disponer del bien sin intermediarios; por lo que el derecho real está adherido al bien y es preferente frente al derecho de crédito concurrente, por lo tanto el titular del derecho real puede perseguir al bien sin importar en posesión de quien se encuentre, pues el derecho real es absoluto, se ejerce erga omnes; de esto se colige que si una persona posee un bien de facto, sin

título, o sea sin que el titular del derecho real le haya transferido la propiedad, uso o posesión del bien, éste (el titular) puede valerse del proceso de desalojo por ocupante precario para que se le restituya el bien. Asimismo, se debe tener en cuenta que cuando se trate de acciones que tengan como pretensión la restitución del bien por ocupación precaria, el actor necesariamente debe ser el propietario del bien, por lo que resulta imprescindible que la demandante acredite con título idóneo la propiedad del inmueble cuya restitución pretende; igualmente del lado de la parte pasiva de la relación procesal, corresponde establecerse que el demandado ocupa el bien en calidad de precario, ya sea porque carecen de título alguno que legitime su posesión, o también porque el título que tenía ha fenecido, conforme así lo regula el artículo 911° del Código Civil.

QUINTO: Que estando al primer punto controvertido<sup>1</sup>, se advierte de los medios probatorios admitidos al proceso - especialmente de la ficha registral N° 010675, contenida en la Partida Electrónica N° 02007669-, que la demandante es propietaria del bien inmueble ubicado en la calle Hilario Carrasco N° 415, del Distrito, Provincia y Departamento de Tumbes, con un área de 74.48 metros cuadrados, el cual fue adquirido mediante Título Supletorio, expedido por el Juzgado Civil de Tumbes; en consecuencia la demandante posee un título oponible a terceros y que acredita en forma fehaciente su real y exclusivo derecho de propiedad, entendido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, toda vez que no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos o más titulares de dicho derecho, por cuanto este es excluyente; en dicho contexto ha quedado acreditado el primer punto controvertido.

SEXTO: Que, respecto al segundo y tercer y cuarto punto controvertido<sup>2</sup>, cabe señalar que en la inspección ocular realizada por la suscrita, se advirtió que el área

---

<sup>1</sup> Determinar si la demandante F. P. C, es propietaria del inmueble materia de litis inscrito en la ficha 010675 de Registro Públicos de Tumbes.

<sup>2</sup> Determinar si el demandado se encuentra en posesión ilegítima del área 2. mts2., que pertenecen al inmueble de la demandante, 3) Determinar en qué lugar del inmueble estaría el área en litigio, 4) Determinar si corresponde la restitución de dicho inmueble a la demandante.

materia de litigio lo constituían un área destinada a servicios higiénicos, por lo que se dispuso se efectuó una pericia a efecto de determinar si el área señalada por las partes -materia de litigio-, se encontraba dentro de los linderos y medidas perimétricas que aparecen registralmente, posteriormente se realizó el peritaje de folios ciento cuarenta y seis a ciento sesenta y dos, que no fue objeto de observación por ninguna de las partes, el mismo que fue explicado en audiencia especial de folios ciento ochenta y ocho, en la cual se dejó establecido que a la demandante le falta 2.40 metros lineales del área total de su propiedad y que se encuentran ocupadas por el demandado, en la parte que se encuentran los servicios higiénicos, más un espacio adicional; Asimismo, el demandado no ha logrado desvirtuar las afirmaciones de la actora respecto a la precariedad, pues los documentos presentados por este, no acreditan la legitimidad de su posesión, por lo tanto podemos afirmar que el demandado no cuenta con título idóneo que pueda ser opuesto al título de propiedad de la actora y por lo tanto su ocupación es ilegítima, por lo que, siendo ello así, corresponda que el demandado restituya, a la actora el área que ilegítimamente viene ocupando y que ha quedado determinado en el peritaje en comento (2.40 METROS LINEALES).

#### **DECISIÓN:**

Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo señalado por los artículos 188°, 196°, 197° del Código Procesal Civil, el Juzgado Civil Permanente de Tumbes, Administrando Justicia a nombre de la Nación:

**F A L L A:** Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por F. P. C, contra J. A. P. P sobre **DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**; en consecuencia **ORDENO** que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 mts lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, ubicado en la calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes. Con costas y costos. **NOTIFÍQUESE.-**

## **VOTO DEL JUEZ SUPERIOR LEONCIO QUISPE TOMAYLLA**

**Mi voto es para que en la presente causa se emita la siguiente resolución:**

**SALA CIVIL – SEDE CENTRAL**

**EXPEDIENTE : 00065-2011-0-2601-JR-CI-01.**

**DEMANDANTE : P. C. F**

**DEMANDADO : P. P. J. A**

**MATERIA : DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA.**

**PROCESO : PROCESO SUMARÍSIMO**

### **RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTIUNO**

Tumbes, seis de noviembre del año dos mil doce.-

VISTOS: En audiencia pública, y oído el informe oral de los abogados de las partes.

#### **OBJETO DE LA APELACIÓN:**

Es objeto del presente pronunciamiento la apelación formulada contra la resolución sentencia número dieciséis de fecha veinticuatro de agosto del dos mil doce, obrante a folio ciento noventa y ocho, que falla declarando fundada la demanda interpuesta por F P C contra J A P P sobre DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA; en consecuencia ORDENA que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 metros lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de tumbes, ubicado en la Calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito Provincia y Departamento de Tumbes; con lo demás que contiene.-

#### **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:**

El demandado en su apelación de folios doscientos siete, precisa presuntos errores contenidos en la sentencia:

Que el JUZGADO no ha tomado en consideración que la demandante no ha podido probar de modo alguno que en alguna oportunidad le hayamos vendido propiedad a su favor, muy por el contrario ha solicitado título supletorio, saleando los colindantes, tan es así que refiere que su colindante por el fondo es su hermana M. P. C, sin embargo tal

persona nunca ha vivido ni como alojada en dicha dirección; también se ha demostrado que la demandante ha actuado con un claro abuso de confianza para apropiarse de documentos, tampoco ha demostrado ser la propietaria de la construcción.

Tampoco ha podido probar que ha estado en posesión, ya que cuando acudió el personal de EMUCSA constataron que no se encontraba en posesión, por el contrario ha demostrado que estamos ejerciendo pacífica y publica posesión desde antes del año 1968.

Que mi lote ha sido un solo lote matriz y en ningún momento he transferido a persona alguna parte de dicho inmueble y mucho menos se ha solicitado o autorizado sub división del lote de terreno matriz.

Tampoco se ha tomado en cuenta que sin que mi conviviente ni el recurrente hayamos transferido en propiedad parte de nuestro inmueble, he tomado conocimiento recién el año 2011, que la demandante F. P.C ha recurrido al Poder judicial, demandando formación de títulos supletorios

Que la ocupación precaria de un inmueble se configura con la posesión del mismo sin tener título alguno que justifique dicha posesión o el que se tenía ha fenecido, que en tal sentido sostiene que tener títulos que justifican la posesión del bien materia de litis, como lo son el haber adquirido la posesión del predio sub—litis por tradición de su anterior propietario La Municipalidad Provincial de Tumbes, adjudicación que se efectuara previo pago.

Precisa pretensión impugnatoria: solicita que se declare infundada y/o improcedente la demanda.-

#### **CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA:**

**PRIMERO.-** La pretensión propuesta con la demanda requiere que el órgano jurisdiccional ordene al demandado desocupe de “parte del inmueble” ubicado en la Calle Hilario Carrasco y Calle Andrés Araujo – Tumbes; cuyos linderos son los que constan en la Ficha N° 0100675 Asiento 588.

Así inicia la con lo cual si bien en un principio no fue determinado con exactitud la “parte” del inmueble cuyo desalojo se pretende, se señala en la misma que dicho bien tiene una longitud de 13.00 ml de largo, y que de ellos sólo utiliza 11.60 mts y que quienes colindan en la parte posterior – a la sazón el demandado – de una forma

inescrupulosa ha tomado posesión del área restante.

**SEGUNDO:** El demandado a fojas setenta y siete ha contestado la demanda señalando en su literal “D” que “(...) es cierto que el suscrito se encuentra en posesión del bien como siempre lo hemos venido haciendo con nuestra señora conviviente desde el año 1970, es así que poseemos el bien a título de poseedores legítimos, pues la ejercemos a mérito de compradores de su propietario Municipalidad Provincial de Tumbes. En consecuencia la demanda deviene en improcedente. (...).

En ese sentido una conclusión inicial es que el hecho de la posesión del área en disputa por parte del demandado debe asumirse como acreditado, más si en la diligencia de inspección judicial de fojas 144 se ha constatado por el juzgado que entre el predio de la demandante y el predio del demandado existe colindancia, y que en el área en disputa existe un baño que según el dicho de las partes es de la familia.

Además de ello lo informado por el perito designado en juicio, a fojas ciento cincuenta, en cuanto que el patio posterior a la propiedad de la demandante, donde se ubica un baño, actualmente está en posesión del demandado J. A. P. P que es usado como cochera de mototaxis, información reiterada por el perito B. T en la audiencia especial de actuación pericial de fojas ciento ochenta y ocho, al referir que del terreno de la demandante esta sólo posee 11.20 metros lineales, faltándole 2.40 metros lineales que se encuentran en posesión del demandado y que constituyen los servicios higiénicos y un espacio adicional.

Manifestando las partes en dicho acto estar de acuerdo con lo manifestado por el perito.

**TERCERO:** Ahora bien, la parte demandante ha ejercido su derecho de acción en pro de obtener el área que entienda le resta poseer del inmueble de su propiedad inscrita a su nombre en la Ficha N° 010675 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, y cuenta con un área de 74.48 metros cuadrados, encerrados en los linderos que se detallan (por el frente con calle Hilario Carrasco con 4.30 ml, por la derecha con la calle Andrés Araujo con 13.60 ml, por la izquierda con Calle Escalante Pizarro con 13.60 ml, y por el fondo con 6.6. ml.); pues hecha la medición desde la calle Hilario Carrasco sólo ocupa una longitud de 11.20 mts lineales.

Es decir existe un área restante de terreno que corresponde al predio de la accionante y que esta no posee pero que si lo detenta el demandado.

Con lo cual la A quo al considerar acreditadas la condición de propietaria de la

demandante y la posesión por el demandado del mismo área de terreno que se reclama, entiende que la demanda debe ser amparada, pues frente al derecho real de propiedad que se opone a la posesión ejercida por el demandado, sin título que lo justifique, cabe estimar la demanda.

**CUARTO:** En su defensa el demandado sostiene haber adquirido la posesión del predio sub-litis por tradición de su anterior propietario La Municipalidad Provincial de Tumbes, adjudicación que se efectuara previo pago, con lo cual entiende no es precario.

Lo cierto es que a la fecha de la demanda tal situación jurídica está enervada pues la demandante acredita haber inscrito su derecho de propiedad en el año 2001 en mérito a un proceso de formación de título supletorio, sobre un área total de 74.48 m<sup>2</sup>, configurándose con ello la protección jurídica que brinda la institución registral a quienes logran acceder al registro, como en este caso, que hace que el derecho real sea oponible erga omnes, y si ello es así cualquier otra posición distinta se ve derrotada de conformidad con los Artículos 2019 y 2023 del Código Civil, tornando en ilegítima la posesión ejercida por el demandado, en consecuencia el Colegiado estima que la recurrida merece ser confirmada en estricta aplicación de los Artículo 911 y 923 del Código Civil.

No debemos de olvidar que:

“El proceso de desalojo (art. 585. CPC) es un típico instrumento de tutela de aquellas situaciones jurídicas en las cuales existe un sujeto con el derecho de exigir la restitución del bien (demandante); mientras que por el otro lado existe un sujeto obligado a la restitución (demandado), siempre por virtud y efecto de un título temporal. La controversia en el desalojo queda centrada, pues en una cuestión muy específica y delimitada (la obligación de restitución del bien), por lo que se reduce drásticamente el tema cognoscente, el ámbito de la prueba y los medios probatorios.”

**QUINTO:** El argumento que se expone en el escrito de apelación respecto a que no tendría la calidad de precario quien es dueño de la edificación, no tiene mayor asidero, pues lo que se ha determinado en la actuación probatoria es que el área que no posee la demandante está destinado a servir de cochera, advirtiéndose además que no existe construcción que suponga un impedimento para atender la demanda, así se ve del informe pericial.

En cuanto que no se ha considerado que ni el demandado ni su conviviente hubieran



transferido en propiedad parte de su inmueble, ello se traduce en una afirmación carente de sentido frente a la inscripción registral de fojas cinco, pues de este último se advierte que existe un derecho inscrito y reconocido a favor de la demandante, el cual debe presumirse cierto y válido de conformidad con el Artículo 2013 del Código Civil que disciplina el Principio de Legitimación Registral, por el cual: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”.

Con lo cual no cabe sino estimar la demanda, en consecuencia confirmar la venida en grado en todo cuanto contiene.

**DECISIÓN DE LA SALA:**

Por las consideraciones expuestas, **LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES, RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la sentencia o resolución número dieciséis de fecha veinticuatro de agosto del dos mil doce, obrante a folio ciento noventa y ocho, que falla declarando fundada la demanda interpuesta por F. P. C contra J. A. P. P sobre **DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**; en consecuencia **ORDENA** que el demandado desocupe y haga entrega del área de 2.40 metros lineales del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02007669 del Registro de Propiedad Inmueble de Tumbes, ubicado en la Calle Hilario Carrasco con Andrés Araujo del Distrito, Provincia y Departamento de Tumbes; con lo demás que contiene.-

INTERVIENE como Juez Superior ponente el magistrado L. Q. T.

NOTIFÍQUESE.-

S.S.